

MARCELO REBELO DE SOUSA

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

SOFIA GALVÃO

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

5.º Edição

LISBOA 2000

PALAVRA PRÉVIA

Para nós, Universidade só concentrada na investigação é instituto científico, não é Escola.

Universidade só dedicada ao ensino é instrumento de mera reprodução sem criação.

Mais, Universidade com investigação e ensino, mas alheia ao meio que a rodeia, é reserva de espécies raras, e porventura valiosas, mas tanto mais insólita quanto a sociedade se empenha no sacrifício da sua criação e manutenção.

Daí esta aposta, que conhece, na presente edição - a primeira sob a égide da LEX -, aditamentos, actualizações e sobretudo a inclusão, no final de cada capítulo, de questões para reflexão e revisão da temática versada.

Assim se completa os resumos, capítulo a capítulo, e a bibliografia sucinta, por áreas e no final, pretendendo proporcionar outras pistas para quem quiser ir mais longe e mais fundo na sua informação e formação.

E, avançada esta breve palavra prévia, é tempo de passarmos ao essencial: onde nasce, para que serve e que importância real assume o Direito na nossa vida quotidiana?

Lisboa, 1 de Outubro de 2000

Marcelo Rebelo de Sousa

Sofia Galvão

CAPÍTULO 1

A SOCIEDADE, O PODER E O DIREITO

1 - O nosso quotidiano e o Direito

1.1. Todos os dias deparamos com expressões de Direito, ao vermos televisão, ouvirmos a rádio, lermos os jornais, falarmos com os familiares e amigos, exercermos a nossa actividade profissional ou mesmo ocuparmos o nosso tempo de ócio ou lazer.

Uma lei altera as tabelas dos impostos que pagamos. Uma sentença de tribunal condena um vizinho a certa coima por estacionamento indevido. Um regulamento administrativo obriga-nos a usar determinado equipamento de segurança na fábrica. A assembleia geral do clube desportivo a que pertencemos revê os estatutos da agremiação.

Em todas estas situações o Direito anda associado à ideia de um conjunto de regras de comportamento social ou de cada uma dessas regras. A lei é Direito. O regulamento é Direito. Os estatutos são Direito. Todos eles constituem Direito que preside à nossa vida em sociedade.

Chama-se a estas regras que acompanham e definem até ao pormenor o nosso quotidiano Direito objectivo.

1.2. Mas também encontramos diariamente a palavra direito ligada a outras realidades que não são regras de conduta.

É o caso do direito à livre expressão de pensamento que os jornais invocam para criticar os políticos ou do direito à greve que uma classe profissional exerce para protestar contra um vencimento, eleger deputados, autarcas locais ou mesmo o Presidente da República.

Estes poderes correspondem a espaços de liberdade ou a poderes de actuar ou de exigir uma actuação alheia. A livre expressão de pensamento é um poder de actuar, como o são o direito à greve e o direito de voto. Já outros direitos, como o direito à educação ou o direito à saúde, são poderes de exigir à Administração Pública actuações, desde a criação e manutenção de escolas públicas até à construção e funcionamento de hospitais e centros de saúde públicos. Trata-se, em ambos os casos, de direitos das pessoas. Mas também há direitos de entidades criadas pelas pessoas - associações ou fundações, ou sociedades lucrativas.

Ao direito como poder de cada qual agir ou exigir um comportamento de outrem chama-se direito subjectivo. E, ao contrário do Direito objectivo, normalmente escrito com maiúscula, o direito subjectivo é-o com minúscula. Assim o faremos também neste livro:

sempre que falarmos em Direito estaremos a falar do Direito objectivo; sempre que escrevermos direito estaremos a pensar em direito subjectivo.

1.3. Entre o Direito objectivo e o direito subjectivo existem óbvias e naturais ligações, já que é o primeiro que cria, modifica e extingue o segundo. Por outras palavras, o direito de voto, o direito de greve, o direito à educação, o direito à saúde são definidos e regulados por regras de Direito objectivo.

São estas regras que acolhem esses direitos, especificam quem os pode encabeçar, como podem ser exercidos, que limites devem respeitar, que alterações podem sofrer e, eventualmente, como podem ser suprimidos ou drasticamente condicionados.

1.4. Nesta introdução ao estudo do Direito, o que vamos abordar, em princípio, é apenas o Direito objectivo ou Direito com maiúscula.

Dos direitos subjectivos diremos alguma coisa mais adiante, mas o seu estudo ultrapassa já as fronteiras de uma introdução.

E quanto ao Direito objectivo ou só Direito, um ponto de partida importa dar por assente: se ele se reconduz a regras de comportamento em sociedade, isso quer dizer que não há Direito sem sociedade.

O Direito é um regulador da existência humana em sociedade.

O ser humano isolado não precisaria de Direito. Só a necessidade de reger relações entre vários entes humanos explica a criação do Direito.

Por isso se diz que a existência de outros, para além de cada um de nós - ou seja, a alteridade -, é uma característica de toda a sociedade e, do mesmo modo, uma característica do Direito.

2 - O Direito e a sociedade

2. 1. Acabamos de ver que não há Direito sem sociedade.

Ora, também não há natureza humana sem sociedade.

Os mais recentes estudos demonstram a falta de fundamentos históricos e sociológicos das teses da existência do homem isolado antes de viver em sociedade ou vivendo, ao longo dos tempos, à margem dela.

Alguns pensadores teorizaram acerca dessa vida pré-social do ser humano - a que chamaram «estado de natureza» - para depois explicarem que a sociedade nascera de um

pacto ou contrato social celebrado entre homens para passarem a integrar-se num todo colectivo.

Estas formulações, de nomes tão conhecidos como Thomas Hobbes, John Locke ou Jean-Jacques Rousseau, obedeceram mais à preocupação filosófica de explicar a origem e a natureza do poder em sociedade do que ao respeito rigoroso da verdade histórica.

2.2. Falar em sociedade de homens é falar em fins comuns a esses homens, em conjugação de actuações entre eles e em durabilidade, visto que qualquer sociedade deve perdurar o tempo necessário à realização daqueles fins comuns.

2.3. Muitas têm sido as distinções efectuadas entre diferentes tipos de sociedades. Assim, e por exemplo, pode falar-se em sociedades de fins gerais e em sociedades de fins específicos, consoante os objectivos a prosseguir abarquem uma pluralidade de matérias ou interesses, ou respeitem a certo domínio preciso de formação ou adesão; pode pensar-se em comunidades e em associações, conforme predomine o elemento integrativo ou a vontade dos membros; podem conceber-se sociedades primárias e sociedades secundárias, consoante se privilegie uma experiência puramente relacional ou a efectiva realização de certas metas colectivas.

Em todos os casos pensáveis, sejam estes ou outros, permanece sempre a ideia do grupo social como realidade inerente à natureza humana.

E é por ser assim que esta sociedade, nascida da comunhão de fins e da conjugação de esforços, se desdobra numa teia complexa i

de objectivos e estruturas, procurando, com apoio numa inter-relação ordenada de grupos sociais, a evolução e adaptação permanentes que asseguram o sentido da sua própria existência.

O Direito surge, então, para responder às exigências sempre crescentes de uma sociedade que se justifica, precisamente, pela durabilidade do seu projecto.

3 - O Direito e o poder

3. 1. Toda a sociedade pressupõe a existência de um jogo de interesses. Com efeito, em qualquer sociedade os homens são portadores de necessidades e os bens aptos a satisfazê-los são raros ou limitados à suficiência de bens para realizar todos os interesses sociais gera conflitos de interesses.

Esses conflitos podem ser potenciais se deles se não aperceberam ainda os seus titulares; são latentes se estes já têm consciência da sua existência, mas não passaram ainda a uma fase de choque assumido; há conflitos actuais sempre que o portador de cada interesse

decidiu promover a sua realização ainda que à custa de interesses alheios.

Mas como actua a sociedade? Como se apercebe de um conflito potencial? Como trata um conflito latente? Como resolve um conflito actual? Mediante o exercício do poder.

Poder que deve ser entendido como a faculdade de intervenção do ser humano sobre o ser humano, de molde a determinar ou influenciar a conduta alheia.

3.2. E este poder do ser humano sobre o ser humano que aqui nos interessa. É ele que em termos sociológicos se revela decisivo.

O poder do ser humano sobre a natureza - que também existe - só importa para resolver conflitos de interesses na medida em que beneficia ou lesa o ser humano, ou afecta, de algum modo, um equilíbrio ecológico que o ser humano aprendeu a valorizar.

O poder do ser humano sobre o ser humano foi, ao longo da História, objecto de inúmeras reflexões e ensaios, análises e justificações. Foi também, e inevitavelmente, dissecado e classificado, originando as mais diversas tipologias. Cedo, Aristóteles nos falou no poder paterno, no poder despótico e no poder político; alguns séculos mais tarde, John Locke refere o poder paterno, o poder despótico e o poder civil; recentemente, Norberto Bobbio distingue poder económico, poder ideológico e poder político.

Mas, sem aprofundamentos que um livro como este não comporta e não exige, duas noções surgem, desde já, essenciais.

A de poder de influência entendido como um poder de condicionar condutas, sem as vincular, recorrendo à recompensa e não à punição. E a de poder de injunção entendido como um poder de determinar condutas alheias, servindo-se privilegiadamente da punição ou ameaça de punição.

A persuasão pela informação ou pela promessa de recompensa, a manipulação ou intervenção encoberta, a supremacia baseada no carisma pessoal, na competência e na legitimidade são modalidades do poder de influência. A injunção de facto, o poder ético e o poder político são modalidades do poder de injunção.

4 - O Direito e o poder político

4. 1. Expressão fundamental da faculdade de intervenção do ser humano sobre o ser humano é, certamente, o poder político.

É um poder de natureza vinculativa marcado pela susceptibilidade, quer de uso da força física, quer de supressão, não resistível, de recursos vitais.

É, numa formulação mais elaborada, um poder de injunção dotado de coercibilidade material. Não de coacção material efectiva, como a injunção de facto. Nem de coercibilidade moral ou ética, como o poder ético. De coercibilidade material.

4.2. Conhecida a noção de poder de injunção, toma-se decisivo perceber o que é esta coercibilidade material. O que significa coercibilidade? Coercibilidade e coacção serao uma e a mesma coisa?

Coercibilidade material quer dizer susceptibilidade do uso da força física ou da pressão material. Distingue-se da coacção material, que se define pela plena efectivação de uma ou de outra. Ou seja, o conceito de coercibilidade revela-se numa ideia de potencialidade,

Ao passo que o conceito de coacção se exprime em termos de actualização.

Elemento definidor do poder político é a coercibilidade, não a coacção.

Em caso de não acatamento da ordem imposta, o poder político detém sempre a possibilidade de aplicar punições.

Mas que punições são essas?

Não, por exemplo, a ameaça de divulgação de dados atentatórios da reputação de um colaborador de um serviço de informações. Não, também, o potencial de culpabilidade de um juízo de reprovação moral.

Em qualquer dos casos, trata-se de manifestações da coercibilidade psíquica. Ora, esta, que não é mais do que a susceptibilidade de criar as condições de uma tensão subjectivamente insuportável entre os desejos de um indivíduo e o nível de frustrações que teria de assumir se devesse incorrer nas sanções com que é ameaçado, não integra o núcleo definidor do poder político.

As punições que aqui relevam são as que vão de uma privação crescente de recursos até culminarem no uso da força física. É justamente por isso que se fala em coercibilidade material.

Que pode ir da privação de bens, por exemplo pela aplicação de uma multa, até à privação da liberdade e, mesmo, da vida nas sociedades que ainda mantêm a pena de morte.

4.3. Qualquer reflexão sobre o poder político entronca, em determinada fase, com a questão fundamental. Por que existe um poder político? Qual a sua razão de ser, a sua justificação última?

Múltiplas respostas foram, enquadradas pelos mais diversos sistemas de pensamento, avançadas ao longo dos tempos.

Naturalmente, não é o seu levantamento o que aqui interessa.

Importa reter uma explicação. Aquela que se tem por boa.

O poder político nasce da percepção do conflito que toda a sociedade gera. O poder político nasce para dirimir esse conflito.

O poder político nasce justificado pela existência desse conflito.

Do conflito, para o conflito e, de algum modo, pelo conflito.

A sociedade encerra conflitos de interesses que, ainda que só potenciais ou latentes, urge resolver. A sociedade vive de contradições que reclamam atenção e disciplina. A sociedade define-se ainda numa dialéctica governantes-governados que importa regular. A sociedade constrói-se à sombra de uma permanente ameaça exterior que é premente dissuadir.

Por isso, surge o poder político. Um poder político que, numa óptica explicativa, é intrinsecamente conflitual.

4.4. Mas para se afirmar de modo duradouro e incontroverso, este poder político - concebido como um poder que, servido pela susceptibilidade de aplicação da punição material, condiciona vinculativamente condutas alheias e, assim, resolve o conflito - tem de ser legítimo. Isto para que o poder político seja incontroverso. Não o é nunca o poder ditatorial e ilegítimo, mesmo que a imposição da força lhe dê durabilidade.

A sociedade tem de admitir e de acordar na sua existência e no seu desempenho. O poder político para ser legítimo tem, portanto, de ser socialmente admissível e consensual.

É tradicional distinguir-se a legitimidade de título da legitimidade de exercício. A primeira baseia-se no próprio Direito até então vigente, a segunda funda-se na capacidade revelada no desempenho do poder.

Multiplicam-se, historicamente, exemplos das várias situações possíveis. Da situação ideal de um poder político com legitimidade, a um poder político sem legitimidade de título, mas com legitimidade de exercício (vg., os regimes de base não democrática, mas em que os governantes se legitimam pelo exercício), ou a um poder político com legitimidade de título, mas sem legitimidade de exercício (v.g., os regimes que se

baseiam na invocação do respeito de certo Direito, inclusive de raiz democrática, mas cujos governantes perdem a legitimidade pelo modo como actuam).

4.5. Se, de um ponto de vista de estrita juridicidade formal, a legitimidade de título é essencial, a verdade é que, de uma perspectiva material, é a legitimidade de exercício que se revela decisiva.

O consenso gerado em torno de um poder político legitimado pela capacidade revelada no seu desempenho tem uma tal importância em termos sociais, que é, na situação concreta, causa directa de um decréscimo da necessidade da coercibilidade.

Isto é, se o grupo social acorda acerca do seu poder político por reconhecer que este deu provas suficientes no desempenho de funções, esse grupo social está a aceitar e a apoiar um poder político que se impõe por uma prática quotidiana de bons serviços à comunidade e que, portanto, não vendo na força um seu pilar essencial, se serve da susceptibilidade de aplicar punições como uma faculdade instrumental e acessória. Se, pelo contrário, o grupo social não reconhecer valor ou capacidade no desempenho do poder político, este, ainda que legitimado pelo Direito, ver-se-á confrontado com muito maiores níveis de insatisfação, com muito maior número de situações de não acatamento da ordem imposta e, logo, com muito maior necessidade de recorrer a uma imposição pela força que arvore a coercibilidade num dos seus mais frequentes expedientes.

Duas notas complementares importa aditar:

Primeira - quando se fala na legitimidade do poder político está a referir-se duas realidades distintas, embora relacionadas: os indivíduos que o exercem e o seu próprio traçado orgânico. A crise da legitimidade pode recair apenas sobre os governantes em funções - sem afectar o regime político ditatorial ou democrático ou o sistema de governo (presidencial, parlamentar ou semi-presidencial) que os enquadra, ou atingir também estes.

Segunda - um dos problemas das democracias contemporâneas reside precisamente na necessidade de preverem mecanismos ou válvulas de escape que impeçam que a crise da legitimidade de exercício afecte a legitimidade de título (ou seja, as regras básicas a que obedece a governação).

4.6. As relações entre o Direito e o poder político são, pela sua própria natureza, complexas.

Por um lado, o poder político é um poder juridicamente enquadrado. A sua titularidade é juridicamente definida, o seu objecto é juridicamente delimitado, o seu exercício é juridicamente regulado.

Por outro lado, o poder político é o criador de regras de conduta social dotadas de coercibilidade. É o criador das regras de Direito ou regras jurídicas.

Isto é, o poder político é, a um tempo, fonte e objecto de Direito.

O poder político é, portanto, enquadrado por um Direito que produz. É um poder auto-limitado.

Decisiva, pois, esta vertente criadora do poder político. Tudo depende dela.

5 - O poder político e o Estado

5. 1. O poder político existe no plano estadual, mas também no plano infra-estadual e no plano supra-estadual.

O Governo português é um órgão do poder político do Estado. A Câmara Municipal de Lisboa é um órgão do poder político da autarquia municipal. A Assembleia Geral das Nações Unidas é um

O Estado é a realidade ainda hoje referencial. Abaixo dele situam-se as entidades infra-estaduais (v.g., regiões autónomas, autarquias locais), acima dele as entidades supra-estaduais (v.g., ONU, UE).

5.2. O Estado, tal como hoje o conhecemos, não existe desde o princípio dos tempos. Por outro lado, a entidade estadual nem sempre teve a importância e o relevo que a actualidade lhe reconhece.

Por exemplo, no início da Idade Média (séculos V a XII), era o poder político infra-estadual a ordem decisiva. Toda a vida se conformava no âmbito das comunidades locais ou dos senhorios feudais e era, por isso, aí - e a partir daí - que importava intervir adequada e eficazmente.

Com o advento da Idade Moderna (século XV), o Estado adquiriu a relevância ímpar que a História paulatinamente lhe vinha exigindo. Crescentemente interventor, o poder político estadual não cessou de evoluir, numa caminhada de constante engrandecimento que o reforço da coercibilidade, característico da Idade Contemporânea, só vem acentuar.

Paralelamente, assistiu-se nos séculos XIX e XX (primeira metade) a um apagamento relativo do poder político infra-estadual.

Nas últimas décadas, no entanto, apesar de o Estado se manter a realidade política mais forte, renasceram importantes fenómenos políticos infra-estaduais (por exemplo,

autonomias regionais ou locais). Mas, ao mesmo tempo, a recente evolução política na Europa (vg., na outrora chamada "Europa de Leste" que, em certas situações, geograficamente, é também Europa Central) revelou pulsões nacionalistas dirigidas à criação e ao reconhecimento de novos Estados.

No plano supra-estadual foi surgindo, a partir do fim do século passado, um poder político, a um tempo generoso e ambicioso, mas que dependia de um poder político estadual que sistematicamente vinha coartando as suas múltiplas potencialidades de expansão e afirmação.

Ainda hoje, apesar do âmbito universal de organizações supra-estaduais, como as Nações Unidas, e do peso único de organizações além de supra-estaduais também supra-nacionais, como a União Europeia (que têm dirigentes que não dependem de ordens ou directivas estaduais e podem praticar actos com efeitos directos e imediatos nos Direitos dos Estados membros), a realidade nuclear ainda é o Estado. Como será daqui por dez ou vinte anos? Possivelmente então será bem maior o relevo dos poderes políticos supra-estadual e infra-estadual.

Por um lado, haverá diversos espaços integrados (o Mercosul, na América do Sul, vai nesse sentido). Os que já o são hoje (como a União Europeia) terão poderes próprios mais fortes e menos dependentes dos Estados que os criaram.

As organizações internacionais tenderão a intervir mais na vida interna dos Estados para garantir princípios ou valores universais (como os direitos humanos ou inerentes à universal dignidade da pessoa).

Para compensar esta deslocação de poder político, do Estado para o plano supra-estadual, novas modalidades de poderes infra-estaduais aparecerão ou ganharão vigor. Para aproximarem o poder das pessoas e as pessoas do poder.

O que ficará, depois de tudo isto, do poder do Estado?

Para uns, pouco ou quase nada. Para outros, ainda bastante.

Só o futuro no-lo dirá. Para já, apesar de perdendo o tendencial monopólio de um passado não muito afastado, o Estado tem resistido a todas as profecias acerca da sua morte inevitável.

6 - Direito estadual, infra-estadual e supra-estadual

6. 1. O poder político cria Direito.

Os seus órgãos são responsáveis pela produção das regras jurídicas que condicionarão

toda a vida do ser humano e da sociedade.

Das grandes questões sociais aos mais comezinhos pormenores do viver colectivo, tudo será objecto de disciplina jurídica.

6.2. Mas que Direito, ou Direitos, produz o poder político?

Em primeira linha surge, naturalmente, o Direito criado pelo poder político do Estado. Sem qualquer dúvida, é ele que, do ponto de vista qualitativo e quantitativo, maior relevância tem no estágio actual da evolução das sociedades ou grupos sociais. São exemplo as leis da Assembleia da República, os decretos-leis do Governo.

Ao nível infra-estadual, o poder político também surge como criador de Direito, embora sem conhecer, para já, a importância que o passado, a esse nível, lhe permitiu. O decreto legislativo regional e a postura municipal são, aqui, exemplos paradigmáticos.

No plano supra-estadual, a criação de regras jurídicas encontra um terreno particularmente aliciante e fértil. O Direito supra-estadual vai evoluindo, procurando dar uma adequada resposta técnica a um mundo de problemas novos. Contudo, a sua dependência face ao Direito emanado do poder político estadual não tem permitido aproveitar as possibilidades que, em teoria, privilegiadamente se lhe oferecem. O entusiasmo pelas instâncias supra-estaduais tem, com poucas excepções, cedido à mínima pressão das soberanias estaduais, sobretudo das mais poderosas (como as das super potências).

Tem havido, contudo, uma tendência para a expansão de um Direito supra-estadual eficaz e activo como, por exemplo, as Resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas e, sobretudo, muitíssimo mais importantes no nosso quotidiano recente, os Regulamentos e Directivas dos órgãos da União Europeia.

7 - A ideia de Estado

7. 1. Por diversas vezes se aludiu já à noção de Estado. Falou-se na sociedade estadual, no poder político estadual, no Direito estadual.

Mas o que é, afinal, o Estado? Como *defini-lo*? Quais os objectivos que prossegue? De que modo o faz?

São perguntas óbvias que afloram problemas diversos. A definição de Estado e os seus elementos constitutivos. Os fins do Estado. As funções do Estado.

Todas elas merecem atenção.

Mas, numa introdução, só se pode, naturalmente, pretender fundar as bases da discussão.

7.2. Assim, e em primeiro lugar, como definir Estado?

No sentido que mais nos interessa, o Estado deve ser entendido como uma colectividade, ou seja, um povo fixo num determinado território que nele institui, por autoridade própria, um poder político relativamente autónomo.

7.3. São três os elementos integrantes do conceito de Estado: povo, território, poder político.

7.4. O povo é o conjunto de sujeitos cidadãos ou nacionais de cada Estado, isto é, ligados a certo Estado por um vínculo jurídico de nacionalidade.

O conceito de povo é um conceito jurídico-político, que não se confunde com o conceito de população, de natureza económico demográfica - o conjunto de pessoas físicas residentes no território de um Estado num determinado momento histórico, sejam elas nacionais, estrangeiras ou apátridas -, nem com o conceito de nação, de natureza cultural - a comunidade em que se formou consenso acerca de motivações de existência colectiva comum, como resultado de uma sedimentação histórica.

7.5. O território é o segundo elemento do conceito de Estado. Normalmente não se concebe um Estado sem território, já que aquele supõe a fixação de uma comunidade a título permanente num território. Só excepcionalmente existiram Estados antes mesmo da definitiva fixação de fronteiras (por exemplo, a Polónia depois da I Grande Guerra) e não se concebe um Estado contemporâneo de base nómada.

O território de um Estado integra o solo e o subsolo (território terrestre), o espaço aéreo (território aéreo) e o mar territorial, no caso de se tratar de um Estado ribeirinho (território marítimo).

A função do território é tripla: constitui uma condição de independência nacional, circunscreve o âmbito do poder soberano do Estado, representa um meio de actuação jurídico-política do Estado.

Por isso, um dia, o clássico Maurice Hauriou disse que o Estado era um «fenómeno essencialmente espacial».

7.6. Terceiro elemento do conceito de Estado é o poder político, que Pode ser definido como a faculdade de que é titular um povo de, por autoridade própria, instituir órgãos que exerçam, com relativa autonomia, a jurisdição sobre um território, nele criando e executando normas jurídicas, usando os necessários meios de coacção.

Decisivo, portanto, o conjunto de órgãos que, uma vez instituídos, formam e manifestam uma vontade atribuível ao Estado.

Mas o que é um órgão do Estado?

É um centro institucionalizado de poderes e deveres que participa no processo de formação e manifestação de uma vontade imputável ao Estado-colectividade.

No dia-a-dia, é muito frequente a confusão entre o órgão do Estado e o seu titular. De resto, em muitos Estados contemporâneos, a crescente personalização do poder leva a um uso indiferenciado dos dois conceitos, sobretudo no caso de um órgão singular, ou seja, de um órgão apenas com um titular. É, por exemplo, frequente a confusão entre o órgão Presidente da República e o cidadão que, em certo momento histórico, é o seu titular.

A verdade, porém, é que juridicamente são figuras diferentes.

Sabendo o que é um órgão do Estado, é óbvio que com ele se não pode identificar o conceito de titular ou titulares do órgão, que são os cidadãos que, a cada instante, preenchem esse órgão.

O órgão permanece, os seus titulares mudam. O órgão pode, momentaneamente, estar desprovido de titular ou preenchido por titular interino, sem que a inexistência de titulares definitivos origine o seu desaparecimento.

O titular do órgão do Estado é, apenas, o indivíduo que lhe empresta transitoriamente o seu suporte humano e físico.

Na nossa Constituição actual existe, por exemplo, o órgão Primeiro-Ministro, com poderes que se mantêm no tempo, independentemente de o seu titular já ter mudado mais de uma meia dúzia de vezes: Dr. Mário Soares (1, 11 e IX Governos); Eng.º Alfredo Nobre da Costa (111 Governo); Prof. Carlos Mota Pinto (IV Governo); Eng.ª Maria de Lourdes Pintassilgo (V Governo); Dr. Francisco Sã Carneiro (VI Governo); Dr. Francisco Pinto Balsemão (VII e VIII Governos); Prof. Aníbal Cavaco Silva (X, XI e XII Governos) e Eng. António Guterres (XIII e XIV Governos).

8 -Ainda a ideia de Estado - os fins prosseguidos

8. 1. A formação do Estado como sociedade politicamente organizada em vista a prossecução de determinados objectivos.

Por isso o poder político do Estado assume determinados fins como razão da sua actividade.

Quais esses fins?

Em termos abstractos, distinguem-se, no Estado contemporâneo, a Segurança, a Justiça e o Bem-Estar económico, social e cultural.

8.2. A Segurança reveste diversas facetas: a Segurança interna, ou ordem interna, e a Segurança externa, ou defesa da colectividade perante o exterior; a Segurança individual, proporcionada pela definição, através de normas jurídicas executadas pelos órgãos do Estado, dos direitos e deveres reconhecidos a dado cidadão, e a Segurança colectiva, enquanto realidade que envolve toda a comunidade considerada.

A Justiça visa a substituição, nas relações entre os seres humanos, do arbítrio por um conjunto de regras capaz de, consensualmente, estabelecer uma nova ordem e, assim, satisfazer uma aspiração por todos sentida. Abrange duas realidades distintas: a Justiça comutativa, nos termos da qual o Estado deve garantir, nas relações entre cidadãos, a equivalência dos valores permutados, o que significa que cada qual deve receber, nas relações recíprocas, de acordo com a prestação que efectuou a certo ou certos concidadãos; a Justiça distributiva, segundo a qual cada cidadão deve receber proventos da colectividade de acordo com o tipo de actividade produtiva que, permanentemente, lhe presta ou a situação social de carência em que se encontra.

Por vezes fala-se em Justiça redistributiva porque visa corrigir desigualdades existentes (por exemplo, impondo encargos maiores aos mais favorecidos para reequilibrar a situação dos mais carenciados)

Finalmente, o Bem-Estar económico, social e cultural consiste na promoção das condições de vida dos cidadãos em termos de garantir o acesso, em condições sucessivamente aperfeiçoadas, a bens e serviços considerados fundamentais pela colectividade, tais como bens económicos que permitam a elevação do nível de vida de estratos sociais cada vez mais amplos, e serviços essenciais, por exemplo, os que contemplam a educação, a saúde e a segurança social.

8.3. Mas estes fins, outrora encarados como fins abstractos de qualquer Estado, são, efectivamente, prosseguidos de forma diversa pelos diferentes Estados, consoante os regimes económicos e políticos que neles vigoram.

8.4. Assim, nos tempos do capitalismo concorrencial e das primeiras experiências constitucionais (final do século XVIII e século XIX), o Estado Liberal (primeiro de Direito, depois de legalidade) privilegiou os fins da Segurança, interna e externa, e da Justiça comutativa.

Como cabia a um Estado-árbitro, não intervencionista na vida económica e social,

formularam-se normas constitucionais, consagrou-se o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei e tutelaram-se os direitos civis e políticos.

Deste modo se correspondia às aspirações de uma burguesia em rápida ascensão, a quem interessava, por um lado, a salvaguarda jurídica da sua posição, com a destruição dos privilégios da aristocracia e do clero, e, por outro lado, o reconhecimento da igualdade formal perante a lei, consubstanciada no respeito dos direitos civis e políticos, a par da manutenção de uma certa desigualdade ao nível económico e social. Isto vale para o Estado Liberal de Direito - no qual se acredita que o Direito positivo, fruto de intervenção humana, é, no fundo, concretização de um Direito natural, inerente à natureza humana -, como para o Estado Liberal de legalidade, em que se entende que não há Direito natural, o único Direito que existe é o criado socialmente.

8.5. Mas o correr dos anos alteraria este estado de coisas.

É, desde logo, essencial a evolução do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito. Tendo como cenário económico, primeiro, um capitalismo concentrado (ou seja, um capitalismo de grandes grupos mas sujeito a controlos pelo Estado) e, depois, um moderno capitalismo monopolista de Estado, e, como cenário político, um regime democrático, assiste-se agora a uma subalternização do objectivo da Segurança em benefício da Justiça redistributiva e do Bem-Estar económico, social e cultural.

Também em relação ao Estado auto-qualificado de legalidade socialista - Estado que, em face das profundas mudanças que a actualidade vem registando, é, nos seus aspectos fundamentais, uma realidade historicamente ultrapassada - que se reclama de um regime económico socialista, ou de transição para o socialismo, e que é marcado por um regime político ditatorial, se verifica o claro propósito de sobrepor ao fim jurídico de certeza ou segurança do Direito os objectivos económicos e sociais da Justiça e do Bem-Estar, interpretados embora em termos muito diversos dos que caracterizam o Estado Social de Direito.

E, finalmente, de certo modo no mesmo sentido se orienta o Estado de inspiração fascista que, caracterizado por um regime económico capitalista e por um regime político ditatorial, privilegia o Bem-Estar, embora mantendo o objectivo prioritário da Segurança e limitando a Justiça redistributiva.

Temos, pois, que este alargamento dos fins do Estado vale para as três modalidades de Estado Pós-Liberal: Estado Social (de Direito e de legalidade, conforme acredita ou não em valores meta positivos), Estado auto-qualificado de legalidade socialista e Estado de inspiração fascista.

8.6. O Estado contemporâneo foi, assim, em geral, marcado pelo alargamento dos objectivos que orientam o poder político. Segurança interna e externa, Justiça

comutativa, distributiva e até redistributiva, Bem-Estar económico, social e cultural.

Têm sido estes valores, e, nomeadamente, os últimos, a presidir à resolução dos conflitos de interesses pelo poder político do Estado.

No início do novo século e milénio surgem, no Estado Social, sinais de contestação das formas extremas de Estado-Providência, nas quais o Estado chama a si a tarefa de satisfazer amplamente necessidades de educação, saúde e segurança social, entre outras, criando para o efeito ambiciosos sistemas públicos de prestação de serviços.

Alguns contestam o Estado-Providência pelos seus excessos, sem questionarem o Estado Social. Outros, em muito menor número, vão ao ponto de defender o desaparecimento deste.

Em geral, as opiniões públicas querem um Estado Social que lhes garanta patamares mínimos de satisfação de necessidades colectivas consideradas de responsabilidade pública, mas não aceitam pagar essa garantia para além de limites apertados em termos de impostos.

Quanto ao Estado dito de legalidade socialista e ao Estado de inspiração fascista, eles conhecem algum recuo generalizado, nomeadamente o primeiro na Europa do Leste.

onde persistem, é evidente - também neles - uma sensível redução do papel do poder político, correspondente a um mitigar da amplitude e da ambição dos fins do Estado.

9 - Ainda a ideia de Estado - as funções exercidas

9. 1. Para prosseguir os fins do Estado o poder político desenvolve actividades permanentes e homogéneas que são as funções do Estado.

Em rigor, os objectivos do Estado-colectividade também podem ser realizados pelos cidadãos, isoladamente ou em conjunto, mas tal não consubstancia, naturalmente, uma forma de actividade do poder político do Estado.

Ora, é precisamente a sua realização pelos órgãos que integram o poder político do Estado que agora interessa referir.

Porque, se os fins do Estado se traduzem na prossecução de grandes objectivos pelos órgãos do poder político do Estado, as suas funções mais não são do que as actividades desenvolvidas por esses mesmos órgãos, tendo em vista a realização dos objectivos que se lhes encontram constitucionalmente cometidos.

9.2. As funções do Estado não se encontram todas no mesmo plano.

Antes do mais, o poder político define as regras essenciais da existência colectiva e da sua própria organização criando a lei das leis, a Constituição - exercendo o poder constituinte.

Depois, vai revendo a Constituição para a adaptar ao devir colectivo - exercendo o poder de revisão constitucional.

A Constituição condiciona o desempenho das outras funções do Estado. Num primeiro patamar, as funções primárias, principais ou independentes - a função política e a função legislativa. Num segundo patamar, as funções secundárias, subordinadas ou dependentes - a função jurisdicional e a função administrativa.

As funções primárias, elas próprias, condicionam as funções secundárias no seu exercício.

9.3. Existe, assim, uma distribuição das actividades do poder político por degraus interligados.

O poder constituinte gera a Constituição que condiciona o poder de revisão constitucional e as quatro demais funções do Estado.

O poder de revisão constitucional traduz-se na modificação da Constituição. Por um lado, é limitado pelo poder constituinte (a Constituição circunscreve a sua própria revisão). Por outro lado, as alterações constitucionais que resultam do seu exercício incorporam-se na Constituição e condicionam as quatro restantes funções do Estado.

As funções política e legislativa obedecem à Constituição (incluindo, se for caso disso, as alterações introduzidas por revisão), mas condicionam as funções jurisdicional e administrativa.

Estas últimas devem ser conformes à Constituição (englobando as modificações derivadas da sua revisão), aos actos políticos e às leis, nascidos da função política e da função legislativa respectivamente (a função jurisdicional reporta-se às leis e a função administrativa aos actos políticos e às leis).

9.4. Mas o que são afinal a função política, a função legislativa, a função jurisdicional e a função administrativa? Por que se diz que as primeiras são funções primárias e as segundas são funções secundárias?

A função política traduz-se na definição e prossecução pelos órgãos do poder político dos interesses essenciais da colectividade, realizando, em cada momento, as opções para o efeito consideradas mais adequadas.

A função legislativa corresponde à prática de actos com conteúdo político, mas que provenham dos órgãos constitucionalmente competentes e revistam a forma externa de lei.

Ambas são funções primárias ou principais, pois consubstanciam o exercício das actividades dos órgãos do poder político do Estado de uma forma essencialmente livre ou minimamente vinculada, delas decorrendo as funções secundárias ou **subordinadas**.

A função jurisdicional do Estado consiste no julgamento de litígios, resultantes de conflitos de interesses privados, ou públicos e privados, bem como na punição da violação da Constituição e das leis, através de órgãos entre si independentes, colocados numa posição de passividade e imparcialidade, e cujos titulares (os juizes) são inamovíveis e, em princípio, não podem ser sancionados pela forma como exercem a sua actividade.

A função administrativa do Estado consiste na satisfação das necessidades colectivas que, por virtude de prévia opção legislativa, se entende que incumbe ao Estado prosseguir, encontrando-se tal tarefa cometida a órgãos interdependentes, dotados de iniciativa e de parcialidade na realização do interesse público, e com titulares amovíveis e responsáveis pelos seus actos.

Quer a função jurisdicional, quer a função administrativa do Estado, são funções secundárias ou subordinadas, pois acham-se, de uma forma ou de outra, amplamente condicionadas pelas funções política e legislativa.

9.5. Todas as funções enumeradas se traduzem na criação de Direito objectivo.

Numa delas só há criação. É o caso do poder constituinte. Noutra, quase só criação - no poder de revisão constitucional. Noutras, ainda, há criação, mas há também execução de Direito criado em escalão superior. É sobretudo o caso da função política e da função legislativa.

Finalmente, funções há em que, coexistindo criação e execução, o peso relativo da primeira é menor do que nas funções política e legislativa: é, naturalmente, o caso da função jurisdicional e da função administrativa.

10 - O essencial...

O Direito é uma experiência quotidiana que resulta da natureza social do ser humano.

A sociedade supõe a existência de conflitos de interesses.

É através do exercício do poder, entendido como faculdade de intervenção do ser humano sobre o ser humano, que o grupo social reage ao conflito.

Expressão fundamental dessa reacção é o poder político.

O poder político é um poder de injunção dotado de coercibilidade material.

É uma forma específica de poder que nasce da percepção do conflito que toda a sociedade gera, que procura dirimir tal conflito e que, assim, surge justificado pela existência desse mesmo conflito.

A legitimidade do poder político assenta numa consensualização acerca da admissibilidade da sua existência e do seu desempenho numa sociedade.

As relações entre o Direito e o poder político são complexas - o poder político é objecto do Direito que cria.

O poder político existe nos planos estadual, infra-estadual e supra-estadual.

O Estado é a realidade referencial e o poder político estadual tem caracterizado a modernidade e, até agora, resistido às suas evoluções mais recentes.

Existem um direito estadual, um direito infra-estadual e um direito supra-estadual, produtos, respectivamente, da actividade criadora do poder político estadual, do poder político infra-estadual e do poder político supra-estadual.

O Estado deve ser entendido como colectividade. O seu conceito jurídico apoia-se em três elementos definidores: Povo, Território, Poder Político.

A formação do Estado como sociedade politicamente organizada tem em vista a prossecução de determinados objectivos.

Segurança, Justiça e Bem-Estar económico, social e cultural, são fins prosseguidos de forma diversa pelos diferentes Estados, consoante os regimes económicos e políticos que neles vigoram.

Para prosseguir os fins do Estado o poder político desenvolve actividades permanentes e homogéneas, que são as chamadas funções do Estado.

Assim, o poder constituinte, o poder de revisão constitucional, a função política, a função legislativa, a função jurisdicional e a função administrativa.

Essas funções encontram-se estreita e decisivamente interligadas, afectando-se

mutuamente.

Todas se traduzem, embora em graus diversos, na criação de Direito objectivo.

11 - Principais sugestões bibliográficas e questões para reflexão e revisão

11.1. Para apoio da reflexão ou para desenvolvimento do estudo, sugere-se:

Caetano, Marcelo, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6. ed. rev. e ampl. (2 ts.), Coimbra, 1970-1972.

Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed., Coimbra, 1999.

Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 5 ts. desde 1980: t. 1 (6.ª ed.), Coimbra, 1997; t. 11 (3.ª ed., reimp.), Coimbra, 1996, t. 111 (4.ª ed.), Coimbra, 1998; t. IV (3.ª ed.), Coimbra, 2000; t. V, Coimbra, 1997.

- *Funções, órgãos e actos do Estado*, 3.ª ed., Lisboa, 1990.

Sousa, Marcelo Rebelo de, *Direito Constitucional, I,- Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979.

- *Direito Constitucional, I, Relatório*, Lisboa, 1999.

- *Ciência Política, Relatório*, Lisboa, 1998.

- «Estado», in *Dicionário Jurídico da administração Pública*, vol. IV, Lisboa, 1991.

11.2. Para avaliação da reflexão e revisão feita, propõe-se breve comentário às seguintes questões-frases:

1.1. "O Direito objectivo fixa regras. O direito subjectivo é a sua projecção nas pessoas."

1.2. "Não há direitos subjectivos senão aqueles que o Direito objectivo confere."

1.3. "Um ser humano isolado não precisa de regras externas a si próprio. O seu Direito objectivo é o seu direito subjectivo."

2. 1. "As teses do ser humano sem sociedade respeitam mais à Filosofia Política do que à Sociologia ou mesmo à Antropologia."

2.2. "Cada sociedade dura, numa certa forma, o que durarem os seus fins colectivos, até

seu esgotamento ou adaptação.”

2.3. ” Uma freguesia é uma sociedade de fins gerais e não específicos.

O S.L.Benfica já é mais do que uma associação, é uma comunidade; a família começa por ser e é essencialmente uma sociedade primária, mas em determinadas circunstâncias e momentos pode ser também uma sociedade secundária.”

3. 1. ”Porque as necessidades são mais do que os bens aptos a satisfazê-las há conflitos e impõe-se um poder que os resolva.”

3.2. ”Cada vez mais se governa com a persuasão e a manipulação, mas, em situações de crise, a ameaça da força pode ser o único recurso verdadeiramente persuasivo.”

4. 1. ”O poder político tanto se exprime na privação de liberdade das pessoas, como na mera exigência, a elas dirigida, do pagamento de determinadas quantias ou na entrega de certos bens.”

4.2. ”No dia-a-dia, o que impõe o respeito do poder político não é o uso da força, é a sua ameaça.”

4.3. ”Para uns, o poder político justifica-se pelo fim da harmonia e da paz. Para outros, pela inevitabilidade e a necessidade de conviver com o conflito.”

4.4. ”Todo o poder político exige aceitabilidade social mínima, mesmo o ditatorial, embora neste a capacidade de remoção esteja limitada pela própria intensidade do uso da força.”

4.5. O grau de legitimidade de um certo poder político determina, na razão inversa, o grau da sua coercibilidade.”

4.6. ”Sem poder político o Direito não nasce, mas cabe ao Direito definir os seus contornos. Mesmo em ditadura, o Direito rege o poder político, embora o faça sem respeito pelas pessoas.”

5. 1. ”Votar num município ou numa freguesia e votar politicamente, como o é votar no seio de uma organização internacional.”

5.2. ”Por quanto tempo serão ainda os Estados a definir as regras das realidades políticas que os integram e a condicionar o poder efectivo das instituições internacionais, até umas e outras se converterem em novas formas de Estado’

6. 1. ”A mão do poder político está em toda a parte através do Direito.”

6.2. "Tempos houve em que, para muitos, só eram Direito os actos do Estado. Hoje, quem quiser estudar todo o Direito tem de começar no internacional e acabar no local."

7. 1. "Já nos habituamos a pensar a política e o Direito com base no Estado."

7.2. e 7.3. "Os três elementos do Estado são, ao mesmo tempo, condições da sua existência."

7.4. "Apesar da crescente igualdade entre cidadãos e estrangeiros, ser-se nacional de um Estado ainda define o próprio Estado, sobretudo quando é especialmente pequeno ou tradicionalmente de emigração."

7.5. "Há nações sem território. Não há Estados sem território."

7.6. "O Estado só existe porque as instituições ficam mesmo quando as pessoas partem."

8. 1. "Qualquer que seja o Estado, os seus fins são sempre os mesmos, em abstracto."

8.2. "Nos nossos dias, os cidadãos têm direito a viver em segurança, sem a condenação à desigualdade e com condições dignas de existência."

8.3. "Mesmo fins abstractos têm diversas finalidades concretas em diferentes Estados."

8.4. "O Estado Liberal é um Estado-polícia, fiscaliza mas não promove.

8.5. "O Estado Pós-Liberal suja as mãos na economia e na sociedade, sem complexos nem hesitações."

9. 1. "Estado sem funções do poder político é Estado sem fins."

9.2. "A pirâmide ainda é, hoje, apesar de tudo, uma boa imagem para as funções do Estado."

9.3. "A Constituição preside e limita, e também estimula, mas não absorve toda a actividade do poder político do Estado."

9.4. "A diferença entre o primário e o secundário nas funções do Estado é, no fundo, a diferença de proximidade da Constituição e da liberdade de actuação."

9.5. "Político, administrador público e juiz - todos criam Direito, à sua maneira."

CAPÍTULO 2

A CRIAÇÃO DO DIREITO ESTADUAL

12 - O poder constituinte e a Constituição

Primeira manifestação da actividade permanente de um Estado empenhado na prossecução de determinados fins é, já se sabe, o poder constituinte.

Mas o que é verdadeiramente esse poder constituinte?

No fundo, e em termos muito simples, é a faculdade de criar os princípios e as regras de Direito que representam o tracejamento jurídico básico do Estado-colectividade.

Ora, como resultado do exercício desse poder, surge a Constituição, também chamada Constituição em sentido formal.

É ela que contém o conjunto de regras de Direito escritas, que condicionam - porque se situam acima - o poder de revisão constitucional, as funções política e legislativa e as funções jurisdicional e administrativa.

12.2. A noção de Constituição em sentido formal, ou de Constituição formal, é a mais frequente quando se fala em Constituição.

Compreende princípios e regras elaborados e revistos por um processo solene mais exigente do que o usado para elaborar uma lei. Quando se diz que a Constituição proíbe a pena de morte está a referir-se uma das regras da Constituição formal.

Mas, para além de se falar em Constituição no sentido de Constituição formal, também se emprega o mesmo termo noutras acepções.

Pode ser entendido como o texto, ou instrumento, único em que ela se pode conter, e, assim, se dirá que a Imprensa Nacional -Casa da Moeda tem uma edição da Constituição de 1976 já posterior à revisão de 1997. É a Constituição em sentido instrumental.

Normalmente, hoje em dia, à Constituição formal corresponde a Constituição instrumental.

Mas pode suceder não coincidirem uma e outra. Por exemplo, entre 25 de Abril de 1974 e 25 de Abril de 1976, a Constituição formal encontrava-se dividida por vários textos avulsos.

12.3. Dentro da Constituição formal há uma zona que respeita às matérias mais importantes da definição e organização do Estado-colectividade. É a chamada Constituição em sentido material ou Constituição material.

Na verdade, se a Constituição formal é muitas vezes qualificada de "a lei das leis", dentro dela avulta a Constituição material, que abrange as regras de Direito respeitantes à definição do povo, à delimitação do território, à organização do poder político (abrangendo o elenco dos órgãos, a sua composição, a sua competência, as suas inter-relações, o modo de designação dos seus titulares e as formas de controlo da sua actuação), à determinação dos fins e das funções do Estado, às modalidades de fiscalização do acatamento da Constituição pelo próprio poder político do Estado.

12.4. A Constituição formal é sempre escrita.

No entanto, países há com regras constitucionais materiais não escritas, nascidas do costume.

É, por exemplo, o caso da Grã-Bretanha, em que aspectos fundamentais da vida da colectividade são objecto de regras nascidas de uma prática social que, velha de séculos, é acompanhada. Por isso não se pense que as Constituições não podem resultar de costumes ou não podem articular-se com eles.

Pelo contrário, a relação que se estabelece entre a ordem costumeira e a ordem constitucional é caracterizadora do próprio sistema.

Quando a Constituição é sobretudo resultado do costume, o sistema é dito essencialmente costumeiro ou consuetudinário (caso da Grã-Bretanha). Quando a Constituição conjuga regras escritas e costumeiras, o sistema é semi-consuetudinário (caso da França no final do século XIX). Quando as regras constitucionais são praticamente apenas escritas, o sistema é, ou diz-se, essencialmente escrito (caso, hoje, da generalidade dos Estados da União Europeia).

12.5. Em Portugal, exemplo de um sistema constitucional essencialmente escrito, vigora desde 25 de Abril de 1976 uma Constituição elaborada por uma Assembleia Constituinte eleita para esse efeito em 25 de Abril de 1975.

A Constituição formal coincide com a instrumental, e comporta, como domínio mais relevante, a Constituição material, particularmente protegida em termos de não poder ser subvertida através de revisão constitucional.

Excepcionalmente, há facetas da Constituição material que se encontram fora da Constituição formal. É o caso, por exemplo, do estatuto da nacionalidade ou das regras essenciais em matéria eleitoral ou de partidos políticos.

13 - O poder de revisão constitucional

13. 1. O poder de revisão constitucional é a faculdade de alterar ou modificar as regras da Constituição formal.

Constitui a segunda actividade desenvolvida pelo poder político do Estado com o objectivo de realizar os fins que justificam a sua existência.

O resultado do exercício deste poder é a lei de revisão constitucional, ou lei constitucional, como hoje prefere chamar-lhe a nossa Constituição (Artigos 161.º, alínea a), e 166.º, n.º 1).

13.2. A revisão constitucional tem de obedecer ao que a Constituição, ela própria, prevê ou permite.

Porque efectivamente, e em regra, a Constituição prevê determinados limites à sua eventual revisão.

Limites que podem revestir naturezas diversas.

Em primeiro lugar, limites formais, que estabelecem que a Constituição só pode ser revista por um órgão e através de um processo e com uma forma diversos dos estabelecidos para a feitura de leis ordinárias, leis essas resultantes do exercício da função legislativa do Estado.

Em segundo lugar, limites temporais, que estipulam que a Constituição só pode ser revista dentro de certos prazos - no caso de revisão constitucional ordinária - ou, fora deles, se houver consenso alargado para uma revisão constitucional extraordinária nos termos nela consignados.

Em terceiro lugar, limites circunstanciais, que determinam que a Constituição não pode ser revista em períodos de crise ou anomalia política ou social grave, em que não haja garantias de plena liberdade relativamente aos cidadãos que vão participar no processo de revisão.

Em quarto lugar, limites materiais, que consubstanciam a ideia de que a Constituição material não pode ser revista, ou seja, de que os grandes princípios que integram a Constituição não podem ser revistos, sob pena de se estar a criar uma nova Constituição.

Por último, é discutida a existência dos limites meta-positivos, que impedem a revisão de aspectos cruciais da Constituição material em nome do respeito devido a ordens normativas supra positivas que são razão fundante do Direito positivo e, por isso, naturalmente também da própria ordem constitucional estabelecida.

Ora, estes limites à revisão constitucional, ao emprestarem uma fisionomia específica ao

sistema, constituem-se em elementos caracterizadores deste.

Por isso se diz que, quando uma Constituição não estabelece limites à sua revisão, ela é flexível. Ou que, quando se prevêem limites formais ou circunstanciais, a Constituição é rígida. Ou, finalmente, que uma Constituição que define limites circunstanciais e materiais é hiper-rígida.

13.3. A Constituição Portuguesa prevê limites formais (Artigos 161.º, alínea *a*), 166.º, n.º 1, 285.º, 286.º e 287.º), limites temporais (Artigo 284.º), limites circunstanciais (Artigo 289.º) e limites materiais (Artigo 288.º).

É, portanto, uma Constituição hiper-rígida.

Não obstante, conheceu já quatro revisões. A primeira teve lugar em 1982 (e pôs fim à tutela militar sobre o regime político democrático). A segunda ocorreu em 1989 (e converteu o regime económico em similar aos da Europa Comunitária). A terceira em 1992 (e introduziu ajustamentos ao Tratado da União Europeia ou de Maastricht). A quarta em 1997 (e maleabilizou várias vertentes do sistema político).

Com excepção da revisão de 1992, que foi uma revisão extraordinária, nos outros três casos tratou-se sempre de revisões ordinárias.

14 - A função política e o acto político

14. 1. Visando a realização de objectivos que lhe estão constitucionalmente cometidos, o Estado define os interesses essenciais da colectividade e assegura a sua prossecução pelos órgãos do poder político, realizando, em cada momento, as opções que para tal julgue mais adequadas.

Fá-lo de uma forma essencialmente livre, ou minimamente vinculada.

Por outras palavras, os órgãos do poder político asseguram o exercício da função política do Estado, função esta que é, recorde-se, uma função primária, ou principal.

Como resultado do seu exercício surge o acto político em sentido restrito ou próprio.

Dele nos aparecem exemplos múltiplos e variados de que todos os dias os jornais, a televisão, a rádio nos vão dando conta. Assim, o decreto de dissolução da Assembleia da República pelo Presidente da República (Artigos 133.º, alínea *e*), e 172.º da Constituição). Assim, também, a moção de censura, de confiança ou de rejeição do Programa do Governo pela Assembleia da República (Artigos 163.º, alíneas *à*), *e*), e 166.º, n.º 4 da Constituição).

E, se somarmos os exemplos respeitantes à política externa, teremos, entre outros, a declaração da guerra e a feitura da paz (Artigos 135.º, alínea c), 145.º, alínea d), 161.º, alíneas) e 197.º, n.º 1, alínea g)» ou a celebração de tratados internacionais (Artigos 135.º, alínea b), 140.º, 160.º, alínea i), 197.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 278.º, n.os 1, 2 e 4).

14.2. Pois bem, os actos políticos *stricto sensu* não nos vão merecer desenvolvida atenção.

Eles respeitam àquelas escolhas políticas não traduzidas em leis.

Por isso, se a sua repercussão é directa nas relações com outros Estados (actos políticos externos) ou entre órgãos do poder político (actos políticos internos), a verdade é que só indirectamente se reflectem na regulação de relações sociais.

A sua área de influência imediata interna resume-se ao nível da conformação do poder político do Estado, sem se expandir para níveis sociais de base alargada ou, sequer, para a esfera da respectiva disciplina jurídica.

Ora aqui o que interessa é precisamente a vida da comunidade social, a análise dos seus ritmos e dos seus fluxos, de modo a apreender todo um universo jurídico que, justificado pelas exigências próprias do grupo, procura cobrir as necessidades existentes e, assim, encerrar um projecto de viabilidade colectiva.

15 - A função legislativa e a lei

15. 1. Consubstanciando ainda um exercício essencialmente livre das actividades dos órgãos do poder político do Estado, surge a função legislativa.

Função principal ou primária do Estado, corresponde à prática de actos de conteúdo político provenientes dos órgãos constitucionalmente competentes e que revestem a forma externa de lei.

A função legislativa é, portanto, a função do Estado que abrange a prática de actos legislativos, ou leis. Elas são o produto do seu exercício.

15.2. O acto legislativo, ou, se preferir, a lei, é um acto do poder político do Estado.

Em termos de localização na pirâmide do acto do poder político, a sua posição encontra-se bem definida, o que constitui, por si só, um importante elemento caracterizador. Situa-se abaixo dos actos constituintes e de revisão constitucional (ou, por outras palavras, abaixo dos actos constituintes, incluindo sempre que for o caso as alterações resultantes de revisão constitucional). Situa-se acima dos actos jurisdicionais e de

administração, condicionando-os.

Distingue-se do acto político porque, embora tenha conteúdo político, normalmente, visa a regulação de relações sociais, só excepcionalmente cuidando da organização do poder político do Estado.

Mas como definir, afinal, o acto legislativo? Poderá ele rever-se numa fórmula definitiva rígida?

A uma primeira vista, a lei pode ser entendida como aquele acto do poder político do Estado que provém do órgão constitucionalmente competente, obedece a um procedimento constitucionalmente definido e reveste a forma constitucionalmente qualificada de lei.

Nestes termos, o acto legislativo seria definido pela forma e só pela forma.

E isto, porque só seria acto legislativo aquele que como tal a Constituição denominasse. O que estaria altamente simplificado, porque a Constituição faz uma enumeração exaustiva dos actos legislativos (Art.º 112.º, n.º 1 e 6).

Por isso, noções como a do Artigo 1.º do Código Civil - «consideram-se leis todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes» (ri.º 2) - devem ceder perante a óbvia preocupação constitucional de, ao vedar a criação de outras categorias de actos legislativos, delimitar sem hesitações o plano de intervenção legislativa. A generalidade e a abstracção são exigidas pela Constituição apenas para certas leis - as relativas a direitos, liberdades e garantias (Artigo IU, n.º 3) -, mas não para todas as leis. Assim, no nosso Direito, são múltiplas as leis dirigidas a regiões, categorias de cidadãos ou de grupos sociais (as chamadas leis-medida).

Tudo isto é verdade: que a Constituição diz expressamente quais os órgãos competentes para elaborar leis, que procedimentos devem ser seguidos e, em especial, que actos podem ser qualificados de leis (e só eles).

Simplesmente, a lei não se define só pelo órgão que a elabore, o procedimento adoptado ou a forma revestida.

Também faz parte dessa definição o ter conteúdo político, o conter opções ou escolhas colectivas com uma liberdade só limitada pela Constituição.

Isso a aproxima do acto político em sentido restrito ou próprio. Mas dele se afasta precisamente pelas características formais órgão, procedimento e forma -, todas elas justificáveis atendendo a que a lei existe para disciplinar a vida social.

Onde o acto político respeita às relações internacionais ou às relações dentro do próprio poder político, a lei visa reger as relações entre cidadãos ou entre estes e o poder político.

15.3. Tal como acontece em relação à Constituição, é frequente referir o acto legislativo, ou a lei, sob três perspectivas diversas.

Como o acto resultante do exercício da função legislativa. Como o texto em que ele se corporiza. Como o conteúdo que encerra, ou seja, como as regras de Direito que engloba.

15.4. Resulta claro que o conceito não é linear e, como tal, não deve ser linear a sua análise.

Será, apesar de tudo, possível apurar a noção de acto legislativo?

Evidentemente que sim. Mas para tanto será decisivo fixar a atenção em duas questões essenciais: os pressupostos do acto legislativo e os elementos desse mesmo acto legislativo. Os primeiros são circunstâncias de facto ou de direito que o devem preceder e sem as quais ele não pode ser praticado. Os segundos integram o acto.

15.5. Quais, então, os pressupostos do acto legislativo?

1 - Em primeiro lugar, a existência de um órgão do poder político em condições de actuar - pressuposto objectivo. Depois, a competência do órgão. Para que se possa falar em acto legislativo é necessário que o órgão responsável pela sua emissão seja competente para o fazer.

A competência do órgão é um pressuposto subjectivo-objectivado do acto legislativo.

Por isso, a ordem constitucional do Estado sempre disciplina com especial rigor a matéria.

Vejamos, em conjunto, os dois pressupostos do acto legislativo - órgão e competência. Quais, então, entre nós, os órgãos a que a Constituição considera competir a produção de actos legislativos?

A Assembleia da República, o Governo e as Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e da Madeira.

Como se reparte entre eles a competência legislativa?

A Assembleia da República elabora as leis. Pode fazê-lo no domínio da reserva absoluta

da sua competência legislativa - Artigo 164.º da Constituição. Pode fazê-lo no domínio da reserva relativa da sua competência legislativa - Artigo 165.º da Constituição -, regulando directamente a matéria em causa ou autorizando o Governo a regulá-la através de decreto-lei. E pode fazê-lo sobre outras matérias, nas quais há concorrência de competência legislativa com o Governo.

O Governo elabora os decretos-leis. Fá-lo no domínio da reserva absoluta da sua competência legislativa - Artigo 198.º, n.º 2, da Constituição. Fá-lo no domínio da reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República e com autorização legislativa desta - Artigo 198.º, n.º 1, alínea b), da Constituição. Fá-lo sobre matérias nas quais há concorrência de competência legislativa com a Assembleia da República - Artigo 198.º, n.º 1, alínea a), da Constituição. Fá-lo, ainda, sobre qualquer matéria, mesmo da reserva absoluta ou da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, desde que desenvolvendo os princípios ou as bases gerais dos regimes de Direito sobre aquela matéria contidos em leis da Assembleia da República - Artigo 198.º, n.º 1, alínea c), da Constituição.

As Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e da Madeira elaboram os decretos legislativos regionais. Fazem-no em matérias de interesse específico para as respectivas regiões e não reservadas à Assembleia da República ou ao Governo - Artigos 112.º, n.º 4, e 227.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), da Constituição.

Assim, Assembleia da República, Governo e Assembleias Regionais repartem entre si a competência legislativa. Num equilíbrio nem sempre fácil, vivem a complexidade da inter-relação constante e assim são responsáveis por um imenso universo de actos legislativos. Lei, decreto-lei e decreto legislativo regional são, no fundo, expressões de um conflito que, latente, a ordem constitucional procurou disciplinar. Note-se que, tendo presente este conflito, a revisão constitucional de 1997 quis reforçar, substancialmente, a reserva de competência da Assembleia da República. Quer a absoluta, quer a relativa, uma e outra cobrindo matérias essenciais, sinal do primado legislativo do Parlamento.

Mas, assegurada a competência do órgão responsável, o acto legislativo pode ter ainda que preencher outros pressupostos objectivos, como, por exemplo, a audição prévia das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira sobre leis e decretos-leis que, embora de âmbito nacional, também interessem àquelas Regiões cabe ao órgão que legisla ajuizar livremente da própria conveniência e oportunidade de legislar.

15.6. E o que dizer dos elementos do acto legislativo?

Quais são eles e como se revelam?

O acto legislativo exprime uma vontade, obedece a uma forma, encerra um conteúdo e visa um fim.

Tem, portanto, quatro elementos definidores que lhe garantem uma fisionomia própria - vontade, forma, conteúdo e fim.

A vontade é o primeiro destes elementos. É um elemento subjectivo. Exprime a ideia de que o acto legislativo tem que ser o resultado de uma opção não condicionada por coacção física ou coacção psíquica exercida sobre os titulares do órgão do poder político do Estado competente, sob pena de não ser possível imputá-lo ao querer colectivo.

A forma, que já é um elemento objectivo, prende-se com o facto de a cada modalidade de acto legislativo aprovado por um órgão do poder político do Estado corresponder uma forma diversa. Assim, como se viu, a lei da Assembleia da República, o decreto-lei do Governo, o decreto legislativo regional das Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e da Madeira.

Mas note-se ainda que, como elemento integrante do acto legislativo, a forma engloba ainda o próprio procedimento de elaboração, que difere de tipo para tipo de acto legislativo.

Terceiro elemento é o conteúdo do acto. Ora, em atenção a ele, os actos legislativos podem ser objecto de múltiplas classificações apoiadas nos mais diversos critérios. Assim, existem actos legislativos que regulam as relações sociais e actos legislativos respeitantes a outros actos legislativos. Existem actos legislativos inovatórios e actos legislativos não inovatórios. Existem actos legislativos respeitantes só ao futuro e actos legislativos retroactivos ou de aplicação também ao passado.

15.7. Das muitas classificações possíveis, duas são essenciais. A distinção entre leis comuns e leis reforçadas. E a distinção entre leis meramente formais e as leis também materiais.

Assim, e em primeiro lugar, as leis comuns são os actos legislativos comuns, definidos nos termos gerais que se têm vindo a traçar. As leis reforçadas são as leis que, pela importância essencial do seu conteúdo, são tratadas pela Constituição como se pertencessem a um escalão intermédio entre as leis comuns e a própria Constituição e esse tratamento justifica que as leis comuns devem ser conformes não só à Constituição como também a essas leis reforçadas. São leis reforçadas as leis que exigem maioria de 2/3, as leis necessariamente votadas por maioria absoluta, bem como as que configuram pressupostos normativos de outros actos legislativos. São exemplo destas últimas os estatutos político-administrativos, o Orçamento e a lei do Plano, as leis de bases e, ainda, as leis de autorização legislativa (Artigo 112.º, n.º 3, da Constituição).

Quando falamos em leis de 2/3 ou de maioria absoluta estamos a falar de leis que, pela Constituição, têm de ser votadas, respectivamente, por maioria de 2/3 dos Deputados

presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, ou por metade e mais um dos Deputados em efectividade de funções.

Na primeira categoria entram leis como, por exemplo, as que disciplinam o voto dos emigrantes (nacionais não residentes em território português), a definição dos círculos eleitorais na eleição parlamentar ou o modo de eleição dos órgãos dos municípios e das freguesias.

A segunda categoria corresponde às leis orgânicas, isto é, às prin-
Assembleia da República.

Já no que toca à segunda distinção, um breve e prévio ponto de ordem se impõe. É usual falar-se na contraposição entre lei formal e lei material. Mas, em rigor, é preferível pensar-se em lei meramente formal e em lei também chamada material, já que esta, além de ser chamada material pelo seu conteúdo, é ainda formalmente lei. E, note-se, o que a Constituição exige é que a lei o seja em sentido formal, só exigindo que a lei seja também dita material em certos domínios muito específicos (é o caso dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, Artigo 18.º, n.º 3).

Assim, como atrás dissemos, pode reter-se que as leis meramente formais são os actos legislativos cujo conteúdo não é genérico e abstracto. E que as leis também consideradas materiais são aqueles actos legislativos que, além de serem formalmente leis, são dotados de generalidade e abstracção no seu conteúdo.

Mas o que é isso de conteúdo genérico e abstracto? O que são generalidade e abstracção no conteúdo do acto legislativo?

Faça-se então aqui um breve parêntesis para explicar estas duas ideias, que são verdadeiramente nucleares para quem se propõe iniciar o estudo do Direito.

A abstracção corresponde à indeterminabilidade das situações de facto a que lei é aplicável, ao passo que a generalidade respeita à indeterminabilidade dos seus destinatários, sejam estes indivíduos ou entidades por eles constituídas.

Uma e outra se fundam numa indeterminabilidade que é apurada no momento da criação da lei.

E sublinhe-se que o que importa é, de facto, esta ideia de indeterminabilidade, e não a de indeterminação. Pode haver indeterminação e, no entanto, haver situações de facto ou destinatários determináveis, não se podendo então falar em abstracção e generalidade. Por exemplo, não são leis também materiais aquelas que se reportem a situações passadas, por definição determináveis, a uma situação ou a um somatório determinável de situações, a um indivíduo ou a categorias ou classes de indivíduos, cujo

preenchimento também seja determinável. O que interessa, portanto, é sempre a indeterminabilidade ou, se quiser, a insusceptibilidade de determinação.

São, por isso, leis meramente formais as leis individuais e as chamadas leis-medida, ou seja, aquelas que são concebidas para resolver um problema levantado por uma situação concreta ou por conjunto de situações previamente determinadas.

Temos usado a expressão “leis também chamadas, consideradas ou ditas materiais” para as leis que têm conteúdo geral e abstracto.

Na verdade, tradicionalmente, fala-se em materialidade para exprimir a abstracção e a generalidade.

Só que, em rigor, materialidade pode querer dizer definição pelo conteúdo, e, neste sentido, materiais são todas as leis, já que também se definem pelo seu conteúdo político.

Daí que, usando a terminologia clássica, lhe juntemos ”chamadas”, ”ditas” ou ”consideradas”.

15.8. Quarto e último elemento constitutivo do acto legislativo é o fim. Encerra a ideia de que o acto legislativo deve prosseguir os fins do Estado em conformidade com a Constituição.

Definidos colectivamente os fins que hão-de guiar o exercício do poder político, devem as entidades públicas, através da actuação dos seus órgãos, zelar pela sua prossecução permanente e continuada. Mas devem fazê-lo respeitando sempre as atribuições e competências constitucional e legalmente estabelecidas, sob pena de o acto legislativo nascer viciado. Excesso de poder ou uso de meios excessivos para o fim em vista - e desvio de poder - ou realização de fim diverso do decorrente da Constituição - são os exemplos paradigmáticos dos vícios que podem resultar de uma não prossecução ou de uma defeituosa prossecução do fim público.

O acto legislativo deve, portanto, exprimir a consecução de um fim consensualmente imposto ao poder político do Estado. No entanto, mais que isso, deve revelar uma obediente fidelidade aos imperativos constitucionais e resultar sempre de uma actuação que lhes seja conforme.

15.9. Entre as leis podem estabelecer-se relações de dependência. É o caso das leis comuns relativamente às leis reforçadas: por exemplo, o caso dos decretos-leis elaborados ao abrigo de autorização legislativa ou em desenvolvimento de princípios ou bases gerais de regimes jurídicos contidos em leis da Assembleia da República em relação às leis de autorização legislativa e às leis de bases, respectivamente; como,

também, o caso dos decretos legislativos regionais quanto aos princípios fundamentais das leis gerais da República, ou seja, das leis e decretos-leis cuja razão de ser envolva a sua aplicação a todo o território nacional, e que como tal sejam identificadas.

As relações de dependência são, no fundo, relações de conformidade e prendem-se sempre com o teor das matérias em causa.

Ora, as matérias são escalonadas em obediência a razões de fundo que presidem à repartição da função legislativa pelos órgãos do Estado.

Dois exemplos simples ilustram esta ideia:

1) O Estado português é um Estado unitário - com um só poder político, mas regionalizado - com duas regiões autónomas nas quais o Estado descentraliza o poder político (Açores e Madeira). Como consequência desta forma do Estado, a Constituição prevê actos legislativos regionais, mas submete-os aos princípios fundamentais das leis gerais da República.

2) Em Portugal, o sistema de governo - ou seja, o modo como se inter-relacionam os principais órgãos do poder político do Estado - é semi-presidencial, o que envolve, entre outras características, a dependência do Governo em relação à Assembleia da República eleita. Como decorrência dessa dependência, a Constituição reserva para a Assembleia da República um domínio de competência legislativa vedado ao Governo e outro no qual ele só pode legislar com autorização da Assembleia.

Por que é que isto é assim? Pois bem, a essência, o porquê de tudo isto só pode encontrar-se noutra sede. A função legislativa e a repartição da competência legislativa pelos órgãos do poder político do Estado não são, já se viu, neutras. Elas dependem dos valores e opções fundamentais a que se dedicará o capítulo final deste livro.

16 - A interpretação da lei

16. 1. A interpretação é uma tarefa fundamental que, nos mais variados aspectos, o dia-a-dia nos impõe.

A vida do homem supõe que as realidades com que se relaciona façam, ou possam fazer, sentido. E supõe, naturalmente, a possibilidade de se alcançar esse sentido...

Por isso, numa vida de relação, os homens interpretam a Natureza e por isso os homens se interpretam mutuamente.

Ora, a quem se propõe começar a compreender o mundo do Direito, interessa muito particularmente reflectir na especificidade da interpretação ou apreensão do conteúdo de

mensagens humanas.

Porquê? Precisamente porque há uma natural indissociabilidade entre o viver em sociedade e a procura do sentido humano que deve marcar essa experiência colectiva.

16.2. A interpretação não é uma tarefa indiferenciada ou uniforme.

Captar o sentido de algo supõe, antes de mais, que se atente nesse algo.

Não é a mesma coisa interpretar uma conversa entre dois amigos no café ou interpretar um soneto de Camões...

Apreender um determinado conteúdo pressupõe a ponderação daquilo que o encerra. A interpretação passa, pois, por uma prévia identificação e demarcação dos vários tipos de mensagens.

Fundamental será, desde logo, a distinção entre as mensagens que se corporizam com durabilidade e aquelas outras que revestem formas não duradouras. Porque o modelo de interpretação das primeiras necessariamente difere do modelo de interpretação das segundas.

16.3. A interpretação da obra de arte é um exemplo perfeito do que pode ser a interpretação de uma mensagem corporizada com durabilidade.

Quatro referências serão decisivas.

O sujeito, o momento, o fim e o objecto da interpretação.

16.4. Quem é o sujeito da interpretação? Quem pode interpretar?

Em primeiro lugar, o autor ou autores da obra de arte. É a chamada auto-interpretação.

Mas também outras pessoas, sejam leigos ou especialistas. É a hetero-interpretação.

16.5. E qual o momento ou momentos da interpretação? Quando se pode interpretar?

A obra de arte pode ser interpretada no momento da sua criação, ou pode sê-lo posteriormente.

No primeiro caso, a interpretação dir-se-á originária ou contemporânea. No segundo caso, dir-se-á superveniente.

16.6. Qual o fim da interpretação? O que é que verdadeiramente se procura na

interpretação de uma obra de arte?

Em princípio, três posições são concebíveis.

Uma posição subjectivista genética ou do autor, em que se quer alcançar o sentido que o autor quis projectar na obra.

Uma posição subjectivista do destinatário, em que se pretende exprimir o sentido que o intérprete, tantas vezes com base em dados não racionais, atribui à obra.

E uma posição objectivista, em que se busca atingir um sentido se possível mais objectivo, que permita aproximar as "leituras" da obra de arte dos vários destinatários, mas destacando-o do sentido que o autor lhe terá querido imprimir.

Todas levantam problemas.

Frequentes vezes sucede que o autor não tem plena consciência da mensagem que projectou e, por isso, a posição subjectivista genética conhece um certo desfavor relativo no nosso tempo. Ronald Dworkin, um autor norte-americano, cita Stariley Cavell e o seu exemplo do personagem do filme de Fellini, *La Strada*, que seria uma transposição não consciencializada da lenda de *Philomel*. *Philomel* é uma figura da mitologia grega. Filha do rei *Sático Pandion*, foi violada por seu cunhado *Teseu*, que lhe arrancou a língua. Os deuses converteram-na em andorinha. Nos poetas latinos aparece metamorfoseada em rouxinol, daqui o nome arcaico e poético de *Philomel* para designar esse pássaro.

Mas, por outro lado, também pode duvidar-se da possibilidade de formular um juízo objectivo da obra de arte. Esta tem uma estrutura que aponta para a subjectividade e a verdade é que o intérprete nunca consegue despir a obra interpretada dos seus quadros de compreensão.

Daí que sempre se tenha que reconhecer que mesmo as mais completas tentativas objectivistas deparam, ao longo do tempo, com a complexidade da sucessão de múltiplos factores subjectivos ou subjectiváveis.

Seja como for, e apesar de algum cepticismo, a corrente objectivista vai resistindo. Contra ela investem aqueles muitos que entendem que o fim possível da interpretação da obra de arte não pode ser outro senão subjectivista da óptica de cada destinatário.

16.7. Numa outra perspectiva, o fim da interpretação pode variar em função de uma referência temporal.

Se se procura encontrar o sentido da obra de arte no momento em que foi criada, perfilha-se uma posição historicista.

Se se visa detectar o sentido que ela possui no momento da interpretação, opta-se por uma posição actualista.

Podem cruzar-se as duas classificações e desse cruzamento resultar um quadro de fins de interpretação da obra de arte como este (exemplificando-se com o *David*, de Miguel Ângelo, interpretado hoje).

Cada qual preferirá uma destas seis posições sobre o fim da interpretação da obra de arte, provavelmente inclinando-se um largo número para uma posição objectivista actualista ou para uma posição subjectivista da óptica do destinatário e actualista.

16.8. O que é o objecto da interpretação da obra de arte?

A partir de quê é que se interpreta?

Para captar o sentido que a obra de arte encerra há que saber jogar com variadíssimos elementos.

O elemento literal, como a imagem ou o texto.

E os elementos extra-literais. Destes, ressaltam três. O elemento histórico, na sua tripla vertente das influências experimentadas pelo autor, da integração da obra na produção global daquele autor e da génese ou processo de criação. O elemento sistemático, como a inserção da obra no contexto muito amplo da evolução artística até à actualidade. O elemento teleológico, exprimindo a razão de ser da relevância daquela obra de arte, não só na actualidade como através dos tempos.

A importância relativa destes elementos extra-literais depende da posição assumida a propósito da questão do fim da interpretação. Tal como os elementos históricos são essenciais para uma posição subjectivista genética historicista, os elementos sistemático e teleológico revelam-se decisivos para as posições objectivista e subjectivista do destinatário actualista.

16.9. A interpretação de mensagens contidas em actos do poder político é muito diversa da interpretação da obra de arte.

Uma sociedade pluralista permite que esta, embora possa entender-se que é sempre de algum modo comprometida com certas estruturas ou valores enquadrantes do intérprete, se revele totalmente livre e facultativa. O intérprete da obra de arte não se encontra obrigado a nenhuma conduta relacionada com essa interpretação ou com a realidade interpretada.

Já a interpretação do conteúdo de um acto do poder, nomeadamente do poder político, é completamente diferente. O objecto da interpretação é agora um acto que se destina a regular coercivamente relações da vida social e que, por isso e naturalmente, não se pode compadecer com a facultatividade e o subjectivismo na sua interpretação.

16.10. A lei é um acto do poder político do Estado. Cria Direito, estabelece regras, impõe condutas.

Não pode, por isso, comportar uma qualquer interpretação. Em causa está a própria sobrevivência do projecto colectivo.

Daí que a certeza do Direito e a segurança na comunidade se somem à salvaguarda da autoridade do poder político do Estado para impedirem que a lei possa ser interpretada com o fim de permitir a cada um dos seus destinatários a atribuição de um sentido pessoal e específico.

A interpretação da lei nasce do reconhecimento de determinadas referências e desenvolve-se pelo consenso em tomo de determinados critérios.

16.11. Quando pode a lei ser interpretada? Qual o momento da interpretação da lei?

Tal como a obra de arte, a lei pode ser interpretada no momento em que é criada ou pode sê-lo posteriormente. No primeiro caso, a interpretação diz-se originária, no segundo, superveniente.

16.12. 1. E quem pode interpretar? Qual o sujeito de interpretação da lei ?

Diga-se, numa palavra prévia, que a questão respeita apenas, em principio, à interpretação superveniente. A interpretação originária e, em regra, efectuada pelo próprio legislador.

Ora, a lei pode ser interpretada pelo mesmo órgão que elaborou a lei interpretada - é a chamada auto-interpretação.

Ou pode ser interpretada por órgão ou entidade diversa do órgão que elaborou a lei interpretada - é a hetero-interpretação.

Tradicionalmente, distinguia-se entre a auto-interpretação revestida da mesma forma solene adoptada para a lei interpretada - a auto-interpretação autêntica (por exemplo, interpretação de um decreto-lei do Governo por decreto-lei do mesmo Governo) - e a revestida de forma menos solene (por exemplo, interpretação de uma lei da Assembleia da República por nota oficiosa emanada da própria Assembleia).

Entende-se, hoje, que também é interpretação autêntica toda aquela que se reveste de força mais solene e, por isso, de posição de supremacia relativa face à lei interpretada.

A hetero-interpretação pode ser feita por outro órgão do poder político do Estado ou por particulares.

A hetero-interpretação pelo poder político do Estado pode caber a um órgão que também exerça a função legislativa do Estado e então fala-se em hetero-interpretação legislativa - por exemplo, a interpretação de uma lei da Assembleia da República por decreto-lei do Governo; neste caso, em matéria de concorrência legislativa de ambos os órgãos, deve falar-se em interpretação autêntica, hetero-interpretação autêntica. A hetero-interpretação pode também caber a um órgão que exerça a função jurisdicional e então pensa-se em hetero-interpretação jurisdicional - por exemplo, um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que interpreta um decreto legislativo regional. Ou pode caber a um órgão que exerça a função administrativa e então trata-se de hetero-interpretação administrativa - por exemplo, uma portaria do Ministério das Finanças que interpreta uma lei da Assembleia da República.

Ora, não é idêntica a eficácia de todas as formas de hetero-interpretação pelo poder político do Estado. Por razões que têm que ver com as garantias de legalidade e de salvaguarda dos direitos e liberdades dos cidadãos, e que naturalmente não interessa desenvolver aqui, o Artigo 112.º, n.º 6, da Constituição diz-nos que a hetero-interpretação administrativa não pode ser dotada de eficácia externa. Ou seja, a interpretação de uma lei pela Administração Pública não vincula os particulares e é revestida de mera eficácia interna na própria Administração Pública.

A hetero-interpretação dos particulares pode ser efectuada pelo cidadão comum ou por juristas qualificados através de parecer.

A esta última chama-se hetero-interpretação doutrinal.

16.12.2. Para que é que se interpreta? Qual o fim da interpretação da lei?

Na busca de captar o sentido prevalecente na lei, duas posições são basicamente concebíveis.

Uma posição subjectivista, em que se procura a apreensão do sentido atribuído pelo legislador que criou a lei, i. e., o pensamento do legislador ou *mens legislatoris*.

Uma posição objectivista, em que se prossegue a determinação do sentido que a lei objectivamente encerra, independentemente do desígnio do seu criador, isto é, o pensamento legislativo ou *mens legis*.

De uma outra perspectiva, mais duas orientações são possíveis.

Uma orientação historicista, em que a interpretação da lei visa a apreensão do sentido da lei no momento da sua criação.

E uma orientação actualista, em que é decisiva a apreensão do sentido da lei no momento em que é efectuada a interpretação.

16.12.3. Cruzando as duas classificações, são admissíveis quatro hipóteses quanto ao fim da interpretação da lei.

1) Subjectivista historicista, em que se procura a apreensão do sentido atribuído pelo legislador no momento da criação da lei.

2) Subjectivista actualista, em que se procura a apreensão do sentido que corresponderia ao do legislador que criou a lei se ele tivesse actuado no momento em que essa lei é interpretada.

3) Objectivista historicista, em que se procura a apreensão do sentido que a lei objectivamente encerrava no momento da sua criação, independentemente do desígnio do legislador concreto seu criador.

4) Objectivista actualista, em que se procura a apreensão do sentido que a lei objectivamente encerra no momento da sua interpretação.

Num quadro sumário, veja-se como se cruzam as classificações em causa, usando para o efeito o próprio Artigo 9.º do Código Civil, que regula esta matéria da interpretação da lei:

Maior ou menor subjectividade

Localização no tempo

Posição historicista

Posição actualista

Posição subjectivista

Que solução é que o legislador de 1966 quis adoptar no Artigo 9.º do Código Civil * ?

Que solução é que um legislador como o de 1966 quereria adoptar hoje no Artigo 9.º do Código Civil?

Posição objectivista

Que solução foi considerada objectivamente consagrada pelo Artigo 9.º do Código Civil no momento da sua aprovação?

Que solução é considerada consagrada no Artigo 9.º do Código Civil hoje, no momento da sua interpretação?

Por legislador de 1966 bem se poderia considerar, no caso vertente, o Governo então em funções, já que o Código Civil foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, sendo no dia seguinte comunicado à Assembleia Nacional pelo Ministro da Justiça o teor das grandes linhas do aludido Código.

16.12.4. Nem todas as posições apresentadas gozam do mesmo favor entre os juristas de hoje.

As críticas são múltiplas e variadas, atingindo, sobretudo, as orientações subjectivista e historicista.

Contra o subjectivismo diz-se que: a) o Estado e o poder político são realidades institucionais e não pessoais; b) a determinação de um legislador concreto para a generalidade dos actos legislativos actuais é difícil e problemática; c) a determinação da vontade dos órgãos legislativos de tipo Assembleia ou Parlamento, vontade que pode corresponder a diversas e contraditórias vontades ou de sentidos individuais ou de grupo dos parlamentares, reveste-se de particular especificidade e dificuldade; d) os órgãos legislativos de tipo governo implicam a impossibilidade e a complexidade do apuramento da vontade respectiva, já que pode faltar a documentação comprovativa dessa vontade.

Contra o historicismo tem-se avançado que: a) não atenta à vocação de durabilidade da vigência e da aplicação das leis; b) parte do princípio de que uma lei é uma realidade indiferente às condições mutáveis da colectividade a que se dirige; c) ou, em alternativa, supõe um fixismo económico, político e social que não é realista.

16.12.5. Desta panóplia de ataques e críticas saem reforçados o objectivismo e o actualismo.

Conclui-se por uma objectivação inevitável de todas as leis, desde o momento em que são criadas, imposta pela própria natureza do acto legislativo, vocacionado para vigorar e se aplicar, em regra, duradouramente, de modo autónomo da vontade do legislador.

Conclui-se por uma actualização da análise jurídica, fundada numa lei que se entende agora como um projecto de aplicação continuada e um repositório das transformações do devir colectivo.

Por isso, deve hoje, sem hesitações, optar-se por uma orientação objectivista actualista na interpretação da lei.

Pode, de resto, dizer-se que é essa a posição adoptada no actual Direito Português. Para tanto aponta o já referido Artigo 9.º do Código Civil, preceito fundamental porquanto contém regras não específicas do Direito Civil mas comuns a todo o nosso Direito.

Assim, o intérprete deve «[...] reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo]» - posição objectivista (Código Civil, Artigo 9.º, n.o 1).

Por outro lado, a interpretação da lei deve ter em conta «[... 1 as condições específicas do tempo em que é aplicada» - posição actualista (*idem*).

Transpondo conclusões para o exemplo acima dado, o fim da interpretação é apurar a solução que se considera consagrada no Artigo 9.º do Código Civil, hoje, no momento da sua interpretação.

16.13. 1. O que é que se interpreta? A partir de quê é que se interpreta? Qual o objecto da interpretação?

Na descoberta do sentido da lei é decisiva a consideração de alguns elementos fundamentais.

Em primeiro lugar, o elemento literal ou gramatical, que outra coisa não é senão a letra da lei ou, por outras palavras, a sua forma escrita.

Depois, os elementos extra-literais.

O primeiro é o elemento histórico como elemento aglutinador de três essenciais dimensões - os precedentes normativos, os trabalhos preparatórios e a *occasio legis*. Os precedentes normativos podem ser internos, se se atentar na influência de anteriores leis nacionais na criação e conteúdo da lei interpretada, ou externos, se se considerar a influência do Direito estrangeiro nesse conteúdo; note-se que estes últimos podem ser verdadeiros precedentes normativos comparados, se houver efectiva comparação entre dados externos e dados legislativos nacionais. Os trabalhos preparatórios são, por seu turno, o natural repositório de um processo de maturação que é, do ponto de vista técnico-jurídico, tendencialmente qualificado e cuidado. A *occasio legis*, ou o elemento que consubstancia o ambiente social que envolve a criação da lei, revela o pretexto próximo dessa criação e pode, por isso, ser determinante na interpretação de algumas

leis - por exemplo, uma situação de anormalidade política quanto a leis de emergência.

O elemento teleológico ou *ratio legis*, como o desígnio ou finalidade social da lei, traduz-se na ponderação de interesses que determinou o seu conteúdo.

O elemento sistemático representa a inserção da lei num determinado ordenamento jurídico. Tal inserção pode dar-se: por recurso aos princípios gerais desse ordenamento ou sistema; por relação da lei interpretada com leis que regulam matérias vizinhas, com outras leis do mesmo ramo de Direito, com leis de outros ramos do Direito mas que regulam lugares ou situações paralelas à prevista na lei interpretada; por inserção da lei interpretada no escalonamento de actos do poder político do Estado criadores de Direito; ou até por conexão entre a lei interpretada e costumes respeitantes a matérias de características afins ou similares à daquela lei.

16.13.2. Nenhuma interpretação pode prescindir de uma base literal ou gramatical mínima - nenhuma interpretação pode ignorar a letra da lei. Mas também a regra é de que ela não seja suficiente, de vendo ser completada pelos elementos extra-literais.

Qual, ou quais, então, o(s) elemento(s) decisivo(s) da interpretação da lei?

A resposta não pode ser linear ou imediata. A importância relativa dos diversos elementos varia em função da posição adoptada quanto ao fim da interpretação.

Assim, para uma posição subjectivista historicista, e mesmo subjectivista actualista (embora aqui só para determinar a configuração do legislador responsável pela lei em análise), os elementos históricos são essenciais. Para uma posição objectivista historicista ou objectivista actualista os elementos teleológico e sistemático podem ser tão ou mais importantes do que os elementos históricos.

O Artigo 9.º do Código Civil refere todos os elementos mencionados no objecto da interpretação.

Refere-se à letra quando diz que «a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo [...]» - Código Civil, Artigo 9.º, ri.º 1. Ou ainda que «não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal [...]» - Código Civil, Artigo 9.º, n.º 2. Ou também que «na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador [...] soube exprimir o seu pensamento em termos adequados» - Código Civil, Artigo 9.º, ri.º 3.

Refere-se aos elementos históricos quando estipula que o intérprete deve ter em conta «[...] as circunstâncias em que a lei foi elaborada » - Código Civil, Artigo 9.º, n.º 1.

Ao elemento teleológico quando defende que «na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas [... J» - Código Civil, Artigo

9.º, ri.º 3. Ou igualmente quando manda atender às «[... 1 condições específicas do tempo em que é aplicada]» - Código Civil, Artigo 9.º, n.º 1.

Ao elemento sistemático quando afirma que o intérprete deve atender na «[... 1 unidade do sistema jurídico J» - Código Civil, Artigo 9.º, n.º 1.

16.13.3. Perguntar-se-á decerto, nesta fase, qual o interesse de tudo isto. O que é que verdadeiramente adianta tanta classificação, arrumação, subdivisão?

Ora bem, todos esses passos são essenciais. Só eles permitem perceber a dimensão do problema interpretativo e só eles permitem penetrar na complexidade técnico-jurídica da questão.

Considerando-os, reflectindo neles, não mais é possível pensar que jurista é aquele que lê todas as manhãs o *Diário da República*... Ou que qualquer um pode, desde que possua o diploma em causa, encontrar a solução para o seu problema laboral ou resolver o litígio sucessório do vizinho...

Para se interpretar a lei é preciso ler a lei, é certo. Mas o essencial da missão do intérprete vai muito para além disso.

Pela mera consideração do elemento literal atinge-se o sentido literal de uma lei. Mas é pela conjugação do elemento literal com os elementos extra-literais que se atinge o sentido real dessa lei.

Ora, as relações entre esses dois sentidos podem ser várias.

1) O sentido literal identifica-se com o sentido real. Deve então falar-se em interpretação declarativa, que pode ser lata, restrita ou, eventualmente, média, consoante o sentido real corresponda à acepção mais lata, mais restrita ou intermédia da mesma expressão gramatical.

2) O sentido literal é mais estreito do que o sentido real. Deve então falar-se em interpretação extensiva, uma vez que a letra da lei deve ser estendida ou alargada em função da ponderação dos elementos extra literais da interpretação.

3) O sentido literal é mais amplo do que o sentido real. Deve, então, falar-se em interpretação restritiva, já que obriga a uma limitação ou restrição atendendo aos elementos extra-literais da interpretação.

Note-se que tanto a interpretação declarativa, como a extensiva ou a restritiva são possíveis com toda e qualquer lei: leis gerais, isto é, que definem o regime-regra para certo facto ou situação da vida social; leis especiais, isto é, que apenas regulam uma zona ou parte dessa modalidade de facto ou de situação, querendo caracterizar para aquela zona ou parte o regime-regra; leis excepcionais, ou seja, que só regulam uma zona ou parte dessa modalidade de facto ou de situação, pretendendo adoptar para essa zona ou parte um regime oposto ao regime-regra.

16.13.4. Diferentes das interpretações declarativa, extensiva e restritiva são as chamadas interpretação correctiva e interpretação abrogante.

Vejam os que são.

A interpretação correctiva é aquela em que o sentido real é afastado, modificado ou corrigido pelo intérprete com fundamento em injustiça, inoportunidade ou inconveniência.

O facto de aqui o sentido real não ser aceite pelo intérprete torna óbvia a distinção relativamente à interpretação extensiva e à interpretação restritiva.

Actualmente, entre nós, e por força do Artigo 8.º, n.º 2, do Código Civil - «o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo [... 1]» -, esta interpretação correctiva é, em princípio, inadmissível.

No entanto, alguns autores, defensores de orientações neo-jusnaturalistas, continuam a considerar que a interpretação correctiva é, excepcionalmente, possível sempre que o sentido real apurado para uma lei seja contrário a princípios ou regras de Justiça

Natural ou Direito Natural. Desta e doutras questões se ocupará o capítulo final deste livro. Outros autores, defensores de uma grande liberdade de interpretação dos juízes na aplicação da lei

- no fundo, verdadeira criação jurídica -, também tendem a admitir interpretações correctivas em casos extremos de inadequação total do sentido real da lei à lógica da justiça no caso concreto.

16.13.5. A chamada interpretação abrogante é aquela em que o intérprete reconhece que o sentido da lei é indecifrável, que é impossível apreender o seu conteúdo.

Só existe, naturalmente, em circunstâncias raríssimas, já que, perante uma racionalidade de princípio na legislação vigente, o intérprete está obrigado ao aproveitamento máximo dessa legislação, tentando encontrar um sentido útil para cada uma das leis que a integram (Artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil).

Quais então as razões que podem fundar a interpretação abrogante? Deve o intérprete apoiar-se tanto em razões valorativas quanto em razões lógicas? É indiferente que o intérprete afaste a lei em nome de uma ofensa da justiça, da conveniência ou da oportunidade, ou que o faça por força de uma impossibilidade lógica de apreensão do seu sentido real?

No Direito português actual, apenas são concebíveis, em princípio, as razões lógicas. E sempre a título excepcional.

Três exemplos podem ajudar a ilustrar esta possibilidade:

1) Um artigo de uma lei é carecido de qualquer sentido possível, o que só é legítimo inferir depois de utilizados todos os elementos da interpretação e de ensaiados todos os sentidos reais pensáveis.

2) Uma lei remete para um regime jurídico que não existe nem se antevê logicamente que possa vir a existir (caso contrário, a lei de remissão ficaria com a sua aplicação suspensa até à entrada em vigor do regime para que remete).

3) A mesma lei apresenta disposições contraditórias ou duas leis são, no todo ou em parte, contraditórias, sem que se possa afirmar que uma delas - a posterior - revogue a anterior. Esgotadas todas as hipóteses para conciliar as disposições ou leis opostas ou para fazer prevalecer uma delas sobre a outra, é legítimo concluir pela insanabilidade da incompatibilidade ou contradição e, assim, considerar afectada a possibilidade de uma interpretação.

16.13.6. Por vezes - com crescente frequência, diríamos -, a interpretação é possível mas apresenta uma dificuldade acrescida, visto que a lei usa intencionalmente expressões vagas, de contornos aparentemente mais diluídos, de conteúdo menos preciso.

Procura-se, assim, uma maior maleabilidade na compreensão de realidades de facto mutáveis, propiciando uma maior durabilidade do Direito, que deixa de precisar de ser alterado com frequência para se adaptar ao devir social.

São as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados.

Os conceitos indeterminados ainda proporcionam alguns critérios interpretativos. É o caso do conceito indeterminado "base do negócio", como expressão de determinados pressupostos que certo indivíduo que pretenda celebrar um contrato toma como certos e em que, por isso mesmo, funda essa sua decisão de contratar. Se, por exemplo, o Sr. A. pretender alugar uma janela para ver o cortejo de coroação real em Londres, fá-lo-á no pressuposto de que será seguido um determinado itinerário - isto é, o facto de o cortejo

seguir um certo itinerário pré-fixado constitui a base do negócio.

As cláusulas gerais já não facultam critérios de interpretação e, por isso, levantam dificuldades acrescidas. Vejam-se dois exemplos. Se houver que fixar os danos morais provocados por um indivíduo noutra, lesando realidades espirituais ou imateriais, há que fazê-lo com equidade, ponderando as circunstâncias específicas do caso. Se houver que disciplinar o comportamento dos negociadores de certo contrato durante a negociação que antecede a sua celebração, há que apelar à boa-fé, tendo estas realidades significados diferentes consoante o tipo de contrato e as condições específicas que rodeiam a sua negociação. Ora, a equidade e a boa-fé são exemplos paradigmáticos de cláusulas gerais e as exigências que fazem ao jurista intérprete e aplicador são expressão muito viva das dificuldades que o seu uso tendencialmente suscita.

A interpretação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados coloca questões complexas. A aplicação de uma lei que deles se socorra cria problemas muito específicos.

E porquê?

Precisamente porque, obrigando o jurista a encontrar nos vários sentidos reais possíveis aquele que melhor é adequável naquele e para certo caso ou certo tipo de casos concretos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados levantam questões de considerável melindre técnico e humano. Mas demonstram que, cada vez mais, a interpretação tem a ver com a realidade concreta e não apenas nem sobretudo com esquemas técnicos abstractos.

Uma observação mais. Quando a lei usa conceitos relativamente determinados (como «dezoito anos de idade»), a sua letra tem, em regra, uma relevância positiva, determinante do sentido real. Quando emprega cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, a relevância da letra é essencialmente negativa, serve para rejeitar qualquer pretensão sentido real que nela não encontre um mínimo de cabimento.

16.14. Não se termine esta breve introdução ao estudo da teoria da interpretação da lei sem se referir uma derradeira possibilidade que é, ou pode ser, oferecida ao jurista.

Trata-se daquilo a que chamamos a inferência lógica de regras implícitas e que alguns autores qualificam, num paralelo porventura questionável, de interpretação enunciativa.

Mas, perguntará com certeza o leitor mais atento e empenhado, o que é essa inferência lógica? O que esconde essa fórmula aparentemente indecifrável?

Ora bem, um intérprete, além de apreender o sentido real de uma lei, pode ainda partir dessa mesma lei e do seu conteúdo explícito para tentar descobrir ou inferir as regras

que nela se encontram implícitas.

E será isto ainda interpretação?

Claro que sim, pois também aqui o ponto de partida é a lei. A existência desta ou, mais exactamente, o facto de esta encerrar a regra que servirá ao caso, é pressuposto da indagação lógica que o intérprete se propõe.

Qual, então, a diferença que permite a distinção?

A diferença está em que na interpretação em sentido estrito trata-se apenas de descobrir, decifrar, apreender o sentido real que na lei encontra, pelo menos, uma explicitação mínima. Na inferência lógica de regras implícitas, o projecto é mais ambicioso. Trata-se agora de tentar, com base em uma ou mais regras existentes, e através de processos lógicos, inferir outras regras que não se encontravam expressamente formuladas.

A possibilidade é, pois, agora, a de detectar novas regras de Direito diversas daquela que constitui o núcleo da regra inicialmente apreciada.

Por isso mesmo, esta inferência lógica de regras implícitas deve ser sempre rodeada das maiores precauções. Se a própria utilização de processos lógicos acaba por poder implicar a formulação de juízos de valor, a verdade é que não está terminada a discussão acerca da legitimidade de admissão de formas tácitas de manifestação de vontade no exercício da função legislativa do Estado.

Vejam-se alguns exemplos simples.

1) Perante uma lei X/91 que proíba a menores de 21 anos a administração de bens imóveis é possível inferir que também a venda dos mesmos lhes estará vedada. Funciona o princípio lógico de «quem não pode o menos não pode o mais», ou, numa fórmula consagrada, o argumento *a minori ad maius*.

2) Perante uma lei Y/91, que permita a venda de certo bem, é possível inferir a possibilidade de empréstimo desse mesmo bem. É o princípio de «quem pode o mais, pode o menos», ou o argumento *a maiori ad minus*.

3) Perante um decreto-lei Z/91 que permita a caça grossa em coutadas demarcadas a certas categorias de cidadãos, é possível inferir a legalidade da venda de espingardas caçadeiras a essas categorias de potenciais caçadores. Funciona o princípio de que «sendo legítimos os fins, são-no os meios».

4) Perante uma lei Z'/91 que, a título excepcional, obrigue os proprietários de veículos automóveis com registo anterior a 1970 a procederem a uma inspecção semestral dos

mesmos, é possível inferir que os proprietários de veículo automóvel com registo posterior àquela data não estão sujeitos a uma tal obrigação. É o argumento *a contrario sensu*, argumento lógico de particular dificuldade, pois assenta numa prévia determinação do carácter excepcional da regra de que se parte.

17 - A integração de lacunas

17. 1. Vimos como é que se apreende o conteúdo de uma lei, como é que se decifra o seu sentido através da interpretação. Vimos também como se descobrem regras implícitas a partir do exame de uma determinada lei, numa operação essencialmente lógica a que preferimos chamar, por isso mesmo, inferência lógica de regras implícitas.

Vamos apreciar agora a integração ou preenchimento de lacunas jurídicas, ou seja, a actividade de colmatar omissões ou vazios em domínios que o Direito deveria reger.

A interpretação supõe sempre a existência da lei. Busca-se o conteúdo ou o sentido real de algo que existe. Nem mesmo a interpretação extensiva, talvez a mais problemática das formas de interpretação, prescinde da lei porque nem mesmo ela se pode desenrolar à margem dos elementos da interpretação. Pretende-se ainda descobrir o sentido da norma que se sabe que aquela lei encerra. Não há, portanto, lacuna.

A interpretação é, por natureza, prévia à integração de lacunas. Só depois de interpretadas as leis vigentes se pode concluir que há lacuna ou vazio de lei sobre certa matéria.

A inferência lógica de regras implícitas, por seu turno, arranca sempre de uma lei e também é anterior à integração de lacunas. Só uma vez esgotada essa complexa teia lógica de deduzir regras de direito é que se pode apurar a existência de lacuna ou lacunas legais.

Em resumo, o essencial a reter é que, na busca de uma regra aplicável ao caso, três passos são possíveis. Mas três passos em que o primeiro necessariamente precede o segundo e em que o terceiro fatalmente supõe os dois primeiros.

Num primeiro passo, a regra está explícita na lei e, portanto, procurando o equilíbrio entre o elemento literal e os elementos extra--literais, é possível encontrá-la através da interpretação declarativa, da interpretação restritiva ou da interpretação extensiva. Num segundo passo, que supõe o primeiro, a regra está implícita na lei e a sua descoberta passa por uma operação de inferência apoiada em determinados princípios lógicos. Num terceiro passo, que supõe os dois passos anteriores, a regra não se encontra explícita ou implicitamente contida na lei que se analisa e o trabalho do jurista será um trabalho de integração ou de preenchimento do vazio jurídico assim descoberto.

A integração de lacunas surge, deste modo, lógica e cronologicamente, a seguir à interpretação e à inferência lógica de regras implícitas. Não se confunde, portanto, com nenhuma delas.

Ora bem, enquadrada a questão, há que pôr a pergunta essencial.

O que é, afinal, a integração de lacunas?

17.2. Questão prévia é, naturalmente, a própria definição de lacuna.

E o que é lacuna? Quando é que estamos perante uma lacuna?

Só há lacuna jurídica quando se verificar a falta de uma regra jurídica para reger certa matéria, matéria essa que tem de ser prevista e regulada pelo Direito.

Dois pontos definidores podem, desde já, ter-se por assentes. Tem de haver, cumulativamente, ausência de disciplina jurídica e imprescindibilidade dessa mesma disciplina.

Em primeiro lugar, portanto, tem de haver um vazio jurídico.

Em segundo lugar, o vazio tem de respeitar a matéria que o Direito não pode ignorar, matéria que deve ser juridicamente conformada. Assim, por exemplo, não consubstancia uma situação de lacuna o facto de não existir regulação jurídica para as relações entre padrinho e afilhado, ou para as formas de saudação entre vizinhos, ou ainda para a cobiça nunca exteriorizada de um bem alheio.

Sem prejuízo do desenvolvimento próprio em parte mais avançada do texto, saliente-se, por ora, a importância efectiva e prática desta demarcação de fronteiras entre o Direito e outras ordens normativas de carácter não jurídico. Só através dela é possível distinguir entre situações de facto potencialmente juridificáveis, ou que o Direito devia reger, e situações de facto extra-jurídicas ou indiferentes para o Direito. Só através dela é possível, portanto, distinguir situações de lacuna jurídica daquelas outras situações a que o Direito é alheio, por natureza.

17.3. Ora, quando, intencionalmente, se fala em vazio jurídico quer-se reponderar as premissas do problema e reequacionar a discussão.

Há que afastar uma perspectiva estritamente legalista do fenómeno jurídico. A lacuna jurídica não se esgota na ausência da lei. Se, perante um vazio legal, houver uma regra não escrita, costumeira ou consuetudinária, aplicável ao caso não existe então lacuna alguma.

A lacuna jurídica supõe, portanto, a ausência de lei e a ausência de costume.

17.4. Serão todas as lacunas idênticas? Que tipos de lacunas existem?

Não, nem todas as lacunas são estruturalmente idênticas. Existem, basicamente, dois tipos.

As lacunas de previsão, que se traduzem na falta de previsão de uma certa situação de facto. Por simplicidade de exposição, referir-nos-emos mais a estas.

E as lacunas de estatuição, que revelam a ausência das consequências a que o Direito faz corresponder a verificação de determinada situação de facto. Pense-se, por exemplo, na hipótese de alguém ter violado uma obrigação legal sem que o ordenamento jurídico forneça a consequência para um tal acto.

17.5. Existindo uma lacuna jurídica, seja ela de previsão ou de estatuição, há que proceder ao seu preenchimento ou integração.

Mas porquê? Deverá o Direito ser entendido como um todo completo, sem omissões ou vazios? Deverá ser olhado como um sistema perfeito?

Nenhuma destas perspectivas parece decisiva. Fundamental, isso sim, é que o Direito seja pensado em função da obrigação de encontrar uma solução para questões que reclamam a sua intervenção. Direito que não é um sistema completo ou perfeito, mas um sistema que busca essa perfeição.

E é por isso que o Artigo 8.º, n.º 1, do Código Civil estabelece que o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta de lei. inequivocamente se acolhe esse dever jurídico de preenchimento de lacunas.

17.6. Fica, então, a questão essencial. Como se integram lacunas? De que modo se opera o preenchimento do vazio jurídico?

aqui e antes de mais, impor-se. Já se viu Uma prevenção parece,

como o processo de integração de lacunas supõe a existência de lacunas jurídicas. Mas esse processo supõe, por igual, algo que talvez surja mais inesperado aos olhos de um leitor ainda inexperiente. É que supõe a permanência de lacunas jurídicas após a integração.

O tribunal, por exemplo, integra cada lacuna, o que lhe permite apreciar e julgar um caso concreto. Mas, no dia seguinte ao do julgamento, a lacuna persiste e terá de ser preenchida, do mesmo ou de outro modo, caso a questão se ponha para a decisão de

outro ou outros casos concretos no futuro.

O mesmo sucede se um jurista desinteressadamente ensaiar integrar uma lacuna, à margem de qualquer apreciação do caso concreto. A sua solução não vincula ninguém e não preenche de modo duradouro um vazio, que se deparará inevitavelmente a si mesmo ou a outrem, um dia, uma semana, um mês ou um ano depois.

Por isso se diz que o processo de integração de lacunas é, em princípio, um processo precário, de efeito instantâneo, seja ou não suscitado a propósito de um caso concreto.

Uma excepção, contudo, pode existir. Pode, em termos que mais adiante desenvolveremos, um tribunal ter competência para definir, por acórdão com força obrigatória, uma orientação genérica para o futuro quanto ao preenchimento de uma lacuna. Nesse caso, embora a lacuna subsista, pode afirmar-se que ela foi, de certa forma, colmatada, em termos práticos, pelo tribunal, vinculando os tribunais que posteriormente tenham que proceder à integração da mesma lacuna. Assim foi, entre nós, até há relativamente pouco tempo.

Em qualquer caso, precário e instantâneo nos seus efeitos, o processo de integração de lacunas não deixa de ser sempre normativo. E porquê? Precisamente porque o vazio da lei encontra resposta naquilo que é ainda a determinação da regra jurídica aplicável e, portanto, não na solução casuística dos casos concretos.

Mesmo que a integração de lacuna seja suscitada pela necessidade de resolver uma situação concreta e específica, ela exige sempre a definição prévia de uma regra jurídica. Busca-se a regra, constrói-se a regra, aplica-se a regra.

17.7. Pois bem, é já certo que a verificação da existência de uma lacuna e o seu preenchimento são passos sucessivos e inconfundíveis de um mesmo problema.

Fica a questão essencial de saber quais serão as directrizes que o Direito português aponta para a sua resolução. É isso que agora cumpre averiguar.

Desde logo, há que afastar algumas situações em que, efectivamente, não há cabimento para a integração de lacunas. Na verdade, não há integração de lacunas:

- 1) se um acto legislativo vem fazer desaparecer uma lacuna jurídica;
- 2) se um órgão da Administração Pública actuar ao abrigo da discricionariedade, isto é, da liberdade de escolha que a lei lhe confere;
- 3) se um juiz resolve um caso concreto com recurso ao critério de equidade.

No primeiro caso, a lacuna desaparece. No segundo, não existe qualquer lacuna. No terceiro, não há qualquer preocupação normativa, isto é, não está em causa a determinação ou a aplicação de qualquer regra.

Sendo assim, retoma-se o ponto inicial. Quando se pode, afinal, falar em integração de lacunas? Como se faz o preenchimento desse vazio jurídico que se encontrou?

Pois bem, são dois os processos comuns de integração de lacunas no Direito português. *A analogia legis e a analogia juris.*

17.8 . E quando há, então, *analogia legis*?

Sempre que os casos que o Direito não preveja sejam «(...) regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos» (Artigo 1.º V, ri.º 1, do Código Civil). Decisivo, portanto, é saber o que são esses casos análogos. Mas a lei responde - são aqueles em que procedem as mesmas razões justificativas que no caso omissis (Artigo IV, n.º 2, do Código Civil).

Ou seja, por outras palavras, a primeira coisa a fazer na integração de lacunas é procurar uma situação de facto similar àquela que não encontra previsão legal. Depois, só depois, a partir da referida situação de facto e da descoberta do respectivo regime jurídico, haverá que aplicar analogicamente a lei (ou, por que não, embora muito menos provavelmente, o costume ou o acórdão com força obrigatória geral?) ao caso concreto que reclamava a disciplina jurídica.

Mas, aqui, não deixe de se realçar, é necessária uma ponderação atenta da -questão. Porque essa similitude, para ser estabelecida, obriga não tanto a uma mera comparação crua de situações de facto, mas, mais do que isso, a uma comparação de qualificações jurídicas.

Isto é, não basta apurar que o facto X, regulado pela lei B, é semelhante ao facto Y, um e outro olhados na sua realidade material, para que se possa considerar que a lei B é, por analogia, aplicável ao facto Y. A parecença é importante mas há, além disso e fundamentalmente - recordem-se os exactos termos em que o próprio legislador define caso análogo -, que olhar para a *ratio legis* da lei B, a justificação do regime que define para o facto X e depois que ponderar se essa mesma razão de ser vale para o facto Y. Só se houver uma identidade de razões é que é legítimo estabelecer-se uma relação de analogia.

Sublinhemos, uma vez mais: o que interessa não é a similitude material entre factos, mas a sua caracterização pelo Direito. Por exemplo, na eventualidade de se detectar uma lacuna sobre o regime de poderes extraordinários das Forças Armadas em situação de calamidade pública (inundação, incêndio), poderá recorrer-se à *analogia legis*, preenchendo a lacuna com base no regime de poderes extraordinários das Forças

Armadas em situação de perturbação da ordem pública, caso se demonstre que a razão justificativa destes poderes vale para aquela outra situação (por exemplo, a incapacidade da Administração Civil ou a necessidade da aplicação da disciplina militar na obtenção e na utilização dos meios para enfrentar a situação de crise vivida).

E, no entanto, facticamente, uma inundação é situação bem diversa da ocorrência de distúrbios na ordem pública.

Mas se o que importa é a identidade de razões legais, isso implica que não seja viável o recurso à *analogia legis* nos casos em que, por definição, não pode existir tal identidade, que mediante a *analogia legis* não é possível relativamente a certas regras bem determinadas. Assim, por exemplo, em relação: 1) às regras excepcionais, sejam estas legais ou consuetudinárias (Artigo 11.º do Código Civil); 2) às regras penais positivas, isto é, aquelas que definem os crimes ou estabelecem as penas e os seus efeitos (Artigo 29.º da Constituição e Artigo I.º, ri.º 3, do Código Penal); 3) em geral, às regras restritivas de direitos, liberdades e garantias (Artigo 18.º, ri.º 2, da Constituição).

Pelas mesmas razões se entende, em contrapartida, que é possível a *analogia legis* quando a lei recorre a tipos, ou à tipificação de certas situações de facto. Definir ou tipificar situações da vida são opções que o legislador pode validamente tomar sem que a escolha de uma ou de outra signifique uma diferença substancial da sua atitude. Oscilando entre a segurança da rigidez e a prudência da maleabilidade, pode prever-se uma situação de facto desenhando um conceito que compreenda todas as características essenciais dessa situação ou construindo um tipo que combine apenas algumas das suas características definidoras. Por isso, e ressalvando-se o caso de uma enumeração inequivocamente taxativa, não se vê razão para que uma lei que assente na construção de vários tipos não possa ser aplicada analogicamente.

Um exemplo de *analogia legis* é o do recurso à lei que regula a difusão televisiva por sistema hertziano tradicional para reger matérias de televisão por cabo, relativamente às quais exista lacuna legal.

17.9. E se não for possível a *analogia legis*? O passo seguinte é a *analogia juris*.

Esta aproxima-se da *analogia legis* por ser ainda analogia, mas distingue-se dela quando apela directamente aos princípios jurídicos.

Na medida em que se trata de uma forma de analogia, aproveitam-lhe todas as prevenções feitas a propósito da *analogia legis*. Por outro lado, colhem aqui todos os limites à admissibilidade da integração analógica de lacunas - só se, e quando, houver identidade das razões justificativas da disciplina jurídica, nunca se tal identidade não existir.

Mas, na medida em que se demarca da analogia legis, importa perceber melhor o exacto alcance dessa diferença. E o essencial é reter que a analogia juris surge em momento logicamente subsequente à analogia legis - isto é, recorre-se à analogia juris quando não foi possível descobrir uma disciplina aplicável pela via da analogia legis. Por outras palavras, atendendo à natureza do que está em causa, apela-se ao princípio quando não se obteve êxito na determinação da regra.

A analogia juris nasce da impossibilidade de recorrer a uma regra determinada. Por isso, obriga a olhar para o conjunto do ordenamento jurídico e, a partir da conjugação integrada das várias regras que o compõem, permite retirar uma orientação operatória. Numa palavra, apela aos princípios jurídicos e, daí, retira uma disciplina para o caso.

Voltemos ao facto X e ao facto Y. Quando é que o facto Y, carecido de regulação jurídica, poderia suscitar uma integração de lacunas pela via da analogia juris? Pois bem, resolvida a questão da similitude material e jurídica entre os dois factos referidos, por outras palavras, considerando que o facto X é, para efeitos de integração da lacuna relativa ao facto Y, um caso análogo, há analogia juris se o facto Y vier a ser regulado pelo princípio jurídico que regula o facto X Explicando mais detidamente ainda. Perante a ausência de regulação relativa ao facto Y, há que procurar casos análogos regulados. Se não se encontrou um facto V, um facto W, ou um facto Z, em que fosse reconhecível qualquer identidade de razões justificativas da disciplina jurídica, temos que nos ater ao facto X, o único que consubstancia um efectivo caso análogo. Face a este, das duas uma. Se a disciplina jurídica, relativamente à qual procede a referida identidade de justificações, nos é dada por uma regra, estaremos perante uma analogia legis; mas se, pelo contrário, tal disciplina resultar da aplicação de um princípio, então estaremos perante uma analogia juris. Se o facto Y vier a ser resolvido por apelo ao princípio da igualdade, ou ao princípio da boa-fé, ou ao princípio da proporcionalidade, ou ao princípio da confiança, ou ao princípio da liberdade religiosa, entre tantos outros possíveis, a resposta do sistema jurídico foi-nos oferecida pela analogia juris.

Prevenindo eventuais dúvidas quanto à essência do que aqui se explica, vale a pena não descurar um apontamento final. Já sabemos que o Artigo 10.º do Código Civil, nos n.ºs 1 e 2, fala em analogia. Neste momento, cumpre sublinhar que o preceito não distingue, nem explicita... Quer isto dizer o quê? Que se reporta apenas à analogia legis, ou apenas à analogia juris, ou que se reporta a ambas? E porquê? Pois bem, cremos que, quando o aludido preceito se refere a analogia, refere o género e que, portanto, não distinguindo, nada quer excluir. De há muito que a doutrina e a jurisprudência conhecem e trabalham esta dupla natureza da integração analógica. De há muito que a lei não desconhece essa discussão. Por isso, parece razoável defender-se que a lei, ao recusar dizer mais, opta, afinal, por não criar clivagens nesta matéria. A analogia é o primeiro e mais decisivo processo de integração de lacunas previsto pelo Direito português. Na medida em que a analogia se desdobra em legis e juris, em função da própria natureza da disciplina que surge com vocação integradora, uma e outra das suas manifestações devem ser

admitidas.

17. 10. Que fazer se não se descobrir um caso análogo?

Citando a lei em vigor, «[... 1 a situação é resolvida segundo a norma que o intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema» (Artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil).

Aqui não há qualquer referência analógica. Pelo contrário, pressuposto deste outro processo de integração de lacunas é o insucesso da busca empreendida através da analogia - primeiro, legis, depois, juris.

O recurso à norma que o intérprete criaria surge naquelas situações relativamente às quais não se vislumbra a referida similitude com situações juridicamente reguladas. Temos, portanto, um caso concreto que reclama disciplina jurídica, mas que não encontra resposta directa e imediata no apelo à disciplina de outros casos concretos. Qual então a solução? Resolver o caso concreto como se ele constituísse o pretexto para uma intervenção legislativa especificamente dirigida à regulação das questões que o mencionado caso coloca. No fundo, quem está a integrar uma lacuna coloca-se na posição do Parlamento, ou do Governo, olha para as regras e os princípios do Direito português, dos mais gerais aos mais específicos de certo ramo jurídico, e, tomando-os em consideração, como que cria a regra mais consentânea com a ponderação dessas regras, desses princípios e dos interesses envolvidos na situação de facto carecida de disciplina jurídica.

O integrador de lacunas, ao ter de estabelecer a disciplina do caso como se fosse legislador, atende à substância do tecido normativo e formula a regra numa posição estritamente objectiva. Por isso se fala, e bem, na orientação generalizadora e objectivista que preside à norma que o intérprete criaria, prevista no n.º 3 do Artigo 10.º do Código Civil.

Mas, muita atenção, não se cria qualquer norma, nem se faz qualquer lei. Pelo contrário, toda a formulação é aqui apenas virtual a norma que o intérprete criaria, diz o Código Civil. No quadro do sistema, apelando ao seu espírito, encontra-se a norma que seria adequada à disciplina em falta e aplica-se esse regime ao caso concreto. Uma vez resolvido o caso, uma vez realizada a integração, a lacuna mantém-se. Outros casos concretos, enquanto se mantiver a impossibilidade de recorrer a casos análogos, suscitarão novo apelo à norma que o intérprete criaria.

17.11. Três degraus, portanto, caracterizam o processo de integração de lacunas.

1) A analogia da lei, ou analogia legis, com recurso a uma regra determinada, normalmente legal.

2) A analogia do Direito, ou analogia juris, com recurso a um princípio jurídico determinado, normalmente induzido das regras legais.

3) A norma que o intérprete criaria, que apela ao espírito global do sistema jurídico português.

17.12. Através da analogia legis, da analogia juris ou da norma que o intérprete criaria é possível integrar a quase totalidade das lacunas jurídicas.

São raríssimas as situações em que uma lacuna não é preenchível. A título de exemplo, contudo, fixem-se dois casos em que obstáculos técnicos impedem a integração.

A) O caso de o integrador de lacunas não poder substituir o legislador em circunstâncias específicas - por exemplo se a lacuna resulta da exclusão de vários Direitos nacionais e o responsável pela integração de lacunas não pode substituir-se aos correspondentes legisladores.

B) O caso de o integrador de lacunas não poder substituir os serviços administrativos sem os quais a solução encontrada é inexecutável - por exemplo se certa solução jurídica exige a existência de um sistema de registo sem o qual ela será inviável, não podendo o integrador de lacunas substituir-se à Administração Pública na implementação desse sistema.

Mas o facto de a integração de lacunas ser quase sempre possível não significa a consagração da bondade da chamada tese da plenitude do ordenamento jurídico.

Pretender-se que o Direito é um sistema perfeito, que prevê e regula tudo o que deve regular, sem lacunas reais e apenas com lacunas aparentes, como pretendem os positivistas normativos, corresponde àquilo que poderíamos chamar uma sublimação do sistema e, em particular, da lei. Mas a realidade é outra.

O Direito apresenta lacunas reais e algumas delas são mesmo, como se viu, avessas em absoluto ao seu preenchimento. Todas elas demonstram que a vocação para a completude e a perfeição do Direito não implica, necessariamente, que este atinja uma ou outra.

18 - A aplicação da lei no tempo

18. 1. Interpretada a lei, a regra pode ser aplicada. Inferida logicamente a regra implícita, ela pode ser aplicada. Descoberta a regra que integra a lacuna, ela pode ser igualmente aplicada.

A aplicação da lei é uma operação logicamente posterior à interpretação e à integração, embora, com frequência, se encontre ligada, de forma íntima, a uma ou a outra.

Tal como nestas, essencial é a inevitável relação que se estabelece entre a regra de direito e a situação de facto.

18.2. A aplicação da lei a uma situação de facto concreta é uma matéria complexa, cujo pleno entendimento supõe tratadas algumas questões fundamentais.

Destas, ressaltam as que respeitam à delimitação do horizonte temporal e espacial da lei.

Perceber como é a lei aplicada supõe que se saiba quando e onde é que ela pode ser aplicável.

18.3. Começemos, então, pelo problema da aplicação da lei no tempo.

Um acto legislativo ou lei nasce em certo momento e, naturalmente, ambiciona reger situações de facto que venham a ocorrer depois da sua génese. Numa primeira perspectiva, muito simplista, pode pois dizer-se que toda a lei dispõe para o futuro, não podendo nem devendo ser aplicada a realidades materiais anteriores à sua feitura.

No entanto, a ser assim, inúmeros problemas ficam por resolver. Ora vejamos alguns exemplos.

1) Um contrato de empréstimo foi celebrado entre duas pessoas quando vigorava certa lei, mas deve ser cumprido já na vigência da nova lei, que substitui a primeira. Qual das duas leis é aplicável à execução do contrato de empréstimo?

2) Um indivíduo pratica um acto que, nessa época, é considerado criminoso e punível com uma certa pena; o julgamento desse acto já é efectuado em momento no qual vigora nova lei, que drasticamente agravou a medida da pena aplicável. Qual das duas leis deve ser atendida - a do tempo da prática do acto criminoso, ou a do tempo do julgamento do seu autor?

3) Um casamento é celebrado ao abrigo de certa lei; mais tarde essa lei é alterada, quer quanto aos requisitos da celebração do casamento, quer quanto aos seus efeitos pessoais e patrimoniais. Qual das duas leis deve ser seguida em relação ao casamento celebrado na vigência da primeira, mas que gerou uma situação matrimonial que perdura na vigência da segunda?

Por outro lado, e além de tudo, o que dizer quando é a própria lei que considera essencial a sua aplicação a factos anteriores à sua própria entrada em vigor? Eis dois exemplos.

1) Uma lei sobre direito de propriedade entra em vigor prevendo a imediatamente anteriores à sua entrada em vigor, por considerar que assim abarca um período economicamente bem definido da sociedade considerada.

11) Uma lei sobre comércio nada diz acerca do momento a partir do qual deve ser aplicada, mas o seu objectivo último parece ser o de fazer face a realidades geradas em momento anterior ao do seu início de vigência.

18.4. Como saber, então, quando é que a lei é aplicável?

Perante duas leis que se sucedem no tempo, como saber qual das duas deve ser aplicada ao caso concreto?

São questões de resposta difícil. Colocam-nos perante um dos mais complexos problemas da Teoria Geral do Direito.

Mas será irresolúvel? Evidentemente que não. A sua superação passa por uma análise multifacetada, por uma indagação desdobrável em pontos considerados essenciais.

Ou seja, há que considerar quatro momentos lógicos.

1) Saber se a lei se situa num domínio no qual seja proibida a sua aplicação a factos do passado; saber, no fundo, se se trata de um domínio em que seja interdita a sua natureza retroactiva.

2) Supondo que a lei se insere em domínio em que a retroactividade é permitida, importa interpretar a aludida lei, verificando se ela pretende aplicar-se a factos do passado. Há que atender às chamadas «disposições transitórias» ou, na falta destas, indagar se, com fundamento no sentido real da lei, é possível atribuir-lhe eficácia retroactiva.

3) Se a lei nada diz quanto à sua aplicação, cumpre, ainda assim, determinar se não há um critério próprio do domínio ou ramo do Direito em que a lei se integra que aponte para a sua retroactividade. No fundo, fenómeno oposto ao descrito no primeiro [(1)] momento;

4) Se a lei não visa aplicação retroactiva e nada no domínio em que se integra aponta para tal aplicação, então ela só dispõe para o futuro. Mas, ainda aqui, cumpre investigar o que é que essa aplicação pode querer dizer, isto é, quais as situações de facto que são por ela reguladas e quais as que fogem à sua previsão.

Resumidamente embora, é este percurso que, passo a passo, vamos fazer.

18.5. Primeiro momento: saber se a lei se situa em domínio em que seja interdita a sua retroactividade, ou seja a produção de efeitos para o Passado.

Mas como sabê-lo?

Recorrendo à Constituição.

Efectivamente, há domínios em que a retroactividade da lei é constitucionalmente proibida.

Assim é em matéria penal. O Artigo 29.º da Constituição interdita a aplicação ao passado de lei que qualifique certa conduta humana como crime ou que aplique pena ou medida de segurança mais graves. O que se afigura justo em Democracia.

Assim é, hoje, inequivocamente, também em matéria fiscal. Depois de a discussão ter ocupado a comunidade jurídica, defendendo-se a irretroactividade da lei fiscal por apelo à própria formulação do Estado de Direito, a verdade é que, depois da revisão constitucional de 1997, o Artigo 103.º, ri.º 3, consagra expressamente que «ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que tenham natureza retroactiva

18.6. Segundo momento: não se integrando a lei em domínio de interdição da retroactividade, saber se ela própria nos esclarece sobre a sua aplicação no tempo.

Como percebê-lo?

Recorrendo, em primeiro lugar, às *disposições transitórias* da lei.

Estas podem ser materiais, se regularem directa e imediatamente a matéria, explicitando a que situações de facto a lei é aplicável, ou formais, se remeterem essa delimitação de situações materiais para uma outra lei, escolhida de entre todas as que teoricamente estiverem em condições de regular a matéria.

E se a lei não contiver *disposições transitórias*, mas da sua interpretação resultar claro que pretende assumir um carácter ou uma natureza retroactiva? Será de admitir a aplicação retroactiva?

Trata-se de uma falsa questão. A interpretação da lei nunca é só literal, é sempre global. Se dessa interpretação resulta que a lei é retroactiva, mesmo na ausência aparente de uma disposição específica nesse sentido, então a lei é retroactiva. E é-o, precisamente, porque a ausência de disposição é meramente aparente ou não tivesse a natureza retroactiva da lei que ter também «[... 1 na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso» (Artigo 9.º, ri.º 2, do Código Civil).

Por tudo isto é sempre possível falar em *disposições transitórias*, em sentido mais amplo, falar de uma ou da conjugação de várias disposições, nas quais possa achar acolhimento mínimo a regulação da matéria de aplicação da lei no tempo.

18.7. Terceiro momento: supondo que da interpretação da lei nada se conclui sobre a sua aplicação no tempo, saber se algum ou alguns critérios específicos existem para o domínio ou ramo em que essa lei se insere.

É o caso do Direito Penal.

Aí a lei de conteúdo mais favorável ao arguido tem aplicação retroactiva.

E o que é que isso significa? O que é uma lei de conteúdo mais favorável ao arguido?

Pense-se num exemplo.

António foi incriminado pela prática do facto X, punível pela lei M com uma pena de prisão de oito a doze anos. Se a lei M for revogada pela lei N, esta aplicar-se-á ao António em duas situações: 1) se reduzir a medida da pena aplicável ao crime X para, por exemplo, quatro a seis anos de prisão; 2) se considerar que não existem mais razões para censurar e punir o facto X e, assim, deixar de o considerar crime.

A lei de conteúdo mais favorável ao arguido é, portanto, aquela que reduz a medida de pena aplicável ou aquela que descriminaliza a conduta. Num e noutro caso se consagra a respectiva retroactividade (Artigo 29.º, n.º4, da Constituição, e Artigo 2.º, n.ºs 2 e 4, do Código Penal).

18.8. Quarto momento: tratando-se de uma lei que nada diz sobre a sua aplicação no tempo e que respeita a um ramo ou domínio no qual não existe qualquer critério constitucional ou legal que esclareça ou resolva aquele problema, saber o que significa dizer-se então que a lei só dispõe para o futuro.

E como o perceber?

Recorrendo ao Artigo 12.º do Código Civil, que contém um princípio geral que vale para o Direito Português no seu conjunto.

Regressamos, pois, a uma das dúvidas iniciais. Qual a ideia a esse dispor apenas para o futuro?

Várias respostas são possíveis. Recordem-se três que se supõem fundamentais.

1) Um primeiro critério é o de que a lei antiga regula os direitos adquiridos à sua

sombra, enquanto que a lei nova só pode regular as simples expectativas dos indivíduos, ou seja, aquelas posições ou interesses que não mereciam uma protecção mais intensa da lei.

Trata-se de uma teoria defendida por autores clássicos, como Savigny e, já neste século, por Gabba - a teoria dos direitos adquiridos -, que suscita algumas críticas. Como traçar com exactidão a fronteira entre direitos adquiridos e expectativas jurídicas? Como justificar a aparente injustiça de recusar a aplicação da lei nova a direitos adquiridos ao abrigo da lei antiga, mas que geraram situações que, perdurando para além do termo de vigência desta, se autonomizaram do seu momento criativo (por exemplo, direito de propriedade e regime de propriedade)? Como fundar o recurso a um critério jurídico estático, já que dependente da qualificação dada pelo Direito a certa situação de facto em certo momento, ignorando a sua projecção futura?

2) Para um segundo critério, a lei antiga seria aplicável aos factos anteriores à lei nova e esta aos factos que lhe fossem posteriores.

Trata-se da teoria dos factos passados, que não consegue responder a uma realidade marcada por uma lei que não se limita a regular factos que esgotam os seus efeitos em certo momento ou instante, mas que tantas vezes se dirige a factos com efeitos reconhecidamente duradouros. A dúvida essencial fica, pois, no an Qual das duas leis deve regular os efeitos que se prolongam i à para o tempo de vigência da lei nova? A lei antiga, em princípio indicada para regular o facto como passado, ou a lei nova, já que os efeitos desse facto persistem no momento da sua entrada em vigor?

3) De acordo com um terceiro critério, a lei antiga deve regular os factos anteriores à lei nova, nas condições da sua existência e validade, bem como naqueles dos seus efeitos que não possam ou não devam ser destacados ou separados dos factos que os geraram (por exemplo, a morte abre a sucessão de um indivíduo, gerando efeitos sucessórios que se encontram de tal forma ligados ao facto que os desencadeou que a lei que lhes é aplicável é a lei do tempo da morte e não qualquer lei nova que venha a entrar em vigor estando ainda em curso o processo de partilha de bens do morto, chamado pelo Direito *de cujus*). A lei nova deve regular os factos que lhe forem posteriores e ainda os efeitos de factos anteriores, desde que esses efeitos se possam e devam considerar destacados, separados ou autonomizados dos factos que os geraram (por exemplo, a lei que cria uma nova causa de divórcio é aplicável mesmo às situações matrimoniais constituídas ao abrigo de lei anterior, já que visa reger efeitos do casamento destacadamente do acto que lhes deu origem).

É a teoria da relação legal entre os factos e os seus efeitos jurídicos, ou teoria de Enneccerus, que, por influência do Prof. Manuel de Andrade, aparece consagrada no Código Civil português.

Resumindo. A lei antiga regula os factos passados e os efeitos que lhes estão intimamente ligados. A lei nova regula os factos novos e os efeitos destacáveis dos factos passados.

O critério decisivo é um critério legal e não um critério material ou fáctico. Importa interpretar a lei e ver se ela regula factos ou efeitos de factos e, neste caso, ver se regula efeitos ligando-os aos factos que os criaram, ou se os regula abstraindo dessa ligação.

É, no fundo, isso que diz o n.º 2 do Artigo 12.º do Código Civil: «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 directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhe deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas que subsistam à data da sua entrada em vigor.»

Este critério tem a ver, por um lado, com a segurança do Direito, com a certeza que a previsibilidade do regime legal aplicável no futuro permite e, por outro lado, com a justiça de tratar identicamente efeitos ou situações que coexistam no presente e cuja regulação jurídica é irrelevante que tenham nascido hoje ou num passado mais ou menos remoto.

18.9. Do que fica dito, resulta claro que o Artigo 12.º do Código Civil é, nesta matéria, um Preceito central. Sobre ele e sobre o modelo que consagra, já muito se pensou e escreveu. Não obstante, vale a pena sublinhar alguns aspectos que ajudam à sua plena compreensão.

O primeiro aspecto tem que ver com a própria estrutura do Artigo 12.º e com a relação interna que se quis estabelecer entre as suas diversas regras. Efectivamente, devemos perceber que só a primeira parte do n.º 1 tem relevância para a leitura do n.º 2 - ou seja, por outras palavras, que a relação da lei nova com factos novos ou com efeitos destacáveis de factos passados (e, no reverso, da lei antiga com factos passados ou com efeitos não destacáveis de factos passados) não é senão a aplicação da regra que prescreve que a lei só dispõe para o futuro.

O segundo aspecto refere-se à segunda parte do n.º 1 do Artigo 12.º. Adiante se entenderá melhor o exacto alcance do que aí se consagra, quando explicarmos o que é e quando existe a retroactividade ordinária. No entanto, é importante que desde já se afastem dúvidas sobre o que esta regra diz. Em causa estão, apenas, aquelas situações em que o legislador atribui eficácia retroactiva à lei nova, mas sem que determine qual o grau de retroactividade que quer conferir-lhe. Então, a partir desta segunda parte do mencionado n.º 1, sabemos que a lei gozará de retroactividade ordinária. Tecnicamente, estamos em presença de uma presunção legal iludível, *ou juris tantum*, que só o legislador pode afastar através de determinação expressa a consagrar na

lei nova. Determinação expressa que, como se adivinha, surgirá sob a forma daquilo a que os juristas chamam «disposição transitória».

O terceiro aspecto reporta-se à primeira parte do n.º 2 do Artigo 12.º e, especificamente, à locução «[... 1 em caso de dúvida [...]» que aí surge entre vírgulas. Saber quando existirá dúvida é uma questão que, há que reconhecer, aflige todos os anos uma geração de estudantes de Direito. Quando estamos então perante um «[...] caso de dúvida [...]»? A resposta é bem menos complicada do que alguns supõem - existe dúvida sempre que o legislador nada diga, isto é, sempre que não exista disposição transitória a consagrar uma solução diferente. Quando, pelo contrário, o legislador se socorra de uma disposição transitória para dizer expressamente qual o regime de aplicação no tempo que quer ver aplicado à lei nova, então não existe dúvida e, portanto, não se aplica o regime consagrado no n.º 2 do Artigo 12.º do Código Civil.

18.10. Mas, e se a lei for retroactiva? Que fazer se, por determinação própria ou por critério de certo domínio jurídico, a lei se aplicar ao passado?

São teoricamente concebíveis respostas diversas. Porquê? Porque são concebíveis graus diversos de retroactividade.

Retroactividade extrema, retroactividade quase extrema, retroactividade agravada e retroactividade ordinária, na terminologia do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão.

Vejamolas uma por uma.

Na retroactividade extrema, a lei retroactiva é aplicada ao passado sem qualquer limite, pondo em causa a produção de todos os efeitos de factos passados ao abrigo de lei anterior. Este tipo de retroactividade só é admitida pelo Direito português num único e particularíssimo caso, que é, ainda, expressão do princípio da retroactividade *in mitius* que sabemos inspirar, em termos de aplicação da lei no tempo, o nosso Direito Penal. Na verdade, sempre que a lei nova deixe de considerar punível como crime certa conduta (ou seja, numa situação de descriminalização ou despenalização), os seus efeitos abrangem todos os que, no passado, tenham praticado a referida conduta, estejam ou não condenados e, neste caso, haja ou não trânsito em julgado da sentença condenatória - esta é a lição do Artigo 2.º, n.º 2, do Código Penal.

A lei retroactiva abrange a matéria passada, salvo as decisões dos tribunais que já tenham aplicado a lei anterior, decisões essas que, se forem já definitivas, se não mais houver possibilidade de recurso, são intocáveis. E quando é, no Direito português, a retroactividade quase extrema? Sempre que a lei determinar que pretende abarcar toda a realidade passada ou se esse for o critério do ramo ou domínio jurídico em que se insere (vg., é a situação no Direito Penal, sempre que a lei nova altere a moldura da pena aplicável a certo crime em termos que se mostrem concretamente mais favoráveis ao

agente - assim dispõe o Artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal). Num sistema em que o Tribunal Constitucional, em regra, é obrigado a respeitar os casos julgados quando declara, com efeitos retroactivos, uma lei inconstitucional (Artigo 282.º, n.º 3, da Constituição), em princípio não é sustentável que uma qualquer lei retroactiva não esteja circunscrita pelo mesmo limite... A situação referida supra, relativa ao regime aplicável em caso de descriminalização de condutas, é absolutamente excepcional e, só na medida em que não oferece qualquer perigo para a ideia de segurança jurídica subjacente à intangibilidade do caso julgado, não coloca problemas de inconstitucionalidade.

Na retroactividade agravada, a lei retroactiva é aplicada ao passado mas tem de respeitar «os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transacção, ainda que não homologada, ou por actos de análoga natureza» (Código Civil, Artigo 13.º, n.º 1). Nesta modalidade de retroactividade e para além dos casos julgados, tem a lei de respeitar outros efeitos anteriormente produzidos, como deveres ou obrigações entretanto cumpridas, transacções ou acordos entre indivíduos quanto a causas pendentes em tribunal, mesmo se não homologadas pelo próprio tribunal, e ainda outras situações semelhantes. Em contrapartida, a lei retroactiva com retroactividade agravada, se for mais favorável do que a lei anterior, pode ser aplicada a desistência ou confissão não homologadas ainda pelo tribunal, permitindo que o desistente ou confidente as reconsiderem e revoguem (Código Civil, Artigo 13.º, n.º 2). No Direito português, este grau de retroactividade agravada é o correspondente à «lei interpretativa», ou seja, à lei que interpreta outra lei.

Na retroactividade ordinária, a lei retroactiva é aplicada ao passado, mas tem de respeitar os efeitos - todos os efeitos - já produzidos pelos factos que se destina a regular. Este é o regime comum da retroactividade no nosso Direito. Não sendo a lei em causa interpretativa, vale sempre que a própria lei ou algum critério específico do domínio jurídico em que se insere não digam nada em contrário (Código Civil, Artigo 12.º, n.º 1).

18.11. Ora, aqui chegados, impõe-se dois breves parêntesis. O primeiro a propósito da já referida lei interpretativa.

Constitui ela uma modalidade particularmente qualificada de interpretação autêntica de outra lei. A lei interpretativa define-se:

- 1) por ser um acto legislativo;
- 2) não hierarquicamente inferior ao interpretado;
- 3) posterior a este;
- 4) cujo sentido real - resultante da conjugação dos elementos literais e extra-literais da interpretação - é interpretá-lo.

A lei interpretativa é, naturalmente, retroactiva. Ela representa um novo acto do poder político, autónomo do interpretado, que visa produzir efeitos no passado.

Mas por que razão é a sua retroactividade agravada em relação ao regime comum?

Precisamente porque destinando-se a lei interpretativa a esclarecer o sentido real da lei anterior, ela deve integrar-se na lei interpretada, passar a fazer parte dela por forma a permitir uma leitura incindível de uma e de outra. Depois de a lei interpretativa surgir, a lei interpretada é sempre aplicada com o sentido e alcance que lhe foram fixados pela lei interpretativa. Por isso mesmo é que só é defensável que se subtraia à eficácia da lei interpretativa aqueles efeitos produzidos que revistam já características de especial segurança (Artigo 13.º do Código Civil). No mais, a lei interpretativa deve retroagir e deve afectar certos efeitos cuja produção assentou numa leitura da lei interpretada que agora, autenticamente, o legislador vem esclarecer.

18.12. Muito bem, dirá o leitor atento, mas e se uma lei for apresentada como «interpretativa» e na realidade o não for?

Ora, nesse caso, das duas uma. Ou a lei se integra em domínio jurídico em que a retroactividade é proibida e então não pode valer, porque representaria uma forma de defraudar essa proibição. Ou a lei se insere em domínio no qual a retroactividade não é interdita e, então, pode ser retroactiva, desde que respeite tudo quanto acima ficou resumido quanto aos graus de retroactividade.

Isto é, a explicitação do carácter interpretativo da lei nova, ainda que traia o seu verdadeiro conteúdo, deve valer sempre como uma indicação transitória que o legislador entendeu dar sob tal forma.

Portanto, nos termos gerais, a lei *novafalsamente interpretativa*, ainda que em rigor não interprete outra lei, revestir-se-á de retroactividade agravada se tal lhe fosse possível em circunstâncias normais, isto é, não surgindo com uma alegada função interpretativa; pelo contrário, a lei *novafalsamente interpretativa* não terá eficácia retroactiva agravada (ou, sequer, porventura, eficácia retroactiva) sempre que, em circunstâncias normais, tal lhe fosse vedado.

18.13. E um segundo parêntesis, sobre as linhas gerais da aplicação do critério do Artigo 12.º do Código Civil quanto às leis de aplicação só para o futuro, isto é, não retroactivas.

É possível traçar algumas breves notas que, como quadro de referência, poderão ajudar o principiante. Vejamos a questão por matérias.

1) Estados pessoais - aplica-se a lei do momento da sua constituição quanto a esta e a lei do momento da aplicação quanto ao conteúdo dos estados.

2) Negócios jurídicos - aplica-se a lei do momento da celebração.

3) Obrigações - aplica-se a lei do momento da constituição quanto a essa constituição e quanto àquela parte do seu conteúdo que a ela esteja ligado; aplica-se a lei do momento da aplicação quanto à parte do conteúdo que esta lei autonomize da sua gênese obrigacional.

4) Direitos sobre as coisas, ou direitos reais - aplica-se a lei do momento da constituição no que se refere à existência, validade e objecto dos direitos e a lei do momento da aplicação no que se refere ao seu conteúdo.

5) Estados de família - aplica-se a lei do momento da constituição quanto à sua existência, validade, objecto e parte do conteúdo ligado à constituição e aplica-se a lei do momento da aplicação quanto ao seu conteúdo autonomizado da existência dos estados.

6) Sucessão por morte - aplica-se a lei do momento da morte, que corresponde ao da abertura da sucessão, e quanto à forma do testamento, a existir, aplica-se a lei do momento da respectiva elaboração.

Em seis curtos pontos, fica o essencial sobre a concretização da teoria da relação legal entre os factos e os seus efeitos jurídicos. No fundo, fica o essencial sobre a dimensão prática do regime acolhido no Artigo 12.º do Código Civil.

19 - A aplicação da lei no espaço

19. 1. Chegou o momento de se tratar da aplicação da lei no espaço.

Já se viu como o território, circunscrevendo o seu próprio espaço jurídico, é um dos elementos definidores do Estado.

De facto, o território é condição:

- 1) da existência do poder político;
- 2) da autoridade externa do Estado;
- 3) da autoridade interna do Estado;
- 4) do exercício efectivo de poderes de soberania;
- 5) da tutela plena de direitos e liberdades dos seus nacionais.

Nada disto constitui já novidade.

19.2. Pois bem, também já se sabe que o Direito visa regular relações entre indivíduos e que, nesse desígnio disciplinador, cabe ao Direito estadual uma manifesta supremacia em relação ao Direito supra-estadual e ao Direito infra-estadual.

E o território é também um elemento essencial de referência do Direito estadual.

Será, então, que o Direito é sobretudo estadual, só se aplicando dentro das fronteiras do território do Estado correspondente?

A resposta pressupõe alguns esclarecimentos.

19.3. Primeiro esclarecimento. Quando se diz que a lei de um Estado só é aplicável dentro do território desse Estado - princípio da territorialidade das leis - e, nele, quer a nacionais, quer a estrangeiros, quer a apátridas ou apólicas, e fora dele a ninguém, nem mesmo a nacionais, está-se a fazer referência à execução ou eficácia da lei.

A territorialidade das leis não atende nem à existência, nem à validade de uma lei, mas à susceptibilidade da sua efectiva execução ou eficácia.

Ora, este princípio da territorialidade conhece excepções. Isto é, por vezes, as leis de certo Estado podem ser aplicadas fora do próprio território desse Estado, ou as leis desse Estado deixam de poder ser aplicadas no seu território. Assim, nas bases militares de certo Estado em território estrangeiro (por exemplo, pode aplicar-se Direito inglês numa base da Royal Air Force algures no Sudoeste Asiático), nas situações de extraterritorialidade (como são as embaixadas ou a zona de localização de Chefes de Estado em visitas oficiais), nas zonas francas, nas zonas desmilitarizadas ou submetidas a controlo de força militar internacional.

No fundo, as excepções ao princípio da territorialidade supõem sempre a aceitação pelo Direito do Estado renunciante ou sacrificado e, por isso, só confirmam a noção de supremacia de cada Estado e do seu Direito no respectivo território.

19.4. Segundo esclarecimento. Em qualquer Estado é patente que tribunais e Administração Pública aplicam, além do Direito estadual respectivo, Direito de outros Estados, Direito supra-estadual e Direito infra-estadual.

A chamada aplicação da lei no espaço procura responder às várias questões que se podem suscitar a propósito das formas de compatibilidade entre estes vários ordenamentos jurídicos.

Porque, efectivamente, há que estabelecer critérios quanto à aplicação de Direito estrangeiro, de Direito internacional e de Direito infra-estadual no âmbito do território

de certo Estado. E tal não é, evidentemente, uma tarefa fácil.

Acresce, ainda, à dificuldade inicial o facto de não ser idêntico o modo de resolver essa questão para todos os tipos de Direito enumerados. Senão vejamos.

19.5. Quando é que um Direito estrangeiro pode ser aplicado em território português? Quando o Direito português o admitir.

E como pode esse Direito estrangeiro ser aplicado? Pode sê-lo, em regra, na medida e nos termos definidos pelo Direito português, unilateralmente.

Há, basicamente, dois modos de o Direito português receber o Direito estrangeiro. A recepção material e a recepção formal.

Na recepção material, o Direito estrangeiro é destacado do contexto da sua criação e, portanto, uma vez recebido, passa a ser interpretado e aplicado de acordo com os princípios específicos do Direito português.

Na recepção formal, o Direito estrangeiro é recebido como Direito de certo Estado estrangeiro, obedecendo a sua interpretação e aplicação aos princípios próprios desse Direito.

19.6. Mas, perguntará de certo o leitor, quando é que a recepção do Direito estrangeiro se revela decisiva? Quando é que o problema se pode pertinentemente levantar?

Pois bem, numa situação deste tipo. Existe um contrato de compra e venda de imóveis situados em Chipre, em Espanha e em Malta, apalavrado na Suíça e celebrado em Itália, em que o vendedor é grego, mas reside em Londres, e o comprador é um francês que reside em Nova Iorque. Qual o Direito mais indicado para reger o cumprimento?

A questão põe-se, portanto, sempre que se trate de encontrar o Direito mais indicado para regular relações entre indivíduos ou seus agrupamentos que tenham elementos de conexão com mais de um Direito estadual.

O que, entre outras coisas, obrigou a que em cada Direito estadual fossem criadas regras próprias definindo critérios de escolha ou indicação de uma de entre as diferentes ordens jurídicas vocacionadas para reger a matéria.

É aquilo que se chama o Direito Internacional Privado.

Aí, assumem uma dimensão fundamental as regras de conflitos, ou seja, aquelas regras do Estado que resolvem, dirimem ou superam os conflitos entre os vários Direitos vocacionados para regular a matéria. Por exemplo, no caso acima apresentado, e

cabendo a um tribunal português julgar, as regras de conflitos existentes no Direito português - Artigos 25.º a 65.º do Código Civil - decidiriam se a competência para a regulamentação do contrato caberia ao Direito italiano, ou ao Direito suíço, ou aos Direitos cipriota, espanhol e maltês, ou ao Direito grego, ou ao Direito inglês, ou ao Direito francês, ou ao Direito norte-americano.

E isto, note-se, porque as regras de conflitos são regras formais. Elas não regulam directa e imediatamente situações de facto, antes remetem, devolvem ou enviam a regulação dessas situações de facto para regras de Direitos estrangeiros.

Entre nós, operam, de resto, uma verdadeira recepção formal, pois a lei estrangeira deve ser interpretada «[... 1 dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas» - Artigo 23.º, n.º 1 do Código Civil.

19.7. O Direito Internacional Privado é, pois, o conjunto das regras de conflitos existentes em cada Direito estadual.

Diz-se internacional por pretender resolver a questão da disciplina de relações ligadas a vários Direitos estaduais, e diz-se privado por cuidar de relações que se estabelecem a um nível individual ou de grupo.

Mas, na verdade, a designação é criticável.

O Direito Internacional Privado não é, normalmente, Direito Internacional. É Direito estadual e, por isso mesmo, cada Estado possui as suas regras de conflitos próprias.

O Direito Internacional Privado não é, também, apenas Direito privado. Ao lado de relações privadas, visa também encontrar a disciplina mais indicada para relações em que o próprio Estado, e já não os indivíduos, seus cidadãos, se encontra envolvido.

Portanto, em regra, o Direito Internacional Privado nem é internacional nem é privado.

No entanto, e a título excepcional, pode acontecer que dois ou mais Estados definam, por tratado ou acordo internacional, o Direito de conflitos aplicável a certa matéria, por exemplo civil ou comercial. Ou isso ocorra por força de acto de organização internacional (por exemplo, acto comunitário).

Nestas, raras, eventualidades, o Direito Internacional Privado é, simultaneamente, Direito Internacional, no sentido rigoroso da expressão.

E mais não se pede a um texto de introdução. Estas questões são detalhadamente estudadas em disciplina autónoma, a culminar o curso geral de Direito. A sua complexidade e a sua tecnicidade não permitem, nem recomendam que se alonguem

estas breves notas de enquadramento.

19.8. E quanto à aplicação do Direito supra-estadual num determinado Estado?

O Direito supra-estadual é, naturalmente, aquele que é criado no seio da comunidade internacional, ou através de tratados ou acordos celebrados entre os Estados, ou mediante costumes internacionais ou pela actuação de organizações internacionais. Chama-se-lhe, também, Direito Internacional ou Direito Internacional Público.

E pode ser aplicado no território de um determinado Estado? Certamente. Mas apenas se o Direito desse Estado o acatar ou determinar.

Compete a cada Direito Estadual proceder a essa clarificação.

No Direito português actual, é o Artigo 8.º da Constituição que define os termos da aplicação no nosso país do Direito Internacional. Sejam costumes internacionais (n.º 1), sejam tratados e acordos internacionais (n.º 2), sejam actos de organizações internacionais de que Portugal seja parte (n.º 3).

Em termos necessariamente sumários, todos os princípios e normas de Direito Internacional Público produzem efeitos no Direito Português, mediante recepção formal e geral, sem dependência de incorporação caso a caso, ou acto do poder político nacional de incorporação específica. Apenas se exige que as normas constantes de tratados ou acordos internacionais vinculem internacionalmente o Estado Português e sejam publicadas no Diário da República em Portugal.

Os actos normativos dos órgãos comunitários europeus também são eficazes internamente sem essa incorporação e revestem-se de outras características que, adiante, serão estudadas.

Em princípio, deve entender-se que o Direito Internacional Público recebido pelo Direito Português vale menos do que a Constituição e mais do que as leis.

19.9. E quanto ao Direito infra-estadual?

Evidentemente que é também o Direito estadual que determina os termos da sua aplicação.

Só que, aqui, o Direito estadual é chamado a fazer mais do que isso. Além de definir as condições de eficácia, tem agora que delimitar condições de existência e validade.

Dito de outro modo, o Direito estadual tende a regular em que condições é que o Direito infra-estadual é produzido, como nasce, o que vale e como deve ser aplicado.

Vejam-se dois breves exemplos.

1) Entre nós, a Constituição define os termos da existência, da validade e da eficácia das leis regionais - chamadas decretos legislativos regionais - que devem ser conformes à própria Constituição e às leis gerais da República (Artigos 112.º, n.º 4, 227.º e 228.º da Constituição).

2) Nos Estados federais (como os Estados Unidos da América, a República Federal Alemã, o Brasil), cabe à Constituição determinar os próprios termos da criação das leis estaduais ou dos Estados federados.

19. 10. O Direito estadual é, pois, o ordenamento jurídico padrão. É o Direito estadual que, como referência indiscutida, garante a coerência e a unidade do sistema.

A sua supremacia é incontestada.

Dele dependem Direitos estrangeiros, Direito supra-estadual e Direito infra-estadual.

Todos se aplicam no território do Estado se, e só se, o Direito estadual o permitir. E todos se aplicam apenas nos exactos termos que o Direito estadual definir.

Contudo, o grau de dependência não é idêntico.

Direitos estrangeiros e Direito supra-estadual podem ser ineficazes no território de certo Estado, mas nem por isso são postas em causa a sua existência ou validade.

Já o Direito infra-estadual depende do Direito estadual para que sejam definidas as suas condições de existência e validade.

20 - A aplicação da lei - soluções abstractas e individualização

20. 1. Apuradas noções introdutórias sobre a aplicação da lei no tempo e no espaço, é chegada a altura de analisar a aplicação da lei em geral.

Mas o que é então a aplicação da lei? De que é que verdadeiramente estamos agora a falar?

Pois bem, falamos de uma operação que consiste na relação entre a lei e uma situação de facto.

Falamos de um momento que, não abarcando a determinação abstracta do sentido real da lei, também não é absorvido por ela.

Isto é, aplicar a lei é, pelo menos em teoria, diferente de interpretar a lei. Pode haver interpretação sem aplicação, embora seja difícil haver aplicação de uma lei que não tenha a ver com a sua interpretação.

2O.2. Como se estabelece a ligação entre a lei e a situação de facto?

Por um de dois caminhos.

Partindo da lei e, então, uma vez determinado o seu sentido real, projectando esse sentido numa ou em várias situações de facto.

Ou partindo da situação de facto e, uma vez qualificada esta, aplicando-lhe o regime da respectiva categoria jurídica.

Note-se, no entanto, que estas duas vias não se excluem mutuamente. Ao contrário. A aplicação que arranca da lei e privilegia uma postura dedutivista é, muito compreensivelmente, completada pela aplicação que parte do facto e implica a sua qualificação legal.

E, na prática, este segundo caminho é cada vez mais importante.

2O.3. Estas diferentes perspectivas da aplicação da lei corporizam, sem prejuízo da anunciada complementaridade, duas visões de fundo acerca do Direito e do seu papel.

Sem que se antecipem as digressões que ocuparão o capítulo final desta introdução, fica uma breve referência da discussão.

Ora vejamos.

Para uns, o Direito é essencialmente um conjunto de regras de conduta social. Forma um sistema perfeito, capaz de dar resposta adequada a toda e qualquer questão do mundo dos factos.

Por isso, a sua aplicação, sendo importante, não constitui o momento crucial. Esse é, obviamente, o da definição das regras de conduta. A aplicação é vista como uma mera operação lógica de subsunção ou como um silogismo jurídico. A lei converte-se em premissa maior, a situação de facto em premissa menor e a conclusão é retirada pelo aplicador da lei.

Tome-se o seguinte exemplo. A lei X determina que «são cidadãos portugueses todos os indivíduos filhos de pai português ou mãe portuguesa, ainda que nascidos em território estrangeiro». Se, não obstante ter nascido em França, *António* é filho de mãe portuguesa,

o aplicador do Direito, considerando a Lei *X* como premissa maior e a filiação de *António* como premissa menor, não terá qualquer dificuldade em subsumir esta àquela e, logo, em retirar a conclusão de que *António* deve ser considerado cidadão português.

Outros, diferentemente, entendem que o Direito só existe, enquanto confrontado com as situações de facto tal, concretas. É esse confronto que caracteriza e justifica o Direito, é o tomar o facto como referência orientadora do jurista. Não se estranha, por isso, que as situações de facto possam existir apenas potencialmente, nas regras que aspiram à aplicação.

Concebem um sistema jurídico que, construído de somatórios de soluções de casos concretos, está longe de ser perfeito ou acabado. O Direito é criado perante o facto concreto, não é subsumido.

O juiz intervém activamente na determinação da regra, não a aplica mecanicamente.

Duas posições que, levadas ao extremo, são igualmente inaceitáveis.

O Direito não é um sistema perfeito, pleno, que deva ser interpretado, integrado e aplicado por mero dedutivismo lógico. Mas o Direito não é, também, uma realidade construída apenas a propósito dos casos concretos, dos problemas de aplicação jurídica, por uma linha de pensamento aporético.

Pense-se na aplicação da lei.

Só excepcionalmente essa aplicação se reconduz a uma mera subsunção. Porquê? Porque isso só é possível quando a regra a aplicar usa conceitos totalmente determinados. O que é, naturalmente, muito raro. Por exemplo, a lei que determina que a maioria se atinge aos 18 anos.

Em regra, a lei contém regras de conteúdo maleável e pode ir ao ponto de compreender conceitos indeterminados ou cláusulas gerais.

Mas, mesmo nos casos em que essa indeterminação ampla ou amplíssima se não verifica, a aplicação supõe uma valoração jurídica, de contornos mais ou menos criativos. Vejamos dois exemplos.

1) A norma que, nas eleições presidenciais, considera «elegíveis os cidadãos eleitores, portugueses de origem, maiores de 35 anos» parece de aplicação silogística e não é. Supõe a determinação do exacto alcance de expressões como «cidadãos eleitores» e «portugueses de origem», que são realidades jurídicas e não apenas fácticas.

2) A aplicação da regra segundo a qual «será eleito Presidente da República o candidato que obtiver mais de metade dos votos validamente expressos, não se contando como tal

os votos em branco» parece só depender da contagem dos votos validamente expressos. Pura ilusão. Os conceitos de «votos validamente expressos» e de «votos em branco» são conceitos jurídicos largamente controvertidos entre os autores.

O que fica dito é reforçadamente verdadeiro no caso da aplicação de uma lei que estatua efeitos jurídicos correspondentes a uma certa situação de facto, atribuindo a quem a aplica o poder de determinar ou individualizar a aplicação. Pense-se na lei que comete ao juiz a faculdade de aplicar uma pena entre um limite máximo e um limite mínimo, de modo a atender ao grau de gravidade específica do crime concreto - por exemplo, «Quem matar outrem será punido com prisão de oito a dezasseis anos» (Artigo 13 1.º do Código Penal).

Em suma, a aplicação da lei pode, em casos específicos, ser uma mera subsunção, mas, em regra, exige um espaço criativo do aplicador.

Quando um órgão do poder político do Estado elabora uma Constituição ou uma lei, cria Direito na sua mais intensa expressão.

Quando um tribunal ou a Administração Pública aplicam a Constituição ou a lei em casos concretos, estão a aplicar Direito, mas a criá-lo também.

Porquê? Porque as regras que aplicam atingem a plenitude da sua afirmação ou eficácia mediante raciocínios e manifestações de vontade que representam algo mais que as regras constitucionalizadas ou legisladas.

O Direito, traduzido nas regras jurídicas, abrange o traçado ou elaboração dessas leis, mas também aquele complemento que permite a sua aplicação, a sua passagem da mera susceptibilidade de produção de certos efeitos para a real produção desses efeitos.

A aplicação do Direito é, numa palavra e em princípio, também uma forma de criação de Direito.

20.4. E quem aplica o Direito? Serão apenas os órgãos do poder político do Estado? Só os Tribunais e a Administração Pública?

Claro que não.

Importa distinguir duas situações. Primeira, aquela em que a aplicação da lei se dá independentemente de qualquer acto humano visando essa aplicação. Segunda, a aplicação da lei por indivíduos ou por agrupamentos de indivíduos.

Vejamo-las.

Por vezes, e perante um facto alheio à vontade humana, a lei aplica-se sem depender de qualquer acto nesse sentido, seja ele do poder político do Estado ou de particular. Trata-se da aplicação *ope legis*, ou por mera obra da lei. Dois exemplos ajudam a compreender esta modalidade de aplicação da lei.

1) Verificada a morte de *António*, a lei sucessória - que dividirá a herança deste pela sua mulher e pelos seus três filhos -, aplica-se automaticamente sem que dependa de qualquer manifestação de vontade nesse sentido, nomeadamente por parte dos herdeiros.

2) Perante um terramoto de grau 7,6 na escala de Richter, ocorrido na 21^a província do país *X*, a lei referente a calamidade pública aplica-se automaticamente sem que dependa de uma vontade humana que reivindique essa aplicação; nem as autoridades terão de se decidir pela aplicação da lei, nem os particulares terão que a requerer.

Nestes dois casos, o regime jurídico aplica-se *ope legis*. Noutras situações são os indivíduos os responsáveis nela a aplicar a lei

Todos nós, no dia-a-dia, aplicamos a lei. Todos, sem que disso tenhamos verdadeira consciência, criamos quotidianamente Direito.

Ou não é verdade que todos os dias estabelecemos uma teia de obrigações recíprocas, seja para apanhar o transporte que nos leva ao emprego ou à escola, para beber um café ou uma *Coca-Cola* no intervalo do trabalho, para almoçar, para ver televisão ou ouvir rádio, para fazer um telefonema, para enviar uma carta ou para comprar um presente para um amigo que faz anos? E não cumprimos também todos os dias a prestação de trabalho a que estamos contratualmente adstritos? E não consumimos diariamente água, gás e electricidade, não pagamos a renda da casa e os nossos livros de estudo ou os dos nossos filhos? Não criamos continuamente novas associações, desfazemos sociedades, reunimos assembleias gerais, criamos e revemos estatutos?

Pois é, dia a dia aplicamos leis sem conta. Dia a dia construimos, também nós, o Direito em que vivemos.

20.5. Mas como pode ser assim? O pastor analfabeto de uma aldeia esquecida do interior cria Direito nos mesmos termos que o seu sobrinho, agora estudante universitário em Lisboa? A velha empregada doméstica, que apenas sabe somar as parcelas das compras diárias, aplica a lei da mesma forma que a jovem médica em casa de quem trabalha?

Evidentemente que a exigência das situações em que uns e outros se envolvem não é a mesma.

Ao pastor pode chegar - se é que pode - o conhecimento ancestral dos mecanismos

locais de venda do queijo e do leite das suas ovelhas.

À empregada doméstica pode parecer suficiente o seu velho sentido de orientação nos mercados da zona, mas também ela pode e deve aspirar - como mulher e cidadã - a muito mais do que isso. Quanto ao estudante, que precisa de sobreviver na grande capital, tem de se ambientar no bulício dos Grandes circuitos, de consumir indiferenciadamente, de se deixar envolver na complexa rede das obrigações recíprocas.

E a jovem médica, além de se empenhar no desgaste quotidiano, pode investir na sua valorização profissional, pode lutar por um concurso, pode reivindicar um maior espaço de afirmação pessoal e socio-profissional.

A nenhum, em qualquer caso, se desculpa a ignorância da lei.

Não pode o pastor reter o queijo cujo preço já recebeu do seu habitual comprador a pretexto de que este não proibiu o filho de 18 anos de insistir em incomodar *Laurinda*, a neta do pastor, de 15 anos de idade, com nocturnas serenatas. Não pode a velha empregada doméstica insultar a dona do lugar de hortaliça ri.' 15, do mercado Y, por julgar que as batatas que esta lhe vendera tinham sido as responsáveis pelo fracasso dos seus tão afamados pastéis de bacalhau. Não pode o jovem estudante, quando recorrer aos respectivos serviços, deixar de pagar o preço das fotocópias estipulado pela Associação de Estudantes da sua Faculdade em nome da injustiça que, em seu entender, constitui o facto de aquelas custarem o mesmo para todos os estudantes, não ponderando as diferenças económicas existentes.

Não pode a médica *vingar-se* da discussão telefónica que acabou de ter com o seu namorado no primeiro doente que recebe, tratando-o com displicência e receitando-lhe uma medicação inadequada.

A lei não permite estes comportamentos e considera irrelevante que as pessoas saibam, ou não, disso.

Nos termos do Artigo 6.º do Código Civil, «a ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas».

E por que é isto assim? Porque se supõe a racionalidade do Direito? Porque se supõe o conhecimento das leis pelos cidadãos?

Não. Antes porque o Direito, instrumento disciplinador da convivência e do progresso, deve ser certo e eficaz na sua aplicação. Só assim pode cumprir plenamente este seu desígnio ordenador.

Excepcionalmente, contudo, a rigidez do princípio da irrelevância da ignorância ou má interpretação da lei pode conhecer atenuações. Assim, por exemplo, no Direito Penal português a falta de consciência da ilicitude da conduta, quando não censurável, implica a exclusão da culpa do autor e, logo, a sua não punição. Vejamos um caso.

Margareth, cidadã inglesa de 20 anos de idade, grávida há onze meses, vem gozar quinze dias de férias a Portugal. No terceiro dia da sua estada obtém, através de contacto telefónico com Londres, a notícia de que se alterou drasticamente a sua vida profissional, já que será colocada em missão no Extremo Oriente em condições económicas e sociais complexas. Decide, então, interromper essa gravidez o mais rapidamente possível e fá-lo ainda em Portugal. Muito mais tarde, *Margareth* é acusada de ter praticado um crime de aborto e só então se apercebe de que a sua conduta era proibida pelo Direito português. Defende-se, na audiência de julgamento, dizendo que nada em todo o processo indiciava a ilicitude do seu acto. A intervenção fez-se numa clínica, com pessoal médico e de enfermagem qualificado. E a própria indicação do local em que poderia ser feita foi dada abertamente.

Nesta situação, o desconhecimento da lei, sob a forma de uma falta de consciência da ilicitude, pode afastar a responsabilidade penal de *Margareth*.

20.6. Mas, pode perguntar de novo o leitor mais curioso, e se, não obstante se conhecer a lei, se entender que ela não deve ser aplicada?

Se houver, por exemplo, razões para crer que a aplicação de determinada lei será inoportuna, ou inconveniente, ou injusta?

Aí, e tal como vimos acontecer em relação à interpretação, não será de aceitar uma intervenção que vise corrigir ou alterar essa lei.

Porquê? Porque é o legislador quem fixa o conteúdo do Direito a que a sociedade deve obediência. Não o aplicador.

O Artigo U, n.º 2, do Código Civil não permite dúvidas: «O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.»

A aplicação correctiva é, numa palavra, inadmissível.

20.7. Aplicar a lei é sempre, e antes de mais, estabelecer a relação da regra com a situação de facto. Ou com as situações de facto.

E como é que isso se faz?

Em dois simples passos:

- 1) Procurando no traçado genérico e abstracto da lei as suas características definidoras essenciais.
- 2) Verificando se elas existem em concreto na situação, ou nas situações de facto encaradas.

No fundo, estabelecendo uma correspondência jurídica entre regra e facto. Relacionando previsão normativa e situação concreta.

20.8. Mas a aplicação da lei vai mais longe.

Porque a lei não prevê apenas certas situações. Ela pode estabelecer as consequências ou os efeitos jurídicos no caso de actualização dessa previsão.

Ora, a relação entre estas duas realidades levanta um dos problemas mais discutidos pelos juristas. E certamente um dos mais interessantes.

Trata-se da causalidade jurídica.

E o que é? Qual o problema que coloca?

Ora bem, trata-se de saber como é que se processa a ligação entre a ocorrência fáctica e a respectiva consequência jurídica.

E isto só uma perspectiva abstracta pode esclarecer. A situação de facto só acarreta determinado número de efeitos jurídicos porque *corresponde* à previsão da regra de Direito. É essa correspondência que permite que se pergunte a essa mesma regra o que é que, perante aquele facto concreto, deve acontecer. Na unidade da estrutura da regra jurídica, o Direito cria uma relação entre a verificação concreta do facto e a estatuição das respectivas consequências jurídicas. Se a situação de facto actualiza a previsão da regra de Direito, então há que apelar aos efeitos que, ponderando essa eventualidade, a própria regra estatui.

A isto se resume a causalidade jurídica. Não tem, pois, nada a ver com a relação mecanicista que se estabelece entre causa e efeito no mundo natural.

20.9. Pois muito bem, mas e se, perante uma situação de facto, não houver uma, mas várias leis aplicáveis?

Aplicam-se todas? Aplicam-se algumas? Aplica-se apenas uma?

Se as várias leis são, em abstracto, aplicáveis gera-se uma situação de conflito. Conflito positivo.

Então três relações são possíveis:

1) A relação de consunção, em que uma das leis ou a regra nela contida consome, ou apaga, todas as demais e só ela é aplicável por exemplo, *António*, ao agredir *Bernardo* e ao apoderar-se da carteira deste, não é punido por um crime de ofensas corporais e por um crime de furto; antes é punido por um crime de roubo, cujo tipo legal consome os anteriores.

2) A relação de cumulação, em que são, simultânea e cumulativamente, aplicáveis todas as leis conflituantes, isto é, todas as regras nelas contidas - por exemplo, *Carios*, se assaltar a casa de *Duarte* e depois o matar, será punido por um crime de furto (qualificado) e por um crime de homicídio.

3) A relação de incompatibilidade, em que as diferentes leis, ou melhor, as diversas regras nelas contidas, são contrapostas sem que uma absorva a outra ou outras, ou todas sejam cumulativamente aplicáveis, devendo ser escolhida uma e só uma das regras incompatíveis - por exemplo, se, perante os tribunais portugueses se vier a discutir o contrato de compra e venda de uma propriedade em Milão, celebrado por *Eduard e Detlev*, em França, ao qual são, por uma razão Ou Por outra, aplicáveis a lei italiana, a lei inglesa, a lei alemã e a lei francesa, caberá ao Direito português Optar entre as várias ordens jurídicas estaduais vocacionadas para regular a matéria, sendo que nenhuma delas consome as outras e elas não são cumuláveis.

Mas pode também haver um conflito negativo. Quando? Como é óbvio, sempre que as diferentes leis se reconhecem, todas elas, incompetentes ou inaptas para regular certa situação de facto. É, por exemplo, o caso de, pela conjugação de regras de diversos Direitos estaduais, se concluir que nenhum desses Direitos se julga competente para regular certa situação de facto.

Observe-se que os conflitos positivos, tal como os negativos, tanto podem ocorrer dentro de um Direito estadual como entre diversos Direitos estaduais. Ponto é que mais do que uma lei ou nenhuma das várias leis aventáveis seja aplicável a uma situação de facto merecedora de disciplina jurídica.

20. 10. E agora chegada a altura de um balanço.

A aplicação da lei é, quase sempre e a um tempo, abstracta e individualizadora.

Abstracta, ou, como alguns dizem, normativa, porque supõe a existência de regras jurídicas contidas na lei. E ainda porque muitas vezes assenta num comando genérico e abstracto.

Mas também individualizadora. Aplicar a lei é valorar as situações. Aplicar a lei é aproveitar as possibilidades de um espaço de liberdade. Aplicar a lei é, por isso, ainda uma forma de criar Direito.

20.11. A individualização pode ser maior ou menor, conforme o entender adequado a própria lei.

É maior nos casos em que a lei contém conceitos indeterminados ou cláusulas gerais. Há um espaço criativo-valorativo na interpretação e na aplicação.

É maior ainda quando, além dessa franja de liberdade, a lei confere um espaço de manifestação de vontade na aplicação. Assim, quando permite que um tribunal ou um órgão de Administração Pública tenham liberdade de escolha para fixar certos efeitos jurídicos. É naturalmente paradigmático o caso da determinação da medida concreta da pena a aplicar pelo tribunal ao autor do crime X

E mais acentuada, finalmente, se a lei conferir discricionariedade à Administração Pública. Então, pode haver - de acordo com a amplitude dessa discricionariedade - liberdade de escolha quanto à aplicação da lei, quanto ao momento dessa aplicação, quanto à forma e ao conteúdo dessa mesma aplicação.

Mas, em princípio, nunca é absoluta ou total a individualização.

Com efeito, existe sempre uma regra de Direito. É sempre ela que prevê o maior ou menor grau de individualização. Existem sempre zonas vinculadas ou normativas da aplicação. Mesmo quando a lei reconhece discricionariedade à Administração Pública, vincula a competência, o fim e o essencial do conteúdo. Isto é, determina o órgão competente para agir, bem como o fim visado por

essa actuação, e ainda o respeito, pelo conteúdo, dos princípios e da legalidade, do respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados, da prossecução do interesse público, da justiça, da igualdade, da proporcionalidade, da imparcialidade, da boa fé e da protecção da confiança dos particulares.

A individualização nasce da valoração. Existe, por isso, sempre que a aplicação suponha a valoração jurídica. Com maior ou menor amplitude, de caso para caso, é função do espaço de liberdade deixado ao aplicador.

20.12. Tudo dito, ainda não se olhou para a que é usualmente considerada a situação

mais óbvia de aplicação individualizadora da lei: o recurso a juízos de equidade ou à justiça do caso concreto.

Mas o que é que isso significa? E em que é que consiste?

Abordemos primeiro uma questão prévia: quando se pode falar em equidade.

A equidade ocorre em três situações:

- 1) Quando haja disposição legal que o permita.
- 2) Quando, perante uma matéria disponível, haja acordo entre particulares.
- 3) Quando os particulares tenham previamente acordado o recurso à equidade, remetendo o julgamento de um eventual litígio para tribunal arbitral.

É isto que nos diz o Artigo 4.º do Código Civil. O que em lado nenhum a lei diz é o que seja a equidade. Ficam, portanto, as questões iniciais.

Pois bem, a equidade é a justiça do caso concreto. É a introdução de um coeficiente máximo de individualização na aplicação da lei.

Embora só seja admissível nos termos consentidos pela lei, a equidade representa unia aplicação não normativa.

20.13. Aqui chegados, Como concluir esta reflexão? O que é preferível? Que a lei se incline para conteúdos que propiciem a sua aplicação predominantemente abstracta ou normativa? Ou que, ao invés, a lei se oriente para conteúdos que acentuem a aplicação individualizadora, a culminar no recurso a juízos de equidade?

A certeza e a estabilidade do Direito recomendam a solução normativa. A proximidade do caso concreto e a maior justiça material na sua regulação aconselham a solução individualizadora.

Será fatal e insanável a contradição? Não. Porquê? Porque é importante não esquecer um dado essencial. O de que a certeza e a estabilidade são, em si mesmas, componentes daquela justiça material. O caminho aponta a síntese.

Isso mesmo foi percebido ao longo dos tempos. O início do século foi marcado por uma opção normativizadora. O pós-guerra por uma opção individualizadora. Hoje, assiste-se a uma preocupação de evitar generalizações radicais e abusivas quer para a normativização, facilitada pela informática, quer para a individualização extrema, proporcionada nuns Estados por Governos de juízes, noutros pelo crescimento constante

do papel da Administração Pública.

A linha correcta reside na conjugação das duas componentes, atendendo ao ramo de Direito considerado e à matéria cuja disciplina se encontra em causa.

21 - A existência, a validade e a eficácia da lei. A suspensão e a cessação de vigência da lei

1. Ponderadas questões essenciais relativas à interpretação e à aplicação da lei, é possível dar mais um passo. Um passo em direcção conceitos mais afastados do diálogo com a realidade material.

Até aqui pensou-se em interpretar e aplicar uma lei que existe, que vale para o Direito e que pode produzir efeitos.

Mas, e se aquilo que se considera lei não passar de uma mera aparência de lei? E se a lei, existindo embora, for inválida? E se a lei existente e válida não puder produzir efeitos?

21.2. Para que uma lei exista é necessário que preencha certos requisitos mínimos de identificabilidade formal, orgânica e material. É imprescindível que ela possa ser identificada como lei.

Por isso, não há lei sempre que a violação da Constituição - a inconstitucionalidade - seja tão grave que afecte essa identificabilidade do acto legislativo. Do ponto de vista formal, orgânico, ou material.

Alguns exemplos simples ajudam.

1) Não existe lei no caso de falta de promulgação do Presidente da República ou de referenda do Governo (Artigos 13 7.º e 14V, n.º2, da Constituição). É uma inexistência por inconstitucionalidade formal.

2) Não existe lei no caso de falta de votação de um pretenso acto legislativo pela Assembleia da República. É, também, uma inexistência por inconstitucionalidade formal.

3) Não existe lei no caso de usurpação da função legislativa por um órgão que a não pode exercer, por exemplo, uma lei aprovada por um tribunal. É uma inexistência por inconstitucionalidade orgânica.

4) Não existe lei no caso de a aparente lei violar o conteúdo essencial dos mais importantes direitos fundamentais consagrados na Constituição - os direitos absolutos, cujo exercício não pode ser suspenso nem na vigência de estado de sítio ou de estado de

emergência -, por exemplo, suprimindo o direito à vida de cidadãos de certa raça ou fiéis de determinada religião. É uma inexistência por inconstitucionalidade material.

Como caracterizar a lei inexistente? Quais os seus essenciais traços definidores?

Fundamentalmente, a lei inexistente é uma mera aparência de lei, que, por isso mesmo, não produz quaisquer efeitos. Definem-na quatro grandes linhas. A saber:

- 1) A lei inexistente não pode ser aplicada pelos tribunais ou pela Administração Pública.
- 2) Os cidadãos podem resistir à tentativa da sua aplicação.
- 3) Os casos erroneamente julgados pelos tribunais ao seu abrigo não vinculam nem o poder político, nem os cidadãos.
- 4) E, finalmente, a inexistência não carece de ser declarada por nenhum órgão do poder político do Estado, embora os órgãos competentes para fiscalizar o respeito da Constituição pela lei o possam fazer.

21.3. Mas nem tudo fica dito. A discussão em tomo da (in)existência da lei não esgota este espaço de reflexão. É ainda preciso saber se a lei vale para o Direito. E se ela pode produzir efeitos.

Vejamos a primeira questão. A lei que não é inexistente, a lei que existe para o Direito, pode ser ou não válida.

Por outras Palavras. A lei pode respeitar todas as exigências da Constituição. Ou pode ser-lhe desconforme.

Se a lei se não opuser à Constituição, é válida. Tem condições para valer no Direito português. Se a lei violar a Constituição, de forma que não afecte a sua identificabilidade como lei, então ela existe, mas não pode valer na ordem jurídica em que se integra.

A invalidade resulta de quê, então? Precisamente de os pressupostos ou os elementos da lei não respeitarem o disposto na Constituição. Ela é sempre consequência de um vício ou desconformidade intrínseca da lei.

Pode decorrer de inconstitucionalidade formal, orgânica ou material, ou seja, de desconformidade na forma, no órgão autor ou no conteúdo da lei. única exigência e que essa inconstitucionalidade seja sempre menos grave do que aquela que provoca a inexistência da lei.

De novo, os exemplos podem ajudar.

1) Uma lei que não respeitou todos os trâmites constitucionais na sua aprovação. Trata-se de uma inconstitucionalidade formal que gera invalidade;

3) Um decreto-lei que é aprovado pelo Governo em matéria de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República. Trata-se de uma inconstitucionalidade orgânica que determina invalidade;

3) Uma lei cujo conteúdo é contrário a um princípio não essencial da Constituição. Trata-se de uma inconstitucionalidade material que funda invalidade também.

A diferença entre a invalidade da lei e a inexistência da lei é, pois, fundamentalmente, uma questão qualitativa ou de grau. Quando a violação da Constituição é tão grave que afecta a identificabilidade da lei, esta é inexistente. Quando a violação da Constituição reveste formas menos graves, mas existe, apesar de tudo, uma desconformidade intrínseca do acto legislativo, este é inválido.

E, por ser assim, impõe-se uma nota final. Não se deve confundir inconstitucionalidade da lei com invalidade. Por um lado, a confusão não é imediata, pois, como se viu, a inconstitucionalidade não gera apenas invalidade. Mas, por outro lado, o que é decisivo é que as duas realidades jurídicas são conceitualmente distintas. A inconstitucionalidade é a desconformidade da lei em relação à Constituição. A invalidade é a consequência dessa desconformidade em termos de desvalor da lei inconstitucional. A inconstitucionalidade é a causa, a razão. A invalidade é o efeito, a reacção.

É chegada a altura de se fazer um breve parêntesis. Para quê? Para se dizer que a invalidade, tal como a inexistência (é inexistente, por exemplo, o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo Artigo 1628.º, alínea e) do Código Civil), se pode verificar em relação às leis como em relação a outros actos dos particulares.

21.4. No Direito português, há três graus possíveis de invalidade. A saber, de acordo com a gravidade decrescente dessa invalidade, a nulidade, a invalidade mista e a anulabilidade.

E o que é cada uma delas? - perguntará o nosso leitor. As diferenças serão reais e significativas, ou será essa tripartição mais um capricho inacessível de estudiosos?

Ora, vamos tentar perceber.

A nulidade é - Artigo 286.O do Código Civil - a invalidade mais drástica e acarreta alguns corolários. Vejam-se os decisivos:

1) O acto nulo é-o, em princípio, desde o momento da sua prática.

- 2) A nulidade deve, porém, ser declarada pelos tribunais.
- 3) A declaração de nulidade *elimina* o acto nulo e os seus efeitos jurídicos desde o momento da sua prática, isto é, do momento de verificação da nulidade em causa - a declaração de nulidade reveste natureza declarativa.
- 4) A referida declaração só salvaguarda, por razões de certeza jurídica, os casos julgados.
- 5) Qualquer pessoa pode requerer a declaração de nulidade.
- 6) Essa solicitação pode ser feita a todo o momento, sem prazo limite.
- 7) Os tribunais podem, oficiosamente, ou seja, independentemente da existência de uma solicitação nesse sentido, declarar a nulidade.

A anulabilidade é - Artigo 287.º do Código Civil - a invalidade menos radical. Por isso se lhe chama, por vezes, invalidade relativa ou simples.

Vejam-se os seus traços fundamentais:

- 1) O acto anulável, ao contrário do nulo, aparece como válido até ser anulado, produzindo efeitos até à anulação - portanto, a anulação tem natureza constitutiva.
- 2) A anulação compete aos tribunais, que podem determinar que o acto anulado só deixe de produzir efeitos para o futuro, ficando salvos os efeitos já produzidos no passado.
- 3) Só algumas pessoas com especial interesse na anulação podem pedi-la em tribunal.
- 4) Existe um prazo dentro do qual a anulação pode ser solicitada; transcorrido esse prazo, o acto subsiste como válido e é intocável.

A invalidade mista é uma figura a meio termo. Existe entre a nulidade e a anulabilidade e reúne, de forma equilibrada, algumas das características do regime da nulidade com outras do regime da anulabilidade.

Finalmente, verificam-se as formas imperfeitas da invalidade. Da nulidade ou anulabilidade.

Com efeito, a nulidade nem sempre corresponde ao modelo perfeito e típico que acima se traçou. Ela pode ser imperfeita ou atípica. Quando? Sempre que, num cenário de clara predominância das características da nulidade, existir uma mescla de um número

reduzido de características da anulabilidade.

Paralelamente, a anulabilidade é imperfeita ou atípica sempre que no caso dominem as características da anulabilidade, embora agravadas por uma ou outra das características da nulidade.

A invalidade, sempre e em qualquer caso, nulidade, anulabilidade ou invalidade mista, pode ser total ou parcial, conforme afecte o acto jurídico (ou o acto legislativo ...) no todo ou em parte.

21.5. Hoje, de acordo com a Constituição Portuguesa de 1976, a invalidade das leis inconstitucionais é a nulidade atípica.

Porquê?

Em duas palavras e sem aprofundamentos que aqui se não pedem ou justificam, tentemos responder.

A lei inconstitucional é nula, em atenção à prevalência do respeito do princípio da constitucionalidade, ou seja, do acatamento da Constituição. Mas, a nulidade é atípica, visto que a certeza do Direito e a segurança dos cidadãos também é ponderada, moderando as consequências estritas do princípio da constitucionalidade.

Se do plano dos fundamentos passarmos para o do regime jurídico, as conclusões são idênticas.

A lei inconstitucional é nula. E é-o porque, em princípio, não produz efeitos desde o momento em que é elaborada. Porque, em princípio, a declaração de nulidade pelo tribunal elimina a lei e os respectivos efeitos, desde o momento da sua feitura, respeitando só os casos julgados. Porque qualquer pessoa pode, em pleno litígio judicial, invocar a nulidade de uma lei, de modo a evitar que essa lei seja aplicada. Porque essa invocação pode ser feita sem limites de prazo.

Mas é uma nulidade atípica. Porque se lhe juntam alguns elementos de anulabilidade. Quais? Decisivamente, o facto de ser limitado o universo das entidades que podem pedir a declaração de nulidade, com força obrigatória geral para o futuro, de modo a que essa declaração vincule tudo e todos. E, ainda, a possibilidade de essa declaração genérica poder salvar, excepcionalmente, alguns efeitos da lei nula para além dos casos julgados, tendo em atenção os interesses públicos da certeza e da equidade ou qualquer outro interesse de excepcional relevância devidamente fundamentado.

É esta a lição dos Artigos 280.º a 282.º da Constituição.

21.6. Aqui chegados, falta responder à segunda questão que acima se colocou.

Uma lei pode existir e ser válida e, ainda assim, não produzir quaisquer efeitos jurídicos. Pode ser ineficaz.

E o que é então a ineficácia?

Algo que se verifica não por vício ou desconformidade da lei, mas Por verificação de um acto ou facto distinto da lei que paralisa ou obvia à produção dos respectivos efeitos. E isso, tal como na nulidade, pode acontecer total ou parcialmente.

A ineficácia pode ser originária ou superveniente. É originária se o acto ou facto for contemporâneo da feitura da lei. É superveniente se for posterior.

Vejamos três exemplos de ineficácia originaria, para melhor perceber o problema.

1) É ineficaz, *ab initio*, a lei não publicada no *Diário da República*. De acordo com o Artigo 122.º da Constituição, as leis devem ser oficialmente publicadas e a falta dessa publicação gera a respectiva ineficácia (Artigo 119.º, ri.º 2). A lei existe, é válida, mas não produz quaisquer efeitos de Direito.

2) Também é originariamente ineficaz a lei que não entra imediatamente em vigor. Havendo entre a publicação e a entrada em vigor da lei um período de intervalo, existe uma ineficácia temporária. Trata-se daquilo a que usualmente se chama a *vacatio legis*, que, no silêncio da lei, corresponderá a cinco dias no Continente, dez dias nos Açores e na Madeira e trinta dias no estrangeiro. A lei existe, é válida, mas, por um lapso de tempo limitado, não produz efeitos jurídicos.

3) É ainda originariamente ineficaz a lei que coloca a sua eficácia na dependência da produção de certo acto ou facto. Pense-se na lei que depende da aprovação de uma lei complementar. Ou da lei que depende da ocorrência de uma situação de guerra. Ou da lei que não se justifica enquanto vigorar uma lei pré-existente, ou enquanto se mantiver uma situação de calamidade pública. Em todos estes casos a lei existe, é válida, mas não produz efeitos. É originariamente ineficaz.

Chama-se usualmente termo suspensivo o facto de verificação certa de que depende a eficácia de uma lei. Termo que pode ser certo, se não só a verificação for certa, como o momento também o for; ou incerto se a verificação for certa, mas o momento já não o for. Exemplo de termo certo é um prazo fixo para a entrada em vigor da lei. E de termo incerto é a entrada em vigor de outra lei já aprovada e promulgada mas cuja publicação e início de vigência não são ainda determináveis com rigor.

Chama-se condição suspensiva o facto de verificação incerta. Por exemplo, a verificação

de calamidade pública, se a lei colocar tal eficácia na dependência dessa verificação.

21.7. Mas pode a ineficácia da lei ser superveniente. E pode sê-lo em dois casos: suspensão temporária e cessação definitiva da eficácia da lei.

Em caso de suspensão, o que sucede é que a lei vê a sua eficácia *congelada*, por prazo limitado ou ilimitado. Suspende temporariamente a lei quem tem competência para a sua feitura ou revogação.

Em caso de cessação, acontece que a lei existente e válida vê os seus efeitos deixarem de se produzir. Quando? Em três situações. Costume *contra legem*, caducidade e revogação.

Do costume *contra legem*, ou contrário à lei, se falará mais adiante. Para já, retenha-se apenas que se trata daqueles casos em que um costume substitui uma lei de conteúdo oposto.

Da caducidade importa, desde já, fixar duas ou três ideias. Em primeiro lugar, o que é a caducidade da lei?

É a cessação da vigência da lei por um facto jurídico, um evento que não é voluntário ou querido, algo que o Direito não trata como produto de uma manifestação de vontade.

Mas como concretizar esta ideia? - perguntar-se-á. Que factos são estes?

Ora bem, são fundamentalmente dois tipos de factos. O primeiro é o facto previsto na lei. Por exemplo, quando a própria lei diz que «cessa a sua vigência no dia 31 de Dezembro de 2001», ou que «cessa a produção dos seus efeitos dois anos depois da data da sua entrada em vigor», ou que «cessam os seus efeitos, uma vez resolvida a situação de crise a que visa obviar». O segundo é o facto que corresponde ao desaparecimento dos pressupostos objectivos da lei. Por exemplo, quando findar a situação de calamidade pública que justificou a lei, ou quando se ultrapassar a crise económica que reclamou a intervenção legislativa.

Chama-se termo resolutivo o facto de verificação certa cuja verificação determina a cessação da eficácia da lei. Termo certo ou incerto, conforme o momento for certo ou incerto. Por exemplo, é termo resolutivo certo uma data precisa para a cessação dos efeitos da lei, e incerto a entrada em vigor de outra lei já promulgada mas ainda não publicada.

Chama-se condição resolutive o facto de verificação não certa, de que depende a cessação da eficácia da lei. Por exemplo, o fim de uma situação de excepção.

21.8. A revogação merece, mesmo num breve ensaio de introdução, uma atenção particular.

Do que se trata?

Da cessação da vigência ou eficácia da lei por virtude da elaboração ou feitura de nova lei. Ou seja, de ineficácia superveniente por força de outro acto legislativo, em regra elaborado pelo mesmo órgão autor da lei revogada (Artigo 7.º do Código Civil).

A revogação pode ser expressa ou tácita. Será expressa se certo acto legislativo explicitar o seu desiderato de revogar lei anterior. Será tácita se esse conteúdo revogatório não for explicitado na letra da lei, mas decorrer da sua interpretação e permitir considerar a existência de uma «incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes» (Artigo 7.º, ri.º 2).

A revogação pode, além disso, ser global ou individualizada. Será individualizada se a lei revogatória operar especificamente a cessação de uma lei anterior, ou de uma ou de algumas das regras contidas nessa lei. Será global se for consequência «[... 1 de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior» (Artigo 7.º, ri.º 2, parte final).

Finalmente, a revogação pode ser total ou parcial. Total, se a lei anterior cessar completamente a sua eficácia. Parcial, se a ineficácia abarcar apenas parte do conteúdo da lei. Por vezes, chama-se abrogação à revogação total e derrogação à revogação parcial. Note-se que a revogação global é sempre total, mas a revogação individualizada também pode ser total, desde que a individualização abarque todo o conteúdo (ou seja, todas as regras) de uma lei anteriormente vigente.

21.9. Em princípio, qualquer lei pode revogar outra lei. Basta que sejam ambas leis e que, portanto, se não coloquem problemas de prevalência hierárquica entre elas.

Contudo, importa sublinhar uma limitação. A lei geral não revoga, em princípio, a lei especial.

Porquê?

Porque a lei especial quis consagrar um regime específico para determinado número de situações de facto. Do que resultam duas consequências:

1) Quando se altera a lei geral, em princípio, não se pensa já em afectar aquele domínio especial que se tem por destacado.

2) A lei especial não pode ver o seu espaço próprio ameaçado por eventuais mudanças de valoração e perspectiva em relação ao universo geral.

Por isso, só em determinadas circunstâncias há revogação de lei especial por lei geral. Só quando essa «[... 1 for a intenção inequívoca do legislador» (Artigo 7.º, ri.º 3).

Um exemplo? Pois bem, pense-se numa lei nova que pretenda alterar determinados aspectos do regime da constituição de sociedades civis. Uma vez que o Direito Comercial é especial relativamente ao Direito Civil, as disposições relativas à constituição de sociedades comerciais não seriam, em princípio, revogadas pela nova lei civil. Só se inequivocamente se pudesse concluir que era outra a intenção do legislador é que se poderia defender a revogação da lei comercial por esta lei civil.

Como resulta do exposto, «inequivocamente» não significa «expressamente». Pode haver revogação tácita da lei especial pela lei geral. Para tanto, basta que se conclua, de forma concludente, que é esse o alcance da nova regulação material estabelecida pelo legislador. Mais uma vez, o essencial estará no exercício interpretativo a empreender.

2 1. 10. A revogação não representa uma declaração de inexistência ou de nulidade da lei revogada. E também não corresponde a uma anulação desta.

A revogação não afecta a existência ou a validade da lei revogada. Respeita tão somente à sua eficácia. A lei revogatória não risca da face do Direito a lei revogada. Limita-se a privá-la de efeitos a partir do momento da sua própria entrada em vigor, sem efeitos retroactivos, ou seja, sem destruição dos efeitos produzidos pela lei revogada durante a respectiva vigência.

Mas como se opera a revogação? O que pode significar a destruição da eficácia da lei revogada?

Ora bem, tratando-se de uma ineficácia superveniente, a destruição abrange apenas a eficácia dispositiva da lei revogada. Não a sua eficácia revogatória.

Ilustremos esta ideia. A lei X, entrada em vigor em 31 de Janeiro de 1999, é revogada pela lei Y, entrada em vigor em 1 de Junho de 1999. Esta lei Y tem, como qualquer lei, uma dupla eficácia:

1) Dispõe sobre certa matéria, regulando-a - eficácia dispositiva;

11) E revoga a lei X- eficácia revogatória.

Em 1 de Fevereiro de 2000, entra em vigor uma terceira lei, a lei Z, que revoga a lei Y. Esta lei Z dispõe para o futuro e revoga a anterior lei Y. Mas, ao revogá-la, apenas atinge a sua eficácia dispositiva, não questiona a sua eficácia revogatória. A lei Z dá a certa matéria solução diversa da lei Y e destrói a sua eficácia dispositiva para o futuro, mas já

não destrói a sua eficácia revogatória, a sua eficácia de revogação da lei X A lei Z, ao revogar a lei Y, não repõe em vigor a lei X. A lei Z, ao revogar a lei Y, não faz com que a lei X retome a sua eficácia. A lei Z não repristina a lei X.

Numa palavra, a revogação não implica a repristinação. Ou, como prefere a lei, a revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revogara (Artigo 7.º, n.º 4 do Código Civil).

E porquê, no fundo? Porque a revogação não pode, por definição, questionar a existência ou a validade da lei revogada. Voltando ao nosso exemplo, caso se admitisse a repristinação, isso implicaria que a lei Z faria reviver a lei X, pondo em causa a existência ou o valor da lei Y.

Ora, a revogação não é isso. A revogação actua ao nível da eficácia da lei. Em caso algum põe em causa a sua existência ou validade. Na verdade, nunca as questiona.

21.11. Em certos Direitos estaduais são tratados como actos legislativos ou leis os referendos ou votações populares que recaem sobre anteriores deliberações dos órgãos normalmente competentes para legislar, ou seja, referendos que condicionam a própria validade dessas deliberações ou a sua eficácia originaria, ou então podem revogá-las.

Não se confundem esses referendos legislativos (por exemplo, existentes em Itália) nem com referendos aprovando uma Constituição ou uma revisão constitucional, nem com referendos sobre questões políticas ou administrativas.

Também não se confundem com a iniciativa legislativa popular, ou possibilidade de apresentação de projectos de lei por grupos de cidadãos, mas pertencendo a decisão a órgãos do poder político do Estado.

O referendo legislativo pode ser obrigatório, ou imposto pela Constituição, ou meramente facultativo, por depender de deliberação do poder político ou de exigência dos cidadãos.

Em Portugal, desde a revisão constitucional de 1989, existe referendo nacional, embora limitado, nomeadamente não podendo respeitar à revisão da Constituição e a matérias politicamente muito sensíveis na óptica da Constituição vigente (Artigo 115.º).

Embora haja quem entenda que o referendo nacional é, entre nós, um acto legislativo, parece mais adequado qualificá-lo de acto político, visto que não é requisito de validade ou condição de eficácia de qualquer lei, mas apenas uma votação popular sobre o máximo de duas questões políticas, convocada pelo Presidente da República sob proposta da Assembleia da República ou do Governo. E é essa votação popular ou acto político que pode ou não determinar a ulterior feitura de uma lei.

Os actos legislativos são, como vimos, não só definidos pelo seu conteúdo político, como pelos órgãos competentes para a sua prática, como pela forma de que se revestem.

Ora, o referendo nacional foge, por exemplo, à caracterização orgânica e formal da lei.

Mas também não é um acto de administração, até pela sua densidade política. E esta densidade contrasta com o regime do referendo administrativo. Efectivamente, além do já referido referendo nacional (Artigo 115.º da Constituição), consagra-se agora também o referendo administrativo local (Artigo 240.O da Constituição). Não só a diversidade dos temas objecto de ambos os referendos, como o âmbito nacional do político e o local do administrativo acentuam a clara diferenciação entre eles.

21.12. Para terminar, importa lembrar que, à semelhança do que dissemos para a inexistência e para a invalidade, também os demais actos jurídicos, isto é, aqueles que não consubstanciam actos legislativos, podem ser ineficazes.

Assim sucede quando, apesar de a lei reconhecer a existência e a validade do acto jurídico, se verifica que a inobservância de certos requisitos legais impede a produção, total ou parcial, dos efeitos que o acto em causa se destinava a produzir. Nessas situações, o acto existe e é válido, mas revela-se ineficaz.

22 - A função jurisdicional. O acto jurisdicional normativo e não normativo

22. 1. Já sabemos o que é a função jurisdicional do Estado. Já sabemos que os órgãos competentes para o seu exercício são os tribunais. Já sabemos que esse exercício abarca a prática de actos jurisdicionais.

Podemos agora dar mais um passo e perguntar o que são, verdadeiramente, então, esses actos jurisdicionais. Pois bem, em sentido amplo, são naturalmente todos os actos dos Tribunais no desempenho da função jurisdicional. E, em sentido restrito, são as decisões que terminam os procedimentos em Tribunal, decisões em regra individuais e concretas, que só excepcionalmente têm conteúdo normativo.

22.2. Mas ainda se lembra o leitor das características essenciais desta função jurisdicional do Estado? Pois tente então refrescar a memória. Ela consiste, em regra, na aplicação da Constituição e a lei na dirimção de litígios correspondentes a conflitos entre interesses privados ou entre interesse privado e interesse público. Essa aplicação compete aos tribunais, que também apreciam a validade das leis.

Os tribunais são independentes, imparciais e passivos.

Imparciais, porque decidem sem tomar partido. Porque julgam de uma forma livre e

descomprometida dos interesses das partes litigantes.

Passivos, pois aguardam que se lhes solicite a intervenção. Esperam a exteriorização de uma vontade nesse sentido.

Mas o que significa dizê-los independentes?

Pois bem, independentes, porque não há relação hierárquica entre eles. Nenhum tribunal pode dar ordens ou instruções a qualquer outro. Nenhum tribunal está, portanto, vinculado a acatar ordens ou instruções de qualquer outro órgão jurisdicional. Existe uma estrutura que funciona como mero escalonamento para o efeito de interposição de recursos, mas que não é uma estrutura hierárquica.

Independentes, pois só estão submetidos ao Direito. Só a ele devem obediência. De resto, em nada contradiz esta verdade o facto de os tribunais inferiores terem de respeitar as decisões dos tribunais superiores em caso de recurso. Vejamos melhor.

Havendo recurso, de duas uma. Ou o recurso respeita à decisão final e substancial do tribunal recorrido e, então, o resultado do recurso não afecta a independência já exercitada por aquele tribunal. Isto é, o tribunal A decide *X*, o tribunal B, em recurso, decide *Y*, a decisão *Y* não pode já afectar a liberdade de manifestação de vontade que antes se traduzira na decisão *X*, mesmo que o tribunal A tenha de acompanhar ou determinar a execução de *Y*. Ou o recurso à intervenção do tribunal superior respeita a uma questão prévia, preliminar ou intercalar, que não representa a decisão final, embora a possa prejudicar, e, ainda assim, o tribunal inferior *A* é livre de, tomando em consideração a decisão do tribunal superior B sobre esse recurso, decidir definitivamente a questão substancial (e crucial) do processo, não sendo afectada a sua independência.

Da leitura dos Artigos 203.º da Constituição, 8.º do Código Civil e 111.º do Estatuto Judiciário não se pode retirar outra conclusão.

22.3. Característica material essencial da função jurisdicional é, naturalmente, a aplicação do Direito. Em regra, a aplicação da Constituição e da lei. Mas, em situações específicas, também a aplicação do costume ou da equidade.

O princípio geral é de que essa aplicação se faz atendendo ao caso concreto. Através de actos jurisdicionais em sentido restrito, de conteúdo não normativo ou abstracto e genérico.

Só excepcionalmente os actos jurisdicionais revestem conteúdo normativo. É, como se verá, o caso das decisões do Tribunal Constitucional com força obrigatória geral. E foi, durante muitos anos e até há bem pouco tempo, o caso dos assentos do Supremo Tribunal de Justiça.

22.4. Ora, uma vez aqui, pode pôr-se a questão essencial. Será que o exercício da função jurisdicional cria Direito? Ou só o aplica?

Pois bem, as conclusões que se foram esboçando ganham agora um especial sentido. Porquê? Porque tudo depende do que se entende por criar Direito. Qualquer resposta passa por uma prévia delimitação do que seja esse acto criador.

Caso se entenda, como parece preferível, que toda a aplicação, mesmo através de actos concretos, representa uma criação de Direito, então o exercício da função jurisdicional cria sempre Direito.

Caso, pelo contrário, e com diversos autores, se pretenda que só há criação de Direito quando existe a produção de regras jurídicas de conteúdo normativo, então nem toda a actuação jurisdicional cria Direito. Neste sentido, hoje, só há criação de Direito pelos tribunais portugueses no caso específico dos acórdãos do Tribunal Constitucional, que revistam força obrigatória geral. Só estes são actos normativos.

Por que é que a primeira posição nos parece mais defensável? É o que vamos ver.

No entanto, temos de começar por perceber o que são esses acórdãos do Tribunal Constitucional.

22.5. Esta questão pressupõe, desde logo, que se saiba um mínimo acerca do modo como os tribunais controlam ou fiscalizam o respeito da Constituição pelas leis.

Aqui interessa-nos apenas reter a fiscalização sucessiva ou repressiva abstracta. Ou, por outras palavras, a fiscalização:

- 1) que é posterior à entrada em vigor da lei;
- 2) que é feita só pelo Tribunal Constitucional;
- 3) em abstracto, o que quer dizer independentemente da aplicação dessa lei a qualquer caso concreto;
- 4) a pedido, apenas, do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República, de um décimo dos Deputados à Assembleia da República, dos Ministros da República, das Assembleias Legislativas Regionais, dos Presidentes dos Governos Regionais ou de um décimo dos Deputados à respectiva Assembleia Legislativa Regional (os quatro últimos em determinadas matérias de incidência regional - Artigo 28 U, n.º 2, da Constituição);

5) por iniciativa própria, na hipótese de três vezes o Tribunal Constitucional ter declarado a inconstitucionalidade de uma lei, ou de uma regra nela contida, em casos concretos (Artigo 281.º, n.º 3, também da Constituição).

Só neste caso é que o Tribunal Constitucional decide com força obrigatória geral. Sabe o leitor o que isso quer dizer?

A decisão com força obrigatória geral significa que a declaração de inconstitucionalidade e a conseqüente nulidade atípica valem para o futuro de molde a vincular particulares e todos os órgãos do poder político do Estado, incluindo os tribunais (Artigo 282.º da Constituição). Por isso se fala em acto normativo.

A publicação destes Acórdãos no *Diário da República* foi constitucionalmente julgada obrigatória (Artigo 119.º da Constituição).

22.6. Vale a pena um pequeno parêntesis sobre os antigos assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Consagrados quer no Código Civil, quer no Código de Processo Civil, os assentos consubstanciaram, até 1996, uma forma de o Supremo Tribunal de Justiça fixar doutrina com força obrigatória geral, sempre que existissem dúvidas fundadas na contradição de julgados, por tribunais superiores, sobre uma mesma questão fundamental de Direito.

Com raízes históricas muito antigas, que remontavam ao reinado de D. Manuel I e à velha Casa da Suplicação, os assentos do Supremo Tribunal de Justiça vieram a encontrar inesperadas dificuldades no confronto com o Artigo 115.º, *maxime* n.º 5, da Constituição (hoje, depois da revisão constitucional de 1997, o preceito em causa corresponde ao Artigo 112.º, n.º 6). Com opiniões divididas e com a controvérsia instalada, o certo é que o Tribunal Constitucional veio a pronunciar-se, repetidamente, no sentido da inconstitucionalidade do Artigo 2.º do Código Civil, primeiro em processo de fiscalização concreta, por fim, declarando com força obrigatória geral a inconstitucionalidade do referido preceito.

Em conformidade, foi alterado o Código de Processo Civil e os velhos assentos normativos foram substituídos por novos acórdãos, proferidos em sede de recurso de revista ampliada, cuja eficácia se circunscreve apenas aos tribunais inseridos na cadeia judiciária submetida ao Supremo Tribunal de Justiça. Com esta profunda reforma, estes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça deixaram de ter força obrigatória geral e, portanto, não são já actos jurisdicionais normativos em sentido próprio.

Não obstante, a importância de uma função que se mantém dirigida à suneração da contradição de julgados justifica, ainda, a publicação de tais decisões no *Diário da República*.

22.7. Que conclusões se podem tirar de tudo aquilo que foi ficando dito? Terá sido útil o caminho percorrido?

Em dois ou três traços, poderá ser retido o essencial.

Primeiro, os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional são actos jurisdicionais. Ou, dito de outro modo, são expressão do exercício da função jurisdicional do Estado. Não são leis, nem o órgão que os emite é um órgão legislativo ou se substitui aos órgãos legislativos.

Segundo, são actos jurisdicionais normativos, são genéricos e abstractos, podendo revestir-se, ou não, de relevância num determinado caso concreto.

Terceiro, como actos normativos, são, unanimemente, considerados criadores de Direito. Consideram-nos uma forma específica de criação de Direito aqueles autores para quem não há criação de Direito nos actos jurisdicionais concretos. Consideramo-los nós igualmente criadores de Direito, por maioria de razão, já que não reduzimos essa criação à mera produção de actos normativos, no sentido de actos de conteúdo genérico e abstracto.

22.8. De facto, mesmo quando julgam em concreto, os tribunais criam Direito. Ao interpretar ou integrar as lacunas da lei ou ao decifrar costumes, estão a valorar e a construir a solução. Ao estabelecerem a resposta para casos específicos, geram Direito objectivo e dão força às convicções jurídicas da colectividade.

23 - A função administrativa.

O acto de administração normativo e não normativo leva ao desenvolvimento da ideia do que possa ser, ou do que deva ser considerada a função administrativa do Estado não cabe, naturalmente, numa breve introdução.

Aqui importa, apenas, salientar alguns aspectos com maior interesse imediato. E importa fazê-lo de um modo tão esquemático quanto possível.

Ora vejamos.

O que é que já se sabe? A definição geral, a caracterização fundamental. Ou seja, que a função administrativa é uma função subordinada ou secundária, que se encontra sujeita ao poder constituinte, ao poder de revisão constitucional, à função política e à função legislativa do Estado.

E o que falta saber?

- 1) Que a função administrativa se traduz na prática de actos jurídicos e na realização de operações materiais de produção de bens ou de prestação de serviços, uns e outros destinados a satisfazer necessidades colectivas que, por prévia opção da lei, são de satisfação colectiva.
- 2) Que só os primeiros, ou seja, os actos produtores de efeitos de Direito, recebem o qualificativo de actos de administração.
- 3) Que estes actos de administração podem ser meramente internos ou revestirem-se de repercussão externa, conforme apenas respeitem à vida interna da Administração Pública ou se projectem nas relações entre esta e os cidadãos ou seus agrupamentos.
- 4) Que a função administrativa, ao contrário das demais, se encontra cometida a uma pesada estrutura orgânica.
- 5) Que essa estrutura é a Administração Pública e se **desdobra** não só por vários órgãos ou agentes, como sobretudo por diferentes entidades públicas, cada uma delas englobando múltiplos órgãos (e ainda por algumas entidades privadas ditas instituições particulares de interesse público).

23.2. Uma vez aqui, múltiplos desenvolvimentos seriam possíveis. Múltiplos seriam interessantes. Múltiplos seriam importantes.

Poder-se-ia, por exemplo, pensar na distinção entre actos de administração de gestão pública e actos de administração de gestão privada, conforme se lhes aplica um Direito concebido à medida do favorecimento da Administração Pública - o Direito Administrativo -, ou o Direito que regula as relações entre particulares, o Direito Privado.

Poder-se-ia também, e sistematicamente, traçar a fronteira entre actos unilaterais e actos bilaterais, conforme a sua perfeição dependa só da vontade de um ente administrativo ou da sua conjugação com outra vontade de outro ente público ou de particular.

Poder-se-ia, ainda e de modo exaustivo, classificar as várias categorias de actos de administração e ensaiar uma tipologia própria.

Tudo isto seria possível. Mas nada disto parece recomendável.

Trata-se, aqui, de apresentar ao curioso um mundo novo, de despertar a sua atenção para um universo que até hoje, por uma razão ou por outra, lhe era distante. Trata-se apenas de uma breve introdução. De uma visita guiada que deve ser leve e descontraída.

Os mais insaciáveis e estudiosos sempre terão uma imensa bibliografia específica que, com muito maior proveito, poderão ir explorando.

Para já, não se assuste o leitor incauto. Dê-se-lhe apenas uma perspectiva que se saiba introdutória, que tente ser tão geral e abrangente quanto possível.

23.3. São quatro as categorias gerais dos actos de administração.

A saber, os regulamentos administrativos, os actos administrativos, os contratos administrativos e os actos de administração de gestão privada.

Vejamos o que cada uma encerra.

O que são os regulamentos administrativos? São actos de gestão Pública, ou seja, são actos de autoridade. São actos unilaterais. São actos normativos, isto é, genéricos e abstractos. São actos subordinados à Constituição, aos actos políticos e às leis.

E o que são os actos administrativos? São também actos de gestão pública. São também unilaterais, mas não são normativos, antes visam produzir efeitos para uma situação específica num caso concreto. Estão subordinados à Constituição, aos actos políticos, às leis e devem, ainda, ser conformes aos regulamentos administrativos e, eventualmente, a contratos administrativos.

E os contratos administrativos? São, igualmente, actos de gestão pública. Mas são actos bilaterais, exigindo mais de uma vontade para serem perfeitos. Em princípio, aplica-se-lhes o que fica dito para os actos administrativos: além de deverem respeitar a Constituição, os actos políticos e as leis, têm de se ajustar aos regulamentos administrativos. Podem condicionar os actos administrativos.

E quanto aos actos de administração de gestão privada? Pois bem, aqui várias combinações são possíveis. Podem ser unilaterais ou bilaterais (portanto, contratos). Normativos ou não normativos.

23.4. Decisivos são, com certeza, para o principiante, os regulamentos administrativos. Só estes são, sempre, actos normativos. Vejamo-los, então.

Existem vários tipos. Os regulamentos administrativos do Governo, ou de membros do Governo. Os outros regulamentos administrativos do Estado - como os aprovados por um Director-Geral de um Ministério. Os regulamentos administrativos dos institutos públicos - por exemplo aprovados por uma empresa pública para aplicação aos seus utentes.

Os regulamentos administrativos das associações públicas - como os da Ordem dos

Advogados ou da Ordem dos Médicos. Os regulamentos administrativos das autarquias locais - por exemplo, os aprovados por uma Assembleia Municipal ou por uma Assembleia de Freguesia.

Fundamentais são, naturalmente, os regulamentos governamentais. Aqui ou ali, por esta ou por aquela razão, já toda a gente ouviu falar deles. São as portarias, os despachos normativos, as resoluções do Conselho de Ministros, entre outros. Fixemos um por um.

1) O decreto regulamentar. É um regulamento da competência do Governo, como um todo. E é o mais solene dos regulamentos governativos. Está sujeito a promulgação do Presidente da República e a referenda do Governo (Artigos 134.º, alínea b), 140.O, n.º 1, e 197.º, n.º 1, alínea a), da Constituição) e deve ser publicado no *Diário da República* (Artigo 119.O, n.o 1, alínea h), da Constituição).

2) A resolução do Conselho de Ministros. Apesar de não estar previsto na Constituição, tem, por vezes, natureza regulamentar. Não carece de intervenção presidencial, mas deve ser publicada no *Diário da República* (Artigo 119.º, n.º 1, alínea h), da Constituição).

3) A portaria. É um regulamento administrativo do Governo não previsto na Constituição. É, necessariamente, fundada em certa lei e é publicada no *Diário da República* (Artigo 119.º, n.º 1, alínea h), da Constituição). Não é nunca sujeita a intervenção presidencial. Ao contrário do decreto regulamentar e da resolução do Conselho de Ministros, raramente é aprovada em Conselho de Ministros e provém de um ou mais membros do Governo, embora em nome deste.

4) O despacho normativo. É um regulamento administrativo subscrito por um ou mais Ministros ou Secretários de Estado, com base em certa lei e publicável no *Diário da República* (Artigo 119.º, n.º 1. alínea h). da Constituição). Não respeita ao Governo como um todo, mas apenas a algum ou alguns dos seus ministérios ou departamentos.

23.5. Uma vez aqui, cumpre mencionar uma classificação fundamental. Aquela que distingue os regulamentos independentes dos regulamentos dependentes ou subordinados.

E por que é que é importante distinguir? Porque a Constituição impõe determinadas exigências que variam, exactamente, em função do carácter dependente ou independente do regulamento.

Ora vejamos.

Os regulamentos autónomos (que alguns autores também chamam independentes) são aqueles que executam a Constituição e as leis em geral e não especificamente uma certa

lei. Os regulamentos de execução ou complementares, pelo contrário, são aqueles que estão directa e imediatamente ligados a uma determinada lei que visam executar.

E desta diferença essencial decorrem algumas limitações. A Constituição é muito clara.

1) Limita os regulamentos autónomos, quando impõe que indiquem expressamente as leis que conferem poderes ao órgão autor desses regulamentos para a sua feitura (Artigo 112.º, n.º 8, da Constituição). E quando manda que, em caso de provirem do Governo, revistam sempre a forma de decreto regulamentar (Artigo 112.º, n.º 7, da Constituição).

2) Limita os regulamentos de execução ou complementares, quando obriga a que indiquem expressamente a lei ou as leis que visam regulamentar (Artigo 112.º, n.º 8, da Constituição). E quando, sendo da autoria do Governo, impõe que revistam a forma de decreto regulamentar apenas se isso decorrer de determinação da lei que regulamentam (Artigo 112.º, n.º 7, da Constituição).

23.6. Está tudo dito acerca dos actos de administração? Certamente que não. Muito, muito mais haveria para dizer. Avançámos somente algumas ideias básicas. Deixámos a semente que permitisse, ao mais curioso, novas interrogações.

Mas algo impõe que se diga, ainda, uma última palavra. Curiosamente, não acerca de actos providos da Administração Pública. Antes, de outros actos que muitas vezes lhes são equiparados.

Quais são? Os actos de órgãos que não exercem a função administrativa (como o Presidente da República, a Assembleia da República, os tribunais), mas que precisam de definir as suas próprias regras de funcionamento e de criar e gerir serviços burocráticos de apoio.

Ora bem, estes actos não são actos da Administração Pública. Não resultam do seu exercício da função administrativa.

Contudo, há uma certa proximidade material entre eles. Não há como negar. Nem há por que negar.

Por isso, uma questão parece ter acuidade. Há algo que impeça ou desaconselhe a equiparação? Não nos parece.

Estes actos podem ser tratados, em certas facetas, de forma idêntica. Em determinados aspectos, não se vê razão para que a lei distinga entre eles e os actos da Administração Pública propriamente ditos.

Dois exemplos.

- a) O Regimento da Assembleia da República, na parte referente aos serviços burocráticos de apoio.
- b) Os actos de gestão dos funcionários que apoiam a actividade do Presidente da República ou dos Tribunais.

A equiparação é perfeitamente defensável. Mais, em muitos casos, ela surge como a solução recomendável.

24 - O uso e o costume

24- 1. Até este momento, falámos no Direito gerado a partir do poder político do Estado. Direito estadual, naturalmente. E Direito escrito.

Mas o Direito será todo ele escrito? Certamente que não. Ao lado daquele Direito estadual escrito existe um Direito estadual não escrito, costumeiro ou consuetudinário. Um Direito que é fruto das pulsões diárias do grupo e da sociedade, sem necessidade de intervenção do poder político do Estado.

Com efeito, e apesar da relutância de certo Positivismo extremo, não é negável a possibilidade de o Estado-colectividade ver nascer regras de Direito que, na sua gênese, nada têm a ver com o poder político instituído. Elas resultam da própria dinâmica da sociedade civil. Brotam de um jogo de vida entre forças que procuram soluções para um projecto de construção colectiva em permanente revisão.

Assim é com o costume. Assim é com as regras costumeiras.

E é decisivo que assim seja. Porquê? Porque é por isso mesmo que, uma vez preenchidos os seus essenciais elementos definidores, o comando consuetudinário pode ser imediatamente válido e eficaz. E é também por isso que validade e eficácia podem coincidir lógica e cronologicamente.

Ora vamos tentar perceber.

24.2. O primeiro passo não pode deixar de ser o da própria definição do costume. O que é o costume? É possível defini-lo? Como o caracterizar?

Pois bem, o costume supõe dois elementos essenciais. O uso, ou uma prática social reiterada - *o usus*. E a convicção da obrigatoriedade da conduta que é objecto de repetição ao longo do tempo a *opiniojuris vel necessitatis*.

Dois elementos, portanto. E sempre os dois.

O mero uso, só por si, não é suficiente para definir o costume. Pode existir uso sem que esse uso se juridifique e crie Direito.

Explicando melhor. O Direito é uma ordem imperativa, o que significa que toda a juridificação passa pelo sentido do cumprimento do dever. Mas mais. O Direito é uma ordem dotada de coercibilidade, o que implica que não se pode deixar de supor que a consciência da sanção decorrente do não acatamento da regra nasce da convicção da obrigatoriedade de certa conduta.

24.3. Ao longo dos tempos, e num cenário de óbvia desconfiança relativamente a uma fonte de Direito de difícil controlo, os autores foram reunindo uma verdadeira panóplia de requisitos e exigências do costume.

Na impossibilidade de um levantamento exaustivo, retenham-se quatro propostas.

- 1) O costume tem de ser racional.
- 2) O costume tem de ser reconhecido pelo poder político do Estado.
- 3) O costume tem de ser efectivamente imposto pelos órgãos do poder político do Estado.
- 4) O costume tem de ser espontâneo.

Será assim? Devem considerar-se quatro novos elementos essenciais do costume?

Certamente que não. O costume supõe apenas dois elementos. O uso e a convicção da respectiva obrigatoriedade. Nada para além disso.

De resto, estes pretensos requisitos são de uma consistência duvidosa.

O que será um costume racional? Ou, resolvida a questão, por que não hão-de existir costumes irracionais?

Por que se pretenderá negar a reconhecida autonomia do costume?

Por que se pretenderá ligar costume e coacção, sabendo-se que a juridicidade passa diferentemente, e apenas, por uma ideia de coercibilidade?

Por que se desentranha a referência a uma espontaneidade que tão intimamente se revê numa noção de costume como uso imperativo?

Pois bem, tudo questões sem resposta. Ou de resposta inconclusiva.

Contudo, é indispensável a sua ponderação. Através dela se reforça uma definição que se supõe mais adequada. Uma definição estritamente bipolar.

24.4. Ora, uma vez delimitado o conceito, é possível avançar. E ponto importante pode ser, nomeadamente, o de saber como é que o costume se relaciona com a lei. Vejamos, então, a questão.

Dois pressupostos são essenciais. E, nesta fase, já devem ser óbvios:

- 1) a relevância do costume não depende do reconhecimento da lei;
- 2) a relevância do costume não depende de uma efectiva aplicação coactiva.

Por outras palavras, o costume é uma forma autónoma de criação do Direito que não carece de beneplácito ou consagração legal e que subsiste independentemente de os Tribunais e a Administração Pública serem chamados a aplicá-lo, sancionando os seus infractores.

O costume é uma fonte de Direito que se situa ao lado da lei. Uma fonte autónoma ao lado de outra fonte de criação autónoma.

Por isso, o costume pode acompanhar a lei, ir para além da lei ou opor-se à lei.

No primeiro caso, fala-se em costume *secundum legem*, isto é, o costume com o mesmo conteúdo que a lei. O que se passa, portanto, é que a conduta devida é adoptada não em função da lei que a impõe, mas do costume de conteúdo idêntico a essa lei, havendo a convicção da obrigatoriedade do cumprimento desse costume.

No segundo caso, fala-se em costume *praeter legem*, ou costume que regula matéria não prevista pela lei.

No terceiro caso, fala-se de costume *contra legem*, ou costume de conteúdo oposto ao de lei anterior.

Naturalmente que os mais frequentes são os casos de costume *contra e praeter legem*. As situações de costume *secundum legem* são raras - caracterizam os sistemas dualistas no seio dos quais coexistem, em zonas bem diferenciadas da sociedade, Direito legislado e Direito consuetudinário.

Mas, em qualquer dos casos, o essencial mantém-se. Quer o costume se identifique com

a lei, quer a ultrapasse, quer a contrarie, o certo é que a sua relevância jurídica em nada depende do facto de ser acolhido, consagrado ou, sequer, tolerado pela lei.

24.5. Ora, se tudo isto é verdade, nem por isso deixa de valer a pena reflectir sobre a forma como o costume é encarado pela lei em Portugal.

E o que diz, então, a nossa lei?

1) Relativamente ao costume *secundum legem* não diz nada. Ignora-o. O que quer, naturalmente, dizer que não o considera relevante.

2) Quanto ao *costume praeter legem*, a mesma coisa. Ignora-o. Se o leitor tem dúvidas pense no já conhecido sistema de integração de lacunas contido no Código Civil - lembra-se de alguma referência? Claro que não. Não existe nenhuma.

3) Em relação ao costume *contra legem*, não lhe reconhece, também, qualquer valor jurídico. Não admite a possibilidade de a lei cessar a sua vigência por força de um costume que lhe é contrário.

O texto do Artigo 7.º do Código Civil é, portanto, exemplar. O leitor já o conhece e não hesitará em concordar.

Ou seja, a lei não reconhece relevância ao costume. Porquê? Certamente porque, perante o tendencial monopólio legislativo nas ordens jurídicas contemporâneas, o incentivo legal da relevância do costume equivaleria a sapor os alicerces da vocação globalizante da própria lei.

É a relevância do costume, arvorada em grande princípio do sistema, que ameaça a lei. É isso que a lei recusa. E é precisamente por isso que, depois, tem o realismo de reconhecer que, não obstante não existir um acolhimento genérico, o costume pode existir e vigorar em domínios circunscritos.

Deste modo se explica que a lei, em casos muito pontuais, refira a relevância do costume - por exemplo em certas zonas do Direito Administrativo. E deste modo se explica, fundamentalmente, o Artigo 348.º do Código Civil. De facto, quando aí se impõe a quem invoque em tribunal Direito consuetudinário, local ou estrangeiro, que prove a sua existência - ou seja, para o costume, a verificação dos seus dois elementos essenciais -, está-se a reconhecer, ainda que em termos de uma eventualidade marginal, a existência e a validade do Direito consuetudinário.

24.6. Pois bem, uma vez aqui, o que dizer da importância efectiva do costume como forma ou modo de criação do Direito na actualidade?

Não há como negar a sua importância, ainda hoje, no Direito Internacional ou no Direito

Público do Estado. Não há mesmo como negar a sua subsistência, embora em níveis de menor relevância, no Direito Privado do Estado e no Direito infra-estadual.

Será desejável que assim continue?

Ora bem, vejamos o problema numa perspectiva inversa. Será possível ou legítimo negar a existência ou a validade do costume? Será curial invocar a certeza, a estabilidade e a necessidade de introduzir modificações sociais para alicerçar a excelência da lei?

O leitor certamente pensará que não. E pensará bem.

Contudo, isso não equivale a concluir pela desejabilidade do costume. Porquê? Porque não se afigura sensato advogar a desejabilidade de algo que não se compadece com determinado tipo de juízos. Não interessa saber se o costume é desejável ou indesejável. Interessa, isso sim, é saber se há, ou não, condições propícias para o seu florescimento. E é precisamente aqui que reside a dificuldade. Apurar essas condições, analisá-las, é uma questão muito complexa que, em face da inexistência de regras universais, comuns a todas as colectividades, passa por um estudo muito atento e centrado de um universo previamente identificado e demarcado.

É este o desafio que o Direito consuetudinário, efectivamente, coloca. Saber se existem, ou não, condições favoráveis ao seu desenvolvimento. Este desafio conhece respostas diferentes de Direito para Direito, em função de razões históricas e sociais. Mais adiante falaremos dessas diferenças de famílias de sistemas jurídicos, que explicam a diversa importância do costume.

24.7. Diferente do costume é o mero uso. Ou seja, a prática reiterada a que falta a convicção da respectiva obrigatoriedade.

Por isso, por lhe faltar uma juridicidade própria, o uso não consubstancia um modo autónomo de criação do Direito. Só vale na medida em que a lei o acolher e na exacta medida desse acolhimento.

O Artigo 3.º do Código Civil só o esclarece. Aí se diz que os usos são juridicamente atendíveis sempre que, em concreto, uma disposição legislativa o determinar. Reconhece-se a falta de uma Juridicidade própria. Ao uso falta o sentido do cumprimento do dever.

E bem assim quanto ao desuso. Este representa uma modalidade de uso negativo de conteúdo contrário ao de lei anterior. Trata-se, portanto, de uma prática que reiteradamente vem contrariando a lei, mas a que falta a convicção da obrigatoriedade de contrariar o comando legal em causa. Distingue-se, por isso, muito claramente, do costume *contra legem*. Neste, a oposição continuada à lei é função do sentimento da obrigatoriedade dessa mesma oposição. Exemplo importante é o da subsistência da

colônia, um regime específico de exploração da terra, na Madeira, para além da interdição do Código Civil de 1966.

Tudo dito, fica a questão essencial. Como é que a lei olha os usos? receptiva? É tolerante? Pois bem, tendencialmente é aberta e compreensiva. Mas depois é escassa a concretização desse interesse. É bem elucidativo o diminuto número de disposições de Direito privado em que se apela aos usos (por exemplo, o Artigo 885. . n.º 2_ do Código Civil). faça qualquer referência em matérias em que, aparentemente, se poderia prever amplamente o seu papel, como o poderiam ser a interpretação e a integração de lacunas de actos dos particulares em que a vontade tem um relevo acrescido.

25 - A doutrina

25.1. O que é a doutrina?

É a formulação de opiniões dos juristas acerca de uma questão de Direito.

E os juristas são juristas qualificados que se pronunciam sobre tais questões. Hoje são, em regra, docentes de Direito nas Universidades.

A opinião doutrinária respeita sempre a uma questão de Direito ou à relação entre ela e uma questão de facto, e nunca à mera questão de facto. Mas a abordagem pode variar. A questão de Direito pode ser equacionada em abstracto, independentemente de qualquer solicitação a propósito de um caso específico (por exemplo, nuni *Manual*, em lições universitárias, numa tese de doutoramento). ou, em concreto, quando a análise é motivada por uma dúvida relativa à interpretação, integração ou aplicação de certa ou certas regras de Direito a um caso particular (o exemplo paradigmático é o parecer).

Ora, as opiniões que integram a doutrina podem ser vistas isoladamente, cada uma por si, ou de modo global, extraindo do conjunto de posições sobre a mesma questão de Direito orientações comuns

25.2. Qual a relevância da doutrina?

Tem variado ao longo da História. Tempos houve os *jus publica* em que a opinião de um doutor criava Direito (por exemplo, *respondendi* dos juristas romanos). Ou em que a convergência das opiniões de vários autores servia para resolver dúvidas jurídicas, na ausência ou insuficiência da lei (por exemplo, a *comemunis opinio doetorum* na vigência das Ordenações Manuelinas m Portugal).

Hoje, a doutrina não é reconhecida pela lei como uma forma de criação directa e imediata do Direito.

Significará isto que todo o labor científico dos juristas contemporâneos não Passa de trabalho vão? Que o Direito prossegue indiferente aos progressos de alguns dos seus melhores técnicos? Que a ordem jurídica não reage à atenção continuada de muitos dos seus mais dedicados estudiosos?

Certamente que não. A doutrina desempenha um papel essencial no mundo jurídico. A sua influência sobre a feitura das leis ou a orientação da jurisprudência é indiscutível e, nalguns casos, determinante. Frequentemente problematiza e conceptualiza figuras ou institutos jurídicos, antes mesmo de eles terem acolhimento legal. Frequentemente dá contornos específicos à interpretação da lei que se revelam decisivos na hora da aplicação.

Em situações bem determinadas, o peso relativo da doutrina acentua-se e ela converte-se num factor crucial da elaboração jurídica. Entre nós, é possível encontrar exemplos não muito distantes no tempo. Tomemos alguns dos muitos que poderiam ser citados:

- 1) Os ensinamentos do Professor Manuel de Andrade, que influenciaram a feitura do Código Civil.
- 2) As anotações dos Professores Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela a esse Código, que conformaram a sua aplicação decisivamente, sobretudo nos anos 60 e 70.
- 3) Os projectos, lições, escritos e críticas de jurisprudência do Professor Marcello Caetano, que presidiram ao Direito Administrativo português praticamente até ao presente, mesmo na vigência da Constituição de 1976.
- 4) A influência do Professor Diogo Freitas do Amaral no Código do Procedimento Administrativo.

25.3. Em síntese, a doutrina não merece a consideração constitucional criação autónoma e primário do Direito. No ou legal de modo de entanto, nem por isso se pode deixar de reconhecer que ela desempenha um papel determinante através dos seus reflexos nas funções legislativa, jurisdicional e administrativa do Estado.

Períodos de menor ebulição ou criação doutrinária são amiúde fases de estagnação ou de glosa legislativa e de repetição ou apatia jurisdicional e administrativa. O diálogo constante entre a doutrina e a legislação, a jurisprudência e a actuação administrativa é sempre factor de evolução jurídica.

O peso relativo da doutrina e dos seus cultores varia. Fundamentalmente em função de três dados.

A produção, a interferência mais ou menos próxima na criação do Direito e a bondade

ou valia intrínseca das próprias construções.

26 - O Direito supra-estadual e o Direito infra-estadual

26. 1. Num capítulo dedicado ao estudo do Direito estadual, há, apesar de tudo, que ponderar questões que só marginalmente se lhe referem - É o caso do Direito supra-estadual e do Direito infra-estadual.

Já sabemos que o Direito existe para além de uma esfera estritamente estadual. E importa agora perceber quais as implicações de uma tal situação.

O cidadão A, do Estado X, não vê a sua vida pautada exclusivamente pelas regras jurídicas emanadas dos órgãos do poder político estadual. Aqui e ali, os seus passos desenham-se em função do que lhe permitem as ordens jurídicas não estaduais.

Vejamos como.

26.2. A Primeira realidade a considerar é, naturalmente, o Direito Internacional.

Chama-se-lhe, também, Direito Internacional Público, para se distinguir do Direito Internacional Privado, que é, como já se disse, em princípio, Direito interno.

Mas o que é, afinal?

Pois bem, o Direito Internacional, ou Direito Internacional Público, e o conjunto de regras de Direito criadas por um Processo internacional, bem como Os Princípios delas inferíveis. Ou seja, o conjunto de regras e princípios decorrentes de um processo que não é específico de um só Estado, mas resulta da convergência da vontade de diversos Estados ou da manifestação de vontade de outras entidades internacionais, como as organizações internacionais.

O Direito Internacional define-se, assim, pela sua forma de criação internacional e não pelo seu objecto, ou elenco das matérias que regula, nem pelos sujeitos seus destinatários.

Não basta dizer que o Direito Internacional é o Direito que regula matérias exclusiva ou predominantemente internacionais. E isto, desde 1090, Porque não existe um domínio específico que seja essencial ou primariamente internacional.

26.3. Nas últimas décadas assiste-se a uma evolução de tendência irreversível. O alargamento progressivo do conjunto das matérias reguladas pelo Direito Internacional. E a cada vez mais difícil recusa unilateral por certos Estados de aplicação desse Direito nas respectivas ordens jurídicas.

Algumas têm sido as razões apontadas.

Em primeiro lugar, fala-se na universalização dos fenómenos sociais, económicos, culturais e políticos, propiciada pelo desenvolvimento dos transportes, pelas mais recentes tecnologias da informação e, em especial, pelos avanços da informática. A interdependência entre sociedades e Estados exige a procura de modalidades de cooperação na produção jurídica que se revelem compreensivas dessas novas realidades.

Claro que esta universalização dos factores sociais também abrangeu aqueles que generalizam e amplificam os atentados aos direitos individuais, à soberania mínima dos Estados ou à sua estabilidade política interna. As agressões económicas, financeiras, ideológicas ou o terrorismo internacional constituem a outra face - a face anti-jurídica - da expansão e complexificação do Direito Internacional.

Em segundo lugar, refere-se que a afirmação dos interesses dos Estados, sobretudo dos mais poderosos, se tem traduzido, com cada vez menos frequência, na recusa eficaz do acatamento de regras de Direito Internacional sempre que a aplicação dessas regras é considerada intolerável para aqueles interesses.

O que quer dizer que, à medida que se amplia o domínio de incidência do Direito Internacional, se reduzem também os instrumentos de subtracção à sua efectividade.

Como consequência um outro fenómeno se amplifica, de modo imparável: fruto do desenvolvimento do Direito Internacional, ele passa a cobrir matérias que são também objecto de disciplina

Não é, pois, mais possível traçar uma linha divisória clara entre matérias reservadas aos Estados, porque são inerentes à sua soberania, e matérias do foro internacional.

Se, na expressão muito usada, cada um de nós é cidadão do universo, isso implica, de forma crescente, que aquilo que nos importa tanto possa ser regido pelo Direito estadual ou interno como pelo Direito Internacional.

Enfim, tudo razões que fundam a impossibilidade de definir o Direito Internacional com base no objecto das suas regras.

26.4. Mas também não é possível defini-lo de acordo com os sujeitos destinatários dessas regras.

Durante longo tempo sustentou-se que o Direito Internacional era o Direito regulador das relações entre Estados.

Depois alargou-se a definição ao Direito regulador das organizações internacionais e de outras entidades não estaduais, como sujeitos não territoriais (a Santa Sé e a Soberana Ordem de Malta), bem como dos próprios indivíduos.

Ou seja, chegou-se à conclusão de que qualquer entidade susceptível de ser titular de situações jurídicas, activas ou passivas, pode ser destinatária de regras de Direito Internacional.

O critério esvazia-se. Não serve, pois nada esclarece.

26.5. Fica, assim, a ideia de que o Direito Internacional é o conjunto de regras e de princípios jurídicos criados pelos processos de produção próprios da comunidade internacional e que, desse modo, transcende o âmbito estadual.

Ora bem, cabe agora pôr novas perguntas.

Desde logo, quais são, então, as formas de criação do Direito Internacional?

O actual panorama pode ser resumido nestes termos.

1) Primeira forma de criação é o costume internacional, que supõe um elemento material e outro psicológico, tal como o costume interno. Pode ser mais ou menos amplo e tem um papel de muito maior relevo do que o costume na ordem interna - cobre áreas mais vastas e prevalece sobre as outras formas de criação do Direito.

2) Segunda forma de criação do Direito Internacional é o acordo ou convenção internacional, que pode ser acordo em forma simplificada ou tratado solene, conforme o processo de celebração. Ao acordo simples basta a negociação e a assinatura. Ao tratado importa ainda a ratificação. Uns e outros podem ser bilaterais ou multilaterais, consoante os celebrantes sejam dois sujeitos internacionais, ou mais. No caso de serem multilaterais podem ser restritos ou gerais, conforme reúnam alguns ou a generalidade dos membros da comunidade internacional (por exemplo, todos os membros da ONU).

3) Terceira forma de criação do Direito Internacional é o acto jurídico unilateral, praticado por um só ente internacional;

4) Finalmente existe o acto das organizações internacionais, que pode ser decisão ou deliberação, conforme provenha de um órgão singular ou colectivo.

Destas formas de criação do Direito Internacional resultam regras ou princípios jurídicos. Estes são, de resto, fundamentais, pois são considerados válidos e aplicáveis fora do domínio em que as regras vigoram.

O núcleo fundamental ou crucial dos princípios internacionais é constituído pelos princípios gerais de direito comumente aceites pela comunidade internacional. Chama-se-lhe *jus cogens* e a sua importância é decisiva na regulação da vida internacional.

Uma nota complementar (e de actualidade) se impõe: no Direito Internacional conhecem, hoje, acrescida expressão os Tribunais Internacionais, quer os de funcionamento permanente (como o Tribunal de Haia, integrado na ONU), quer os Tribunais criados para o julgamento de violações ao Direito Internacional através de crimes que atinjam comunidades inteiras (Tribunal de Nuremberga, no fim da 2ª Guerra, ou Tribunal criado na sequência das guerras na ex-Jugoslávia).

A Jurisprudência internacional ganha, assim, crescente expressão, sobretudo na defesa dos direitos humanos ou das pessoas.

26.6. O Direito Internacional é recebido pelos diversos Direitos estaduais em termos que variam de Estado para Estado.

Mas, antes de avançarmos, impõe-se um breve ponto de ordem. E que não se deve confundir a existência e validade do Direito Internacional em si mesmas com a forma concreta como cada Direito estadual as acolhe ou recebe.

É antiga a discussão em tomo da existência e validade do Direito Internacional. No limite, ela pode ser resolvida pela sua pura e simples ignorância ou rejeição - é a chamada teoria monista de Direito interno. Mas, defendendo a relevância do Direito Internacional, há duas posições admissíveis. Uma monista, outra dualista.

A posição monista de Direito Internacional diz que o Direito Internacional é uma realidade autónoma, que se impõe aos componentes da comunidade internacional. E impõe-se de tal forma que, em caso de conflito entre o Direito Internacional e o Direito estadual, prevalece aquele. Ou seja, é ao Direito Internacional que cabe traçar os limites da competência do Direito estadual e é, por isso, interdito ao legislador nacional dispor contra ele.

Já a posição dualista defende que o Direito estadual vale independentemente do Direito Internacional e que, portanto, este só vale quando acolhido pelo Direito interno de cada Estado. É evidente a separação entre as duas ordens jurídicas.

Parece preferível a posição do monismo do Direito Internacional. Só através dela se conseguem fundar dois aspectos essenciais. A impossibilidade de cada Estado dispor internamente contra o Direito Internacional. E a aplicação deste na ordem interna, independentemente de um acto específico do Estado no sentido da sua recepção.

Mas nem tudo está resolvido. É todo o Direito Internacional que vale internamente? E a

sua validade é alheia ao conteúdo do Direito estadual? A forma como o Direito estadual recebe o Direito Internacional deve condicionar a relevância deste na ordem interna?

O monista radical responderia afirmativamente às duas primeiras questões e negativamente à terceira. O monista moderado diria não às duas primeiras e sim à última.

Ou seja, uma parte importante dos autores não prescinde da análise do Direito interno vigente, não prescinde da ponderação da solução concreta consagrada na ordem estadual.

Por isso se disse que o Direito Internacional, como Direito supra-estadual, tem sido condicionado na sua aplicação pelo próprio Direito estadual.

26.7. Ora, impõe-se agora olhar o regime previsto na Constituição portuguesa quanto ao Direito Internacional.

Vejamos como esse fundamental Artigo 8.º ordena as questões.

1) O costume geral ou comum, isto é, amplamente adoptado na comunidade internacional, bem como os princípios de Direito Internacional geral ou comum, e, portanto, *ojus cogens*, fazem parte integrante do Direito português (n.º 1).

2) O mesmo sucede com os acordos ou convenções internacionais, que valem, em Portugal, se foram regularmente celebrados, se foram publicados oficialmente e se o Estado português por eles se achar internacionalmente vinculado (ri.º 2).

3) Os actos das organizações internacionais de que Portugal faça parte podem vigorar directamente na ordem interna, independentemente de intervenção específica do poder político português no sentido da sua recepção, desde que tal se encontre explicitamente consagrado nos respectivos tratados constitutivos (n.º 3).

Em síntese, existe hoje em Portugal uma cláusula geral de recepção plena do costume geral, dos princípios de Direito Internacional geral ou comum - e, por conseguinte, do *jus cogens* -, dos acordos ou convenções e dos actos de certas organizações internacionais. Um monista radical dirá que tal sucede - e não poderia deixar de suceder - em homenagem à primazia do Direito Internacional. Um dualista ou um monista mitigado admitirá que tal resulta de uma livre opção dos constituintes de 1976.

26.8. Uma referência muito especial merece um Direito supra-estadual que é aplicável em Portugal, e com intensidade apreciável, desde a adesão às Comunidades Europeias, em 1 de Janeiro de 1986: o Direito Comunitário.

O que é o Direito Comunitário?

Já toda a gente ouviu falar dele. Diz-se bem e diz-se mal. No emprego, no café, em casa, na escola. Nos jornais, na rádio, na televisão. E, no entanto, muitas das pessoas que diariamente sentem a sua presença não conhecem o seu verdadeiro significado.

O Direito Comunitário reúne, em si, duas realidades diferentes. Por um lado, o conjunto das regras e dos princípios jurídicos reguladores das três Comunidades Europeias - Comunidade Económica Europeia (CEE), Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e Euratomo - que confluíram no que se chama desde há um tempo, depois de Maastricht, apenas a União Europeia (UE). Por outro lado, o conjunto das regras e dos princípios jurídicos gerados por processos de criação próprios dessas três Comunidades e agora da comunidade unificada.

Não há identificação rigorosa entre as duas realidades, já que à Comunidade se aplicam regras e princípios de Direito Internacional que não são por elas criados. É o caso dos costumes internacionais que, naturalmente, só no primeiro sentido são Direito Comunitário.

26.9. E como é criado o Direito Comunitário?

Há que distinguir. Uma coisa é o Direito originário, outra o Direito derivado.

No Direito originário inserem-se as regras que instituíram, modificaram e completaram as Comunidades. Desde logo, o Tratado de Paris, de 18 de Abril de 1951, criador da CECA, os Tratados de Roma, de 25 de Março de 1957, relativos à CEE e ao Euratomo, e o Acto único Europeu, de Fevereiro de 1986. Também o Tratado de Maastricht, de 7 de Fevereiro de 1992, uma vez ratificado por todos os Estados-membros, passou a valer como Direito Comunitário originário. Com assinatura mais recente, em 2 de Outubro de 1997, o Tratado de Amesterdão, uma vez ratificado, passou, também ele, a consubstanciar Direito Comunitário originário. E encontra-se já em curso nova revisão dos Tratados, através da Conferência Inter-governamental lançada em Fevereiro de 2000.

No Direito derivado integram-se vários actos das Comunidades cuja prática é prevista e regulada pelo Direito originário (assim, os Artigos 14.º do Tratado CECA, 189.º do Tratado CEE e 161.º do Tratado Euratomo).

E que actos são esses? Pois bem, há que considerar, fundamentalmente, três categorias de actos. Vejamo-las.

1) Temos, primeiro, o regulamento da CEE e do Euratomo e a decisão geral da CECA - são actos genéricos, abstractos, obrigatórios e directamente aplicáveis.

2) Temos, depois, a directiva - é um acto que se dirige, sobretudo, à harmonização dos Direitos dos Estados-membros, que lhes confere um maior grau de decisão do que o regulamento (em regra, é genérica, abstracta e obrigatória e pode ser directamente aplicável).

3) Temos, ainda, a decisão na CEE e no Euratomo e a decisão individual na CECA - são actos individuais, concretos e obrigatórios.

Para além destas três formas de criação jurídica, outras existem. É o caso dos acordos internacionais celebrados entre a Comunidade e terceiros e que vinculam os Estados-membros. E é o caso da jurisprudência, que assume, aqui, um relevo muitíssimo mais amplo do que no domínio genérico do Direito Internacional.

Ora bem, deste conjunto que é o Direito Comunitário resultam princípios gerais que se considera poder ser aplicados na ausência de regras específicas sobre as matérias em apreciação. Esta é uma verdade cada vez mais pacífica.

Muito mais controversa é já a aceitação de um costume comunitário não susceptível de recondução à jurisprudência constante ou a esses princípios gerais do Direito Comunitário. Mas essa é, naturalmente, uma discussão em que não podemos entrar.

26.10. Quando se pensa em Direito Comunitário, há uma questão que se impõe. De resto, ela adivinha-se decisiva.

Respeita, evidentemente, à sua eficácia. O Direito Comunitário é capaz de produzir efeitos jurídicos? Em que termos? Com que limites?

Neste ponto, o Direito Comunitário apresenta duas características essenciais. A aplicabilidade directa e o efeito directo.

A aplicabilidade directa consiste na incorporação automática nos Direitos dos Estados-membros das Comunidades. Ou seja, sem que haja necessidade de um acto dos respectivos poderes políticos que proceda à correspondente recepção e sem que haja a susceptibilidade de um tal acto se opor àquela incorporação.

Esta aplicabilidade directa, que decorre do primado do Direito Comunitário, respeita aos regulamentos, às decisões gerais, e às decisões individuais, que não tenham por destinatários os Estados-membros. Não abarcava inicialmente as directivas, mas assistese a uma tendência na jurisprudência comunitária (ou seja, nos tribunais comunitários) no sentido de aceitar o princípio em causa também para as directivas. Pelo menos sempre que sejam dotadas de efeito directo.

O efeito directo corresponde à possibilidade de invocar o Direito Comunitário perante os tribunais nacionais. E numa dupla vertente. Contra o poder político nacional - é o efeito directo vertical. Ou contra particulares - é o efeito directo horizontal.

Este efeito directo supõe determinadas exigências:

- a) que as regras de Direito Comunitário dele dotadas sejam obrigatórias, inequívocas e precisas;
- b) que não exijam medidas de execução por parte dos órgãos comunitários ou dos Estados-membros;
- c) que não lhes deixem qualquer margem de escolha na sua execução.

Só possuem efeito directo as disposições dos Tratados das Comunidades, os regulamentos, as directivas e as decisões dirigidas aos Estados-membros. Até muito recentemente, com uma diferença abissal. É que as regras de Direito Comunitário originário podiam ter efeito directo vertical e horizontal, enquanto que as regras de Direito Comunitário derivado só podiam ter efeito directo vertical, o que tende a alterar-se.

26.11. E quanto às relações entre o Direito Comunitário e o Direito Português⁹

O Direito Comunitário vigora na ordem jurídica portuguesa. Que o mesmo é dizer que o Direito Português lhe reconhece a existência, a validade e a eficácia. E reconhece-o, dizendo que o Direito originário vale na ordem interna nos termos gerais do n.º 2 do Artigo 8.º da Constituição. Para alguns autores, o ri.º 3 do mesmo Preceito, por seu turno, reconheceria a aplicabilidade directa em Portugal do Direito comunitário derivado.

Quanto a saber se a fórmula deste n.º 3 cobre o efeito directo das directivas e das decisões dirigidas aos Estados-membros, ou se somente abarca o efeito directo dos regulamentos, inclinamo-nos para a solução mais generosa.

Noutros termos, propendemos a considerar que o citado n.º 3 do Artigo 8.º da nossa Constituição abrange quer os regulamentos, quer as directivas, quer ainda as decisões dirigidas aos Estados, no tocante ao seu efeito directo, vertical e horizontal.

26.12. Embora com os limites de desenvolvimento próprios de uma introdução, importa dizer algo mais sobre o Direito Comunitário, tão relevante é o seu papel no ordenamento jurídico português.

Cumprindo, assim, sumariamente referir a estrutura orgânica comunitária, criadora do

Direito a que nos reportamos, os princípios fundamentais do Direito Comunitário e, por fim, a natureza jurídica da União Europeia como um todo. Dessa entidade supranacional, que integra a Alemanha, a Áustria, a Bélgica, a Dinamarca, a Espanha, a Finlândia, a França, a Grécia, a Holanda, a Irlanda, a Itália, o Luxemburgo, Portugal, o Reino Unido e a Suécia.

Em termos orgânicos, a União Europeia compreende uma instância constituída por representantes dos Estados (o Conselho de Ministros ou Conselho, e, uma a duas vezes por Presidência semestral, o Conselho Europeu, neste tendo assento os primeiros-ministros dos catorze e o presidente da República francesa, que conduzem a política externa nos respectivos países); outra, independente deles (a Comissão, com 17 membros, entre 1 e 2 por Estado, mas independentes deste após a designação); terceira, em teoria mais directamente ligada aos cidadãos (o Parlamento Europeu, cujos 518 titulares são eleitos quinquenalmente pelos povos dos Estados da União); quarta, assegurando a garantia do Direito Comunitário (os tribunais comunitários, um, o Tribunal de Justiça, o outro, o Tribunal de 1.ª instância).

Destes órgãos, o mais poderoso é o Conselho Europeu (e o Conselho, sempre que aquele não reúne), com amplas competências legislativas e políticas, e no qual se esboça, com o Tratado de Maastricht timidamente reforçado pelo Tratado de Amesterdão, uma tendência para o alargamento da mera exigência da maioria para haver uma deliberação válida, associada à diferente ponderação de votos. De facto, após a era da unanimidade nas votações - que correspondia ao reconhecimento de direito de veto de qualquer membro, - tende a afirmar-se o carácter desigual dos votos em Conselho, divergindo o número de votos de Estado-membro para Estado-membro, em claro prejuízo dos países de menor dimensão e influência político-económica. Esta tendência inigualitária resulta da substituição - embora através de passos ainda tímidos da regra da unanimidade pela da maioria qualificada. Em qualquer caso, para já, importa estar atento ao que o futuro diga sobre o alcance aberto à cláusula de salvaguarda que, perante tais regras, permitirá a cada Estado-membro evocar o seu *interesse vital* para se opor a uma acção comum da União.

O segundo órgão que tem vindo a reforçar as suas competências é a Comissão, e, dentro dela, o Presidente, ouvido sobre a escolha dos demais comissários. A Comissão detém poderes de iniciativa legislativa e políticos e chefia a máquina administrativa da Comunidade, cada vez mais pesada e interveniente.

Os Tratados de Maastricht e de Amesterdão, embora de modo discreto, adensam este caminho.

Os tribunais comunitários também recebem mais poderes com os novos tratados. Em síntese, eles controlam o respeito do Direito Comunitário, quer pelos órgãos da Comunidade, quer pelos Direitos dos Estados-membros. Isto, embora qualquer tribunal

nacional possa e deva funcionar como Tribunal comunitário, fazendo prevalecer o Direito Comunitário sobre o Direito interno não constitucional (e recorrendo ao Tribunal de Justiça em caso de dúvida sobre a interpretação ou a validade do Direito Comunitário aplicável, só o aplicando depois de aquele tribunal ter dilucidado essa questão pré-judicial).

O órgão ainda hoje mais sacrificado é o Parlamento Europeu, com poderes de controlo político e financeiro, mas sem efectiva competência legislativa. Daí o falar-se num *défice democrático a nível europeu*, pois o Parlamento é o único órgão comunitário de base electiva directa. O Tratado de Maastricht remeteu para momento ulterior a equação do papel do Parlamento Europeu, mas não foi ainda em Amesterdão que o Parlamento conseguiu um estatuto de efectiva proeminência na orgânica da União.

26.13. Os princípios fundamentais de Direito Comunitário respeitam, em geral, ou à própria natureza deste ou a certo número de valores considerados essenciais para a construção da União Aduaneira do Mercado Comum, do Sistema Monetário Europeu, do Mercado único, da União Monetária e da própria União Política.

Nos primeiros princípios avultam os do primado sobre o Direito não constitucional interno, da aplicação directa e do efeito directo.

Nos segundos se incluem, nomeadamente, o da igualdade de tratamento entre nacionais dos Estados-membros, da concorrência, da livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais, do livre estabelecimento, da convergência monetária, do controlo dos défices orçamentais, da cidadania europeia e da política externa comum.

Uma derradeira palavra cumpre aditar para esclarecer que a União Europeia representa uma modalidade de organização internacional supra-nacional.

Assim, afasta-se das clássicas organizações internacionais inter-governamentais, nas quais toda a orgânica decisória é dominada pelos Estados-membros e prevalece o princípio da igualdade entre Estados, não só porque a maior parte dos órgãos comunitários não é constituída por representantes dos Estados e tende a acentuar-se a desigualdade entre os Estados-membros, mas também porque diversos princípios, regras e actos comunitários se aplicam ou produzem efeitos directos nas ordens jurídicas internas dos Estados-membros sem necessidade da sua intervenção específica.

Apesar da unidade monetária alcançada em 1999 e da maior integração política (abrangendo da política de segurança à política externa e podendo desenvolver, porventura, mais tarde, a política de defesa), neste momento a União Europeia não é um novo Estado, um Estado composto ou complexo, uma Federação. No entanto, o seu supra-nacionalismo tem-se reforçado nos últimos anos, criando a necessidade de revisões das Constituições dos Estados-membros, como aconteceu recentemente com a

nossa própria Constituição, objecto de revisão extraordinária em 1992. Paralelamente, tem sido visível a transferência de competências de órgãos nacionais, sobretudo dos Parlamentos, para os órgãos comunitários, o que tem explicado quer o chamado défice democrático interno (por dificuldade de os Parlamentos nacionais controlarem a actuação dos Governos no plano europeu), quer reacções de insatisfação das opiniões públicas dos Estados-membros perante excessos da burocracia europeia ou a sensação da falta de meios de participação e fiscalização dos cidadãos no processo de integração em curso.

Também neste plano é visível uma orientação, dificilmente reversível, no sentido de reconhecer efeito directo horizontal ao Direito comunitário derivado.

26.14. Além do Direito estadual e do Direito supra-estadual, existe também o Direito infra-estadual. Temo-lo repetido. Nada de novo, Portanto.

Mas o que é, verdadeiramente, esse Direito infra-estadual?

E o Direito gerado por realidades socio-políticas integradas no Estado-colectividade e que, como i à se viu, e em princípio, só releva na medida em que é acolhido, aceite ou tolerado pelo Direito estadual. Ora, em regra, isso só acontece em zonas marginais da regulação da vida social.

A verdade é que a evolução recente da criação do Direito acabou por limitar ou condicionar a autonomia e a amplitude do Direito infra-estadual, também dito *Direito dos organismos intermédios*.

O Estado chamou a si um tendencial monopólio da coercibilidade, subalternizando ou limitando quer aquela autonomia, quer a dimensão quantitativa, quer a importância qualitativa das regras de Direito infra-estadual.

E, desse modo, o Direito regional ou local foi recoberto em larga medida pelo Direito estadual ou passou a dever a sua existência ou validade a títulos de Direito estadual.

O Direito de outros entes sociais menores ou intermédios - como sindicatos, organizações patronais, associações culturais ou recreativas, ordens profissionais - foi estatizado. Nuns casos sob a alçada do Direito estadual privado, isto é, o Direito concebido para reger relações entre particulares. Noutros casos, sujeito a uma administrativização, com a integração desses entes na Administração Pública e a sua subordinação ao Direito estadual administrativo.

27 - A comparação entre as diversas formas de criação do Direito e o conceito de fontes do Direito

27. 1. Vimos, com algum pormenor, as diversas formas de génese do Direito estadual.

Vimos, depois, incidentalmente, alguns aspectos relativos ao Direito Internacional e ao Direito infra-estadual.

Percorremos as múltiplas formas de criação do Direito. Sabemos o que são. E procurámos perceber o que são. É agora possível dar mais um passo. Vamos compará-las.

27.2. A primeira ideia a reter é a de que existem formas intencionais formas não intencionais de criar Direito.

Um acto legislativo é uma forma intencional ou deliberada de criação de Direito. Mas já um costume pode nascer, e nasce muitas vezes, independentemente de um desiderato específico de criar uma regra jurídica.

27.3. Ora, é possível ir além disto. E é importante.

É que, dentro das formas intencionais de criação do Direito, deve estabelecer-se uma outra diferenciação. Entre a verdadeira criação do Direito e a sua mera aplicação.

A questão é, pode dizer-se, decisiva. Há que dedicar-lhe uma atenção especial.

Classicamente, entendia-se que por criação do Direito se devia entender a criação de regras jurídicas abstractas e gerais. E, nessa linha, se defendia que fontes de Direito eram, apenas, as leis constitucionais, as leis ordinárias, os regulamentos administrativos e os actos jurisdicionais normativos.

Ou seja, os actos políticos *stricto sensu*, os actos jurisdicionais comuns e os actos de administração não regulamentares não representariam uma forma de criação de Direito. Pelo contrário, eram manifestações de aplicação do Direito, revestindo-se de conteúdo concreto e correspondendo à execução das regras criadas pela lei constitucional, pela lei ordinária, pelo regulamento ou pelos acórdãos normativos.

Ora bem, esta orientação de inspiração positivista normativa, como melhor se verá no capítulo final desta introdução, é ainda largamente partilhada.

Não obstante, é passível de críticas várias. E algumas delas não podem deixar de obrigar a uma revisão de opiniões.

1) A distinção assenta numa premissa falsa. É que, se nem sempre se verifica a generalidade e abstracção das regras criadas por via legislativa e regulamentar, a verdade é, também, que nem sempre os actos ditos de mera aplicação revestem conteúdo concreto e individual. De facto, hoje, enquanto a lei é cada vez menos geradora de regras genéricas e abstractas, o acto político *stricto sensu* pode ser genérico e abstracto.

2) A evolução jurídica recente tem-se processado no sentido de ampliar, alargar, substancializar o exercício das funções subordinadas do Estado, vendo-se aqui não só aplicação mas também criação do Direito. Naturalmente que o espaço criativo se reduz à medida que o processo avança - é maior na feitura da Constituição do que na sua revisão, nesta do que na elaboração de uma lei ordinária, nesta do que na produção de um regulamento administrativo e nesta do que na prática de um acto administrativo ou jurisdicional. Mas isto não impede que também neste último plano haja criação do Direito. Se, como se disse, o Direito não se esgota na solução do caso concreto, a verdade é que ele não se reduz, também, à prática de actos de conteúdo genérico e abstracto.

27.4. Vistas as coisas assim, importa agora fixar a definição de fonte de Direito. Uma definição enquadrada por uma visão clássica da criação jurídica.

A expressão tem sido utilizada em, pelo menos, seis sentidos diferentes.

1) Um sentido filosófico ou metafísico, em que fonte de Direito significa a causa última explicativa da existência e da criação do Direito. Impõe-se a reflexão sobre o que é o Direito e qual a sua razão de ser numa sociedade. E, assim, no fundo, se condicionam todas as conclusões posteriores.

2) Um sentido histórico, em que fonte de Direito consiste na origem de certa ou certas regras jurídicas, ou mesmo de todo um sistema de Direito. E assim se diz que determinada solução jurídica passada é a fonte de uma regra actual, ou que um sistema jurídico pretérito é a fonte de outro, hoje vigente.

3) Um sentido sociológico, em que fonte de Direito corporiza a ideia de um conjunto de estruturas sociais, em sentido amplo, que condiciona com um alcance, mais ou menos imediato, a criação de certa ou certas regras jurídicas. É uma aceção mais corrente, que abarca a influência dos mais diversos níveis sociais (económicos, culturais, políticos e sociais num sentido restrito).

4) Um sentido instrumental, em que fonte -de Direito equivale ao documento em que se materializam as regras de Direito. Além de só ter relevância para as regras escritas, este sentido carece, mesmo aí, de grande interesse técnico.

5) Um sentido orgânico, em que fonte de Direito é o órgão do poder político do Estado competente para criar regras jurídicas. Trata-se de um sentido abandonado nos estudos mais recentes do Direito. Também ele não abrange as regras consuetudinárias.

6) Um sentido técnico-jurídico ou formal, em que fonte de Direito significava, para uns, a formação das regras jurídicas; para outros, a revelação das regras jurídicas; para

outros, ainda, a formação e a revelação das regras jurídicas. Classicamente, era este o sentido adoptado quando se falava em fontes de Direito.

27.5. A luz do sentido técnico-jurídico ou formal, se fez e continua a fazer um elenco das fontes de Direito que integra sempre, ou quase sempre, a lei e o costume.

Já quanto à inclusão da jurisprudência, da doutrina e da equidade se dividem as opiniões. Uns dizem que só a jurisprudência de conteúdo normativo cria Direito. Outros, que também a equidade. A maioria considera, tradicionalmente, que a jurisprudência, a doutrina e a equidade não são criadoras do Direito.

Esta última Posição tem sido expressa com apoio numa distinção que fez história. A que separa fontes imediatas de Direito - a lei e o costume - e fontes mediatas de Direito - todas, ou algumas, das demais realidades.

Não interessa retomar a discussão. As posições foram assumidas a propósito de cada uma das formas de criação do Direito estadual. Na altura certa. Não faz sentido repeti-las agora.

27.6. O recurso à expressão "fontes de Direito" leva a que, tradicionalmente, se associe a esta matéria uma outra. A da hierarquia das fontes do Direito.

Mas a opção não parece de acolher.

Primeiro, porque a noção de fonte de Direito surge, como se viu, ligada a uma visão empobrecedora da criação do Direito.

Segundo, porque, em rigor, não existe hierarquia, no sentido de ordenação de relevância jurídica decrescente, quanto aos diversos modos de revelação do Direito. Existe, sim, quanto ao seu modo de criação.

Melhor é, portanto, falar de hierarquia de formas de criação do Direito. E não de hierarquia de fontes do Direito ou de hierarquia de factos normativos.

Trata-se de ponderar aquelas formas que representam actuações do poder político do Estado, mas também - e aqui a novidade aquelas realidades que lhe são parcialmente estranhas, como o costume e os processos supra-estaduais e infra-estaduais de geração do Direito.

Trata-se de uma hierarquia de títulos. De matrizes de criação do Direito. E, portanto, só consequentemente de regras jurídicas.

De facto, quando se diz que a Constituição prevalece sobre a lei, está-se a pensar no

título ou acto constitucional e no título ou acto legislativo. E não em certo princípio ou regra concreta da Constituição e certa regra legal. Por isso, aquela prevalência existe de qualquer princípio ou regra constitucional sobre qualquer regra legal.

A hierarquia é abstracta. Vale independentemente da sua aplicação a um ou a vários casos concretos.

27.7. Para que se possa avançar, impõe-se recordar as formas da criação do Direito português actual.

Porque não há soluções universais. Porque as formas de criação do Direito são mutáveis. E porque a respectiva hierarquia evolui.

Ora bem, importa distinguir.

No domínio das formas de criação do Direito caracterizáveis como actos do poder político do Estado, considerámos seis categorias:

- 1) o acto constitucional;
- 2) o acto de revisão constitucional;
- 3) o acto político *stricto sensu*;
- 4) o acto legislativo ou lei, englobando a lei reforçada e a lei comum;
- 5) o acto jurisdicional;
- 6) o acto de administração.

No domínio das formas reconduzíveis a factos estranhos, em parte, ao poder político do Estado, referimos cinco categorias:

- 1) o costume (interno), que pode reportar-se a três níveis diferentes: o nível constitucional, o nível legal e o nível administrativo;
- 2) o costume internacional;
- 3) os tratados e convenções internacionais;
- 4) as deliberações das organizações internacionais de que Portugal é membro;
- 5) os actos das entidades infra-estaduais.

De todas as figuras que, aqui e ali, se foram afluando, duas não constam deste elenco. A doutrina e a equidade. Uma e outra não criam, por si só, Direito. Ou, melhor, uma e outra não criam Direito no ordenamento jurídico português actual.

A doutrina tem uma relevância reflexa. Ela pode, já se viu, ter um Papel decisivo na influência que exerce sobre os actos do poder Político do Estado.

A equidade não é, também, uma forma autónoma de criação do Direito. A lei acolhe-a, com grande amplitude, para o efeito de interpretação e aplicação, mas não parece legítimo sustentar-se que a equidade possa ser invocada pelos tribunais para resolver casos concretos sem explícita autorização legal. A procura da solução justa no caso concreto não deve fazer perigar a certeza e a segurança do Direito. É essa a lição do já conhecido Artigo 4.º Do Código Civil.

27.8. Mas, recordado o elenco, é possível ordená-lo? Qual, então, a hierarquia das formas de criação do Direito, entre nós?

1) Em primeiro plano, e a par, situam-se duas realidades. A Constituição formal e o costume constitucional.

A Constituição formal, a Constituição escrita, contendo quer as regras, quer os princípios constitucionais.

E o costume constitucional, que, geralmente, é formado por regras não escritas, que podem preencher lacunas e até contrariar aquela Constituição formal.

2) Num segundo plano, encontra-se a lei de revisão constitucional, que, como se viu já, a nossa Constituição chama lei constitucional.

É limitada pela Constituição formal e pelo costume constitucional.

3) Num terceiro plano, localizam-se os factos criadores de Direito Internacional.

Ou seja, fundamentalmente, duas realidades.

Os actos unilaterais, bilaterais e plurilaterais dos sujeitos de Direito Internacional - Estados, organizações internacionais e outras entidades.

E os costumes internacionais.

Esta a lição do Artigo 8.º da Constituição Portuguesa. O Direito Internacional situa-se abaixo da Constituição e dos actos de revisão constitucional, mas acima dos actos

políticos *stricto sensu* e dos actos legislativos ou leis.

Daí a possibilidade de fiscalizar a constitucionalidade das regras

internacionais. E daí, também, a revogabilidade da lei por essas mesmas regras internacionais.

4) Num plano imediatamente subsequente, surge a generalidade dos actos políticos *stricto sensu*.

Estes condicionam o próprio exercício da função legislativa, embora, na quase totalidade dos casos, a Constituição não preveja o controlo da conformidade que determinam. Nessa medida, tal controlo acaba por ser referenciado, directamente, à Constituição.

Lembrem-se o Programa do Governo, a moção de censura ao Governo, o decreto do Presidente da República que dissolva a Assembleia da República ou que declare o estado de sítio ou o estado de emergência.

Em todos há um condicionamento da actividade legislativa dos órgãos em causa. Uma limitação do nível normal dessa actividade legislativa.

5) Num quinto plano, aparecem os actos legislativos ou leis em sentido formal.

E aqui - como já se sabe - surgem, num primeiro estágio, as leis reforçadas e, num segundo, as leis comuns.

Mas mesmo dentro das leis comuns, importa estabelecer as diferenças.

Existem zonas de reserva constitucional da competência legislativa da Assembleia da República. Uma zona de reserva absoluta, na qual só o Parlamento pode aprovar leis, e uma zona de reserva relativa, na qual o Governo também pode elaborar decretos-leis desde que a Assembleia da República para tanto o tenha habilitado com uma lei de autorização legislativa que o decreto-lei deve respeitar (Artigos 164.º, 165.º e 112.º, n.º 2, da Constituição). Fora das zonas mencionadas, existe concorrência de competências da Assembleia da República e do Governo, encontrando-se os decretos-leis no mesmo plano das leis do Parlamento, salvo quanto aos decretos-leis que desenvolvam leis de bases e que, portanto, devem ser conformes a estas (Artigo 112.º, n.º 2, da Constituição).

No mesmo nível das leis e decretos-leis, é possível incluir o costume reportável a matérias legisladas ou legisláveis. Portanto, não constitucionais.

6) Num plano seguinte, importa referir os decretos legislativos regionais.

A Constituição submete-os aos princípios fundamentais das leis gerais da República, isto é, das leis da Assembleia da República e dos decretos-leis do Governo cuja razão de ser envolva a sua aplicação em todo o território nacional (Artigo 112.O, n.O1 4 e 5, da Constituição).

7) Num sétimo plano, e muito próximo dos actos legislativos, inserem-se os acórdãos do Tribunal Constitucional, que correspondem a declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

Só em parte são equiparáveis à lei. Mas, como ela, situam-se indubitavelmente acima dos actos jurisdicionais não normativos e dos actos de administração, mesmo normativos.

8) Num plano subsequente, avultam os actos de administração de gestão pública unilaterais normativos ou regulamentos.

Gerais e abstractos, podem provir do Estado-administração, das regiões autónomas dos Açores e da Madeira, das autarquias, das associações públicas e dos institutos públicos. E de outras entidades públicas ainda.

Também eles se encontram hierarquizados. Prevaecem, nos limites da Constituição e da lei, os de entidades com poderes de supremacia Ou com um âmbito mais vasto de atribuições. Dentro de cada entidade, os de órgãos hierarquicamente superiores. Para cada órgão, os de forma mais solene.

Por exemplo, e se a Constituição ou a lei não impuserem um regime especial (reconhecendo à entidade ou órgão teoricamente subordinados uma competência não sujeita à da entidade ou órgão, em princípio, dotado de supremacia jurídica), um regulamento do Estado-administração prevalece sobre um regulamento municipal. Um regulamento municipal prevalece sobre um regulamento de freguesia. Um regulamento ministerial prevalece sobre o de um Director-Geral. Um decreto regulamentar prevalece sobre uma portaria.

No plano dos regulamentos administrativos situam-se os costumes administrativos.

9) Num nono plano, perfilam-se os contratos.

Os contratos administrativos, evidentemente, pois condicionam ou podem condicionar actos administrativos concretos. Mas não apenas eles.

Também outros contratos. Os celebrados pela Administração Pública, embora sujeitos a regime não administrativo. E os celebrados por particulares.

E que todos eles criam Direito. Todos tendem a condicionar, em termos substancialmente não dissemelhantes, actos jurídicos no futuro.

10) Num décimo e derradeiro plano, aparecem os actos jurisdicionais não normativos e os actos de administração também não normativos. De entre estes, salientam-se os actos de gestão pública (ou actos administrativos).

As únicas especialidades a reter são, aqui, o facto de os actos de administração não normativos poderem ser controlados pelos actos jurisdicionais não normativos, e o de estes poderem encontrar-se subordinados directamente a planos superiores da hierarquia traçada.

27.9. Uma última palavra se impõe. É que só se referiram as formas de criação do Direito Positivo.

Só elas existem? Ou só elas importam?

Não se infira, nem se especule, para já, nada que extravase do nosso ponto actual. Neste capítulo, apenas se estudaram as formas de criação do Direito Positivo. E, por isso, só elas poderiam ter sido aqui sistematizadas.

A existência, a validade e a função do Direito Natural - entendido como um conjunto de princípios ou regras de Direito não criado pelo homem em cada sociedade e em cada momento histórico, mas suprapositivo ou metapositivo - são questões de que se ocupará a parte final desta «Introdução».

Aí sim, caberá reflectir sobre o papel do Direito Natural. Um Direito vocacionado para, num plano diferente, condicionar um Direito Positivo que, em função dessa referência, se tem por legítimo ou ilegítimo.

28 - O essencial...

A primeira manifestação da actividade do Estado é o poder constituinte.

A Constituição formal resulta do exercício desse poder constituinte. Em regra, dentro dela, existe um núcleo que respeita às matérias mais importantes da definição e organização do Estado-colectividade - é a Constituição em sentido material.

Como segunda actividade desenvolvida pelo poder político do Estado com o objectivo de realizar os fins que justificam a sua existência, surge o poder de revisão constitucional. Ou seja, a faculdade de alterar ou modificar as regras da Constituição formal.

O exercício do poder de revisão constitucional é limitado pela própria Constituição. Dele resulta a lei de revisão constitucional, ou lei constitucional.

A função política do Estado consubstancia a definição dos interesses essenciais da colectividade e o compromisso da sua prossecução pelos órgãos do poder político.

O acto político exprime as opções que, para tanto, em cada momento se julguem mais adequadas.

A função legislativa corresponde à prática, pelos órgãos constitucionalmente competentes, de actos que, para além do seu conteúdo político, revestem a forma externa de leis.

O acto legislativo, como resultado do exercício da função legislativa, é objecto de uma definição mista de conteúdo e forma.

A existência de um órgão do poder político e a sua competência para legislar são pressupostos do acto legislativo. Pressupostos podem ser também situações objectivas sem cuja verificação não pode haver legislação. Responsáveis, respectivamente, pela elaboração de leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais, a Assembleia da República, o Governo e os Governos Regionais dos Açores e da Madeira repartem entre si a competência legislativa.

Os elementos definidores do acto legislativo são a vontade, a forma, o conteúdo e o fim.

Entre as leis podem estabelecer-se relações de dependência. Trata-se sempre de relações de conformidade que se prendem com o teor das matérias em causa.

A lei, enquanto acto do poder político do Estado, necessita de ser interpretada. Mas, porque se destina a regular condutas e a dirimir conflitos de interesses, supõe uma interpretação que se distingue da interpretação de outras mensagens existentes na comunidade.

O projecto colectivo que a lei encerra impõe que a operação de interpretação se rodeie de especiais cuidados.

Originária ou supervenientemente, a lei pode ser objecto de auto-interpretação ou de hetero-interpretação.

Quatro posições são possíveis no que respeita ao fim da interpretação: a subjectivista, a objectivista, a actualista e a historicista. E não é impensável o cruzamento das várias perspectivas, antes qualquer das duas primeiras se pode conjugar com qualquer das duas últimas.

Os nossos dias assistem a uma objectivação e a uma actualização inevitáveis da interpretação jurídica.

Na descoberta do sentido da lei, é decisiva a conjugação do elemento literal com os elementos extra-literais, na sua tripla dimensão histórica, sistemática e teleológica.

A importância relativa dos diversos elementos varia em função da posição adoptada quanto ao fim da interpretação.

O sentido real da lei atinge-se pela confluência do elemento literal com os elementos extra-literais. Interpretação declarativa, interpretação extensiva e interpretação restritiva são as diferentes expressões de um convívio possível entre a letra e o espírito da lei. Com elas não se confundem a interpretação correctiva e a interpretação abrogante.

A utilização de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados representa uma dificuldade (e um desafio) acrescidos na interpretação da lei.

O intérprete, além de apreender o sentido real de uma lei, pode ainda partir dessa mesma lei e do seu conteúdo explícito para tentar descobrir ou inferir as regras que nela se encontrem implícitas.

A integração de lacunas, porque supõe a lacuna, surge lógica e cronologicamente a seguir à interpretação e à inferência lógica de regras implícitas.

O jurista tem ao seu dispor três processos - *a analogia legis*, *a analogia juris* e *a norma que o intérprete criaria* - que lhe permitem integrar as lacunas jurídicas.

A aplicação da regra de Direito a uma situação de facto concreta é uma matéria complexa, que levanta, num primeiro plano, o problema da aplicação da lei no tempo.

O princípio de que a lei só dispõe para o futuro apenas tem verdadeiro significado perante uma lei que nada diga sobre a sua aplicação no tempo e que respeite a um ramo ou domínio do Direito em que não exista qualquer critério constitucional ou legal que esclareça ou resolva aquele problema.

A abordagem legal revela-se decisiva, prejudicando a abordagem material ou fáctica. É com base nela que se conclui que a lei antiga regula os factos passados e os efeitos novos que lhes estejam intimamente ligados e que a lei nova regula os factos novos e os efeitos destacáveis dos factos passados.

Não obstante, a título excepcional, são admissíveis quatro graus de retroactividade. A lei interpretativa constitui uma fundamental manifestação dessa retroactividade.

O problema da aplicação da lei no espaço leva à consagração do princípio da territorialidade que só confirma a noção de supremacia de cada Estado e do seu Direito no respectivo território. 1

A territorialidade das leis não atende nem à existência, nem a validade de uma lei, mas à susceptibilidade da sua efectiva execução ou eficácia.

A existência de situações com elementos de conexão com mais do que um Direito estadual obriga a que, em cada Estado, sejam criadas regras próprias definindo critérios de escolha ou indicação de uma de entre as diferentes ordens jurídicas vocacionadas para reger a matéria. Obriga ao nascimento do Direito Internacional Privado.

Além dos Direitos estrangeiros, ainda hoje, podem depender do Direito estadual o Direito supra-estadual e o Direito infra-estadual. Em relação a este, a dependência passa pela própria definição das suas condições de existência e validade.

A aplicação da lei vive da complementaridade entre a solução normativa e a solução individualizadora. A aplicação do Direito é, também e em princípio, uma forma de criação de Direito.

A proximidade do caso e a justiça material não comprometem a certeza e a segurança do Direito.

O que aparece como lei pode revelar-se juridicamente inexistente, inválido ou ineficaz. Inexistente, se não possuir os requisitos mínimos de identificabilidade. Inválido, se revelar um vício ou uma desconformidade intrínseca. Ineficaz, se ocorrer um facto ou acto distinto da lei que paralise ou obvie à produção dos respectivos efeitos jurídicos.

Também os actos jurídicos dos particulares podem ser inexistentes, inválidos ou ineficazes.

Numa ou noutra situação, a invalidade revela-se na sua tripla dimensão de nulidade, anulabilidade ou invalidade mista.

A ineficácia da lei pode ser originária ou superveniente. Neste caso, pode resultar de suspensão ou de cessação da vigência.

O costume *contra legem*, a caducidade e a revogação são as três grandes causas de cessação da vigência da lei.

O exercício da função jurisdicional do Estado consubstancia, em regra, uma aplicação do Direito ao caso concreto através de actos não normativos.

Mas, quer se trate das decisões com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional, ou de actos jurisdicionais em sentido restrito, este exercício da função jurisdicional exprime sempre uma criação do Direito.

A função administrativa do Estado traduz-se, além da realização de operações materiais, na prática de actos de administração.

São quatro as categorias gerais desses actos: o regulamento administrativo, o acto administrativo, o contrato administrativo e o acto de administração de gestão privada. Podem ser-lhes equiparados os actos dos órgãos que não exercem a função administrativa, mas que precisam de definir as suas próprias regras de funcionamento e de criar ou gerir serviços burocráticos de apoio.

Ao lado do Direito estadual escrito existe um Direito estadual não escrito, costumeiro ou consuetudinário. Um Direito que é fruto das Pulsões diárias do grupo e da sociedade.

A exigência da convicção da obrigatoriedade da conduta distingue o costume do uso.

Como fonte autónoma, o costume relaciona-se com a lei, acompanhando-a (costume *secundum legem*), indo para além dela (costume *praeter legem*), ou opondo-se-lhe (costume *contra legem*).

A formulação de opiniões de jurisconsultos acerca de uma questão de Direito constitui a doutrina.

A sua relevância tem variado ao longo da História.

Hoje, não é reconhecida como forma directa e imediata de criação de Direito. Não obstante, é indesmentível a sua influência sobre a feitura das leis ou a orientação da jurisprudência.

A crescente universalização dos fenómenos sociais e a consequente interdependência das várias sociedades nacionais garantem um espaço decisivo ao Direito Internacional.

Os Direitos estaduais não discutem a sua existência ou validade, cuidando apenas de regular as condições da sua eficácia no interior dos respectivos territórios.

O Direito Comunitário constitui uma crescentemente relevante manifestação das possibilidades de uma intervenção jurídica supra-estadual.

Em algumas zonas marginais de regulação da vida social, o Direito infra-estadual é acolhido, aceite ou tolerado pelo Direito estadual.

É possível ordenar e hierarquizar as diversas formas de criação do Direito. E é possível fazê-lo numa perspectiva abrangente.

Há que considerar aquelas formas que representam actuações do poder político do Estado, mas também aquelas situações que lhe são parcialmente estranhas, como o costume e os processos supra-estaduais e infra-estaduais de geração do Direito.

A ideia de criação do Direito afasta-se das clássicas e redutoras propostas de matriz estritamente normativa. E afasta-se, também, portanto, da ideia de fontes do Direito.

Da Constituição aos actos jurisdicionais não normativos, é possível descobrir dez níveis hierárquicos distintos, atendendo ao respectivo título jurídico.

Em causa estão, apenas, as formas de criação do Direito positivo Do Direito Natural se falará adiante.

29 - Principais sugestões bibliográficas e questões para reflexão e revisão

29. 1. Para apoio da reflexão ou para desenvolvimento do estudo, sugerem-se, além das obras referidas no ponto 11:

Andrade, Manuel de, *Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 4.ª ed., Coimbra, 1987.

Ascensão, José de Oliveira, *O Direito - Introdução e Teoria Geral. Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 1.ª ed., Coimbra, 1999. Machado, João Baptista, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Coimbra, 1998.

Idem, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1999. Marques, José Dias, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, 1994.

Mendes, João de Castro, *Introdução ao Estudo do Direito* (ed. revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa), Lisboa, 1994;

Sousa, Marcelo Rebelo de, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional -1*, Lisboa, 1988.

Otero, Paulo, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, 1.ª V., 1.ª T. Lisboa, 1998; 1.ª V., 2.ª T., Lisboa, 1999.

Telles, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, Vol. 1 1.ª ed., Coimbra, 1999; li, 10.ª ed., Coimbra 2000.

29.2. Para avaliação da reflexão e revisão feita, Propõe-se um breve questões comentário às seguintes questões-frases:

12.2. "A melhor forma de garantir o respeito da Constituição formal é fazer-lhe corresponder um só texto ou instrumento."

12.3. "O núcleo duro" da Constituição formal corresponde ao que define e distingue cada Estado em cada momento histórico. Chama-se Constituição material."

12.4. "A aceleração dos tempos e a certeza do Direito impõem, crescentemente, regras constitucionais escritas."

12.5. "Só não cabe na Constituição formal aquela parte da Constituição material que exige tal pormenor de disciplina que a tomaria ainda mais longa e detalhada."

13. 1. "A adaptação das Constituições ao devir social exige a possibilidade da sua revisão."

13.2. "Os limites à revisão constitucional travam o seu abuso e, sobretudo, impedem a ruptura ou subversão na ordem constitucional. Têm, no entanto, um preço, se excessivos: convidam a aventuras se o consenso constitucional for fraco ou se debilitar demasiado no tempo."

13.3. "A hiper-rigidez da nossa Constituição tem sido compatível com a sua adaptação nos últimos mais de vinte anos."

14.1. "A função política cobre aquelas opções sobre a vida colectiva que definem rumos interno e externo em que assentam as leis."

14.2. "Os actos políticos, em sentido restrito, interessam aos cidadãos

porque servem de barómetro ao equilíbrio do poder político, não porque disciplinem o seu quotidiano."

15.1. "A lei é, ao mesmo tempo, uma aplicação e uma exigência da Constituição." é lei o que a Constituição chama lei. Mas a Constituição só chama lei ao que politicamente o merece.

15.3. "A lei-acto interessa a juristas e politólogos. A lei-texto interessa a todos. A lei-norma vale na vida de todos."

15.4. "Pressupostos da lei condicionam-na, mas, ao contrário dos elementos, não são essenciais para a sua definição."

15.5. "A competência para fazer leis em Portugal reparte-se de acordo com dois critérios: o da primazia da Assembleia da República sobre o Governo, e o da situação específica das regiões autónomas dos Açores e da Madeira."

15.6. "A vontade faz nascer a lei, mas são o conteúdo e a forma que lhe imprimem os contornos."

15.7. "A lei reforçada é-o quer porque se impõe consenso parlamentar acrescido na sua feitura, quer porque está vocacionada para condicionar outras leis."

15.8. "Lei que preveja sacrifício demasiado para o objectivo pretendido é excessiva. Lei que realize objectivo não admitido pela Constituição é desviada."

15.9. "A repartição do poder de fazer leis obedece à forma do Estado e ao sistema de governo."

16. 1. "Onde há sociedade, há comunicação e há interpretação."

16.2. "Interpretar é atender ao contexto e à natureza da mensagem."

16.3. "A interpretação da obra de arte comporta os elementos da interpretação da lei."

16.4. "Interpretar pode ser obra do autor ou terceiros."

16.5. "Interpretar pode ser obra do momento da criação ou de momento posterior."

16.6. "A interpretação da arte pode ser mais ou menos subjectiva, mas nunca objectiva."

16.7. "A interpretação pode olhar para a história ou a actualidade."

16.8. "O peso dos elementos da interpretação depende do seu objectivismo ou subjectivismo."

16.9. "Interpretar lei e interpretar arte são coisas diferentes."

16. 10. "Interpretar a lei é olhar também para a certeza do Direito e a segurança das pessoas."

16.11. "A lei pode ter um sentido à nascença e outro quando é aplicada."

16.12. 1. "A interpretação autêntica pode não ser auto-interpretação, deve é ser dotada da mesma relevância da lei interpretada."

16.12.2. "O fim da interpretação da lei determina-se em função do momento e da vinculação, maior ou menor, ao seu criador"

16.12.3. "O que importa mais para uma lei que tem de ser viva hoje? O que foi ou o que é?"

16.12.4. "Em Democracia, a lei é expressão de pluralismo de vontades. Directamente, dos protagonistas nos órgãos legislativos. Indirectamente, dos grupos de pressão condicionantes."

16.12.5. "Por natureza, uma lei que tem de se aplicar em condições não necessariamente imaginadas por quem a criou acaba por ganhar um sentido próprio e autónomo. Mais ainda do que Pinóquio em relação a Gepeto."

16.13. 1. "Contexto criativo, razão de ser e lugar como peça *de puzzle tudo* faz sentido no sentido de uma lei."

16.13.2. "O Código Civil português não omite nenhuma pista para interpretar uma lei. Mas não as trata com idêntico relevo."

16.13.3. "O que se procura é o sentido da lei. A letra é uma partida, não é, necessariamente, uma chegada."

16.13.4. "O que é mais importante: garantir a justiça no caso concreto afeiçoando o sentido da lei ou assegurar a certeza que impede que a lei mude de sentido de cada vez que é aplicada?"

16.13.5. "Se o juiz puder apagar uma qualquer lei de que discorda, o que resta da legitimidade democrática, em homenagem à qual as leis são obra de eleitos pelo povo ou de políticos perante eles responsáveis."

16.13.6. "Se o legislador quer marear fronteiras satisfaz-se com sinais mínimos. Se pretende impor caminhos usa sinais máximos."

16.14. "A lógica aplicada à descoberta do Direito para além daquele sentido que se contém em cada regra da lei já não cabe na interpretação. É matéria do domínio da inferência."

17. 1. "Só há lacuna onde não há (e devia haver) nem regra de Direito, nem possibilidade de a extrair por operação lógica."

17.2. "Onde não e preciso Direito a sua ausência não é lacuna em sentido técnico."

17.3. "Direito é lei, mas também costume. Havendo este, já não há lacuna jurídica."

17.4. "Lacuna a impor dever pode coincidir ou não com lacuna a sancioná-lo."

17.5. "A lacuna não desculpa o juiz, nem o exonera de julgar."

17.6. "Integrar lacuna é sempre pensar na regra de Direito a aplicar. Mas também saber que a tarefa se esgota em cada acto de integração."

17.7. "Preencher uma lacuna é diferente de exercer poder de escolha entre vários caminhos em execução da lei."

17.8. "Uma greve portuária pode ter um significado jurídico quanto aos contratos de trabalho dos grevistas e outro quanto a contratos de compra e venda a descarregar. A diferença jurídica pode ser essencial numa eventual aplicação analógica."

17.9. "A analogia *legis* recorre a regra ou regras específicas. A analogia *juris* a princípio ou a princípios. No fundo, umas e outros decorrentes da lei."

17. 10. "No recurso ao espírito do sistema, há e não há criação de norma jurídica. Há, porque é à luz dessa norma que a solução é achada. Não há, porque ela morre ao nascer, esgota-se na solução daquele caso concreto."

17.11. "Os três degraus da integração de lacunas são mesmo degraus a respeitar. E não é possível subi-los galgando um ou dois deles."

17.12. "Se o ser humano não é perfeito, por que deveria sê-lo o Direito, que é uma criação humana?"

18. 1. "Aplicar a lei supõe saber, antes de a aplicar, o que diz, o que permite inferir ou, não dizendo nada, aquilo que o intérprete diz em seu lugar."

18.2. "Aplicar a lei não é uma abstracção. Respeita a um certo tempo e a um certo espaço."

18.3. "Em qualquer aplicação da lei há sempre, pelo menos, dois momentos a que se pode reportar essa aplicação. Escolher qual deles é o adequado (porque justo) é a verdadeira questão."

18.4. "Primeiro, saber se a lei se aplica também ao passado, ou só ao futuro. Depois, descobrir se o futuro ainda tem alguma coisa vinda do passado."

18.5. "Repugna penalizar alguém por actos que não eram crimes à data da prática ou cobrar impostos inexistentes à data do desempenho de certa actividade profissional ou social, vai contra a certeza e a justiça no Direito."

18.6. "Não sendo proibida a retroactividade, a lei deve poder escolher o seu horizonte temporal."

18.7. "Representa um exemplo de progresso cultural e civilizacional aplicar a condenados uma lei posterior à sua conduta, mas que lhes seja mais favorável."

18.8. "A Teoria de Enneccerus consegue aliar a segurança à justiça. Compra e venda passada - é disciplinada pela lei antiga, na sua existência e validade. Mas o direito de propriedade que dela resulta já é regido por lei nova, em paridade com a que emergir de compra e venda que lhe seja posterior. O que passou, passou - é para a lei antiga. O que perdura, perdura - é domínio da lei nova."

18.9. "O Artigo 12.º do Código Civil consagra a teoria de Enneccerus, no que acolhe a fórmula mais equilibrada até hoje construída em termos teóricos."

18.10. "A retroactividade-regra é a ordinária. Aplica-se a lei que se quer (e pode querer) de aplicação passada a factos pretéritos. Mas respeitando sempre os efeitos já produzidos pela lei antiga. Assim, se se trata de reger compra e venda cujos efeitos em parte não foram produzidos, a estes é aplicável a lei nova retroactiva. Se se tratar de disciplinar compra e venda que já produziu todos os seus efeitos, aí a lei nova retroactiva tem de respeitar o que decorreu da aplicação da lei antiga."

18. 11. "A lei interpretativa acaba por convergir com a lei interpretada, o que só é plenamente possível se for retroactiva."

18.12. "Aparece, muitas vezes, como lei interpretativa o que não é, mas pode ser - ou não - de aplicação retroactiva. Assim a Constituição o permita e resulte do sentido da lei ou do ramo ou do domínio em que se integre."

18.13. "O que é facto ou inseparável dele cabe à lei antiga. O que é situação, mesmo anterior, separável do facto que a gerou, cabe à lei nova."

19. 1. "Não há Estado sem território, como não há Direito do Estado que possa abstrair da relevância desse território."

19.2. "É impossível separar a relevância do território do Direito estadual. Mas qual relevância?"

19.3. "O Direito de um Estado existe e vale por si, independentemente do território. Mas

só produz efeitos, portanto, só é plenamente eficaz, dentro desse território.”

”Fora do território do Estado a que respeite, o Direito só pode vigorar, ou seja, produzir efeitos pela vontade de outro Estado precisamente aquele a que respeita o território de vigência. Ao fim e ao cabo, a extraterritorialidade não excepciona, confirma a territorialidade.”

19.4. ”As questões entre estrangeiros podem - e nalguns casos devem - ser julgadas à luz de Direito estrangeiro, mesmo que por Tribunais portugueses.”

19.5. ”O Direito nacional, ao receber materialmente o Direito Estrangeiro, ’nacionaliza-o’. Ao recebê-lo formalmente, respeita integralmente a sua origem.”

19.6. ”A regra de conflitos é como a tabuleta que indica o caminho para se chegar ao destino. Não é nunca esse destino.”

19.7. ”O Direito Internacional Privado chama-se internacional por ter de apontar pistas para resolver questões ligadas a mais de um Direito nacional. Mas, em regra, não é internacional no modo de criação.”

19.8. ”O Direito Internacional Público tem ganho importância crescente, na exacta medida da complexificação da comunidade internacional.”

19.9. ”Tudo o que é Direito dentro do Estado só existe e vale porque o Direito estadual permite.”

19. 10. ”Tal como o Estado subsiste com papel ainda nuclear também o Direito estadual resiste às profecias de desaparecimento ou estiolação.”

20. 1. ”Para muitos o Direito só ganha ’momentum’ na altura da aplicação.

20.2. ”Deduzir ou abstrair - duas vias que não são neutras.”

20.3. ”Cada vez mais o Direito é menos o que significa a lei e avulta o que implica a sua aplicação ao caso concreto.”

20.4. ”Normalmente, a lei é aplicada por nossa vontade. Mas com tal habitualidade que nem temos a noção de que a estamos a aplicar.”

20.5. ”Se a ingerência da lei justificasse o seu desrespeito estaria criado o caminho mais directo para o caos jurídico.”

20.6. ”Corrigir a lei por discordância faria de cada aplicador um legislador. Todos nós

passaríamos a legisladores.”

20.7. ”Aplicar a lei é fazer corresponder o essencial do seu conteúdo ao essencial da situação de facto a que importa aplicá-la.”

20.8. ”A causalidade na lei matemática é lógica. Na lei física é determinista. Na lei jurídica é fruto da vontade do poder político que retira da previsão de certa conduta certas consequências de Direito.”

20.9. ”A complexidade da situação de facto provoca que haja conflitos de leis. É que a realidade é sempre mais imaginativa do que a imaginação do legislador.”

20.10. ”O normal é haver, na aplicação da lei, alguma abstracção e bastante individualização.”

20.11. ”Um grau acentuado de individualização na aplicação da lei existe quando a Administração Pública é, ao menos parcialmente, livre para escolher um de vários caminhos nessa aplicação.”

20.12. ”Mas o grau máximo de individualização é o juízo de equidade.”

20.13. ”Aproximar o mais possível a aplicação da lei do concreto é fazer justiça. Mas não haverá também justiça na certeza e na previsibilidade do Direito.

21.1. ”O convívio com a fisiologia da lei não nos pode fazer esquecer a sua patologia.”

21.2. ”Lei que não tem o mínimo de caracteres identificadores como lei, não o é.”

21.3. ”Onde há invalidade há inconstitucionalidade. A inversa já não é verdadeira.”

21.4. ”A nulidade é mais grave, mais constante e mais universal do que a anulabilidade.”

21.5. ”A nulidade atípica das leis inconstitucionais, no Direito Português, revela bem que não há certeza do Direito que justifique o desrespeito da Constituição.”

21.6. ”Toda a lei não publicada é ineficaz até o ser, o que revela que a ineficácia depende de realidade exterior ou extrínseca relativamente à lei.”

21.7. ”A ineficácia da lei, quando superveniente, pode depender de vontade do órgão competente para a elaborar ou de facto alheio a essa vontade. No primeiro caso chama-se suspensão, se for temporária, e revogação, se for definitiva. No segundo, caducidade ou costume (se ele existir).”

21.8. "As classificações da revogação como global ou individualizada, total ou parcial respeitam à lei e não a alguma ou algumas das suas

21.9. "A especialidade de uma lei impõe que a sua revogação seja, em princípio, também por lei especial."

21.10. "A repriminção supõe, lógica e juridicamente, o apagamento da lei que substituiu a repriminada. O que não acontece na revogação."

21.11. "O referendo nacional é político, mas não recai sobre lei, nem se substitui a ela."

21.12. "Todos os actos jurídicos podem ser inválidos ou ineficazes, como as leis."

22.1. "Só são actos jurisdicionais os actos dos tribunais que representem o exercício da função jurisdicional, não os que cuidam do seu mero funcionamento administrativo."

22.2. "A liberdade de decisão dos tribunais é total, não dependendo de outro qualquer tribunal."

22.3. "A regra é o acto jurisdicional concreto. A excepção é o acto jurisdicional normativo."

22.4. "Criar Direito não é só criar normas jurídicas. É também gerar Direito para os casos concretos."

22-5. "A decisão de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional - em fiscalização sucessiva abstracta - é genérica, mas não é legislativa. O Tribunal não deixa de ser Tribunal para passar a elaborar leis."

22.6. "O Supremo Tribunal de Justiça não pode hoje decidir de modo a vincular particulares, o que representa uma visão defensiva da lei, própria de um constitucionalismo jovem."

22.7. "Para todos, o Tribunal Constitucional, ao decidir com força obrigatória geral, cria Direito."

22.8. "Aplicar Direito pode ser - e é as mais das vezes - criar Direito."

23. 1. "A multiplicidade de necessidades colectivas a satisfazer pela função administrativa justifica que a exerçam não um, nem alguns poucos órgãos (como noutras funções), mas um número elevado de entidades públicas (e até privadas) - cerca de 4 000 - e um número ainda maior de órgãos - dez vezes mais."

23.2. "Os actos de gestão pública são aqueles em que prevalece o interesse público, impondo um Direito próprio, o Direito Administrativo; os de gestão privada são aqueles em que o interesse público embora presente - não é tão dominante que justifique o afastamento do Direito Privado ou comum."

23.3. "Os actos de administração cimeiros são os regulamentos administrativos. Por serem de gestão pública e por serem normativos."

23.4. "As categorias de regulamentos administrativos do Governo escalonam-se de acordo com o autor e a solenidade do procedimento."

23.5. "Todos os regulamentos se baseiam na lei. Alguns baseiam-se especificamente numa lei."

23.6. "O acto de administração de um juiz, praticado em matéria de funcionamento do Tribunal, há-de ser tratado de forma similar a acto com o mesmo conteúdo, praticado dentro da Administração Pública."

24. 1. "A lei bem pode proibir o costume, que ele regará de se impor por si próprio."

24.2. "Costume é uso mais coercibilidade, ou melhor, mais convicção de obrigatoriedade."

24.3. "Querer qualificar o costume é ignorar a sua essência."

24.4. "O costume vale por si, não depende do certificado ou do aval legislativo."

24.5. "A questão não é saber se é bom haver costumes, é aceitar que existem e tentar compreender essa existência sempre que ela ocorra.

24.6. "A mesma lei que despreza o costume tolera o uso. Pudera. Ele só vale se e na medida em que a própria lei dispuser...-

25. 1. "Enquanto que as lições são doutrina em abstracto, os pareceres podem ser - e normalmente são - doutrina a propósito de casos concretos, mas não fato talhado à medida desses casos."

25.2. "A ligação da doutrina à criação ou ao comentário legislativo acentua o natural relevo dos autores enquanto teorizadores."

25.3. "Onde a doutrina inova dificilmente a lei deixa de evoluir."

26.1. "O preço e a vantagem da internacionalização da vida social é o incremento do

Direito supra-estadual.”

26.2. ”O Direito Internacional ou o Direito Internacional Público é-o pela criação internacional e não pelo seu conteúdo ou pelos seus destinatários.”

26.3. ”Traçar fronteiras definitivas entre o Direito nacional ou estadual e o Direito Internacional é ignorar que nem as pessoas nem sobretudo a informação conhecem fronteiras.”

26.4. ”Cada indivíduo é hoje, ele próprio destinatário do Direito Internacional.”

26.5. ”Como não há, a nível supra-estadual, um só e forte poder político, similar ao do Estado, a criação do Direito Internacional concede mais espaço ao costume, e implica ou aceita acordos entre vários poderes políticos internacionais.”

26.6. ”A internacionalização imparável em curso implica a aceitação do monismo de Direito Internacional.”

26.7. ”Recepção geral é hoje o sistema consagrado no Artigo 8.º da nossa Constituição.”

26.8. ”O Direito Comunitário entra na nossa vida, sobretudo desde 1986, como desde sempre entrou o Direito estadual.”

26.9. ”No Direito Comunitário, o originário evoca a Constituição dos Estados, e o derivado as suas leis, bem como alguns actos políticos e múltiplos actos de administração.”

26. 10. ”Apesar de serem realidades diversas, a aplicabilidade directa encontra-se, naturalmente, no efeito directo.”

26. 11. ”No Direito Português, as directivas são dotadas de aplicabilidade directa e de efeito directo, na exacta medida em que é dificilmente concebível que uma norma seja invocável em tribunal nacional sem ser aplicável na ordem jurídica interna.”

26.12. ”No sistema de governo comunitário o centro ainda é o Conselho que representa os Estados e o grande sacrificado o Parlamento Europeu. Por sinal, o único órgão cujos titulares são eleitos por sufrágio directo e universal.”

26.13. ”Apesar da União Monetária, ou moeda única, e do reforço da Moeda única, não há uma Federação europeia. Como o revela o facto de o Direito Comunitário valer o mesmo que as Constituições nacionais.”

26.14. ”Um dos fenómenos dos últimos 100 anos foi a estatização do Direito infra-

estadual.”

27. 1. ”Compreender o Direito exige compreender como é criado.”

27.2. ”Um costume supõe sempre uma vontade. Mas essa vontade de adoptar certa conduta não é, necessariamente, uma vontade específica de criar Direito.”

27.3. ”Criar Direito ocorre em qualquer das funções de Estado e não exige abstracção e generalidade. Pode haver criação de Direito em concreto.”

27.4. ”Os sentidos de fonte de Direito são, no fundo, tantos quantas as dimensões do fenómeno jurídico: axiológica, estrutural, política e normativa. Ou mesmo um pouco mais, se envolvermos a História e a corporização instrumental do Direito criado.”

27.5. ”A distinção entre fontes imediatas e mediatas de Direito está tão ultrapassada quanto a visão que reduz a criação do Direito apenas ao costume e à função legislativa.”

27.6. ”Uma norma constitucional vale, em princípio, mais do que uma nonna legal, porque a Constituição vale mais do que a lei.”

27.7. ”A doutrina critica, teoriza, influencia, mas não se substitui aos actos criadores de Direito. A equidade é uma realidade a que recorre a lei, mas não pode esvaziá-la, sob pena de se questionar os princípios da certeza do Direito e da igualdade perante ele.”

27.8. ”A hierarquia das formas de criação do Direito revela duas coisas: que todas elas criam Direito; que o seu relacionamento varia de Estado para Estado, de ordenamento jurídico interno para ordenamento jurídico interno. ”

27.9. ”O Direito Positivo é aquele que surge, em sociedade, em certa latitude e longitude. O Direito Natural pode (e talvez mesmo deva) nascer da natureza humana, que é universal.”

28. ”Não é possível estudar a criação, a interpretação e a aplicação do Direito sem se conhecer, com rigor, as funções do Estado, e sem se ter a humildade de admitir a relevância crescente do Direito Internacional, em geral, e do Direito Comunitário, num Estado inserido no processo de integração europeia, como é o português.---

30 - A ideia de Direito e as suas características essenciais

30. 1. Muito se disse já. Dois capítulos estão para trás. Ao longo dessas muitas linhas, procurou-se situar e desvendar o fenómeno jurídico. Ir mostrando, de uma maneira necessariamente gradual, como é que o Direito é criado.

Ter-nos-á seguido o nosso leitor? Não teremos exigido de mais da sua atenção?

Falámos da sociedade, do poder e das suas implicações jurídicas. Demos uma primeira noção de Direito. Olhámo-lo como um fenómeno humano e social. Relacionámo-lo com o poder, designadamente com o poder político do Estado.

Dedicámos, depois, um longo capítulo à criação do Direito estadual. Abordámos o exercício das várias funções do poder político do Estado. Circunscrevemos as diversas formas de criação do Direito e hierarquizámo-las. E, neste contexto, não esquecemos, sequer, a referência ao Direito supra-estadual e ao Direito infra-estadual.

Ou seja, com o propósito de familiarizar o nosso leitor com a ideia de Direito, proporcionámo-lhe já muito material para reflexão. Quisemos permitir-lhe partir de um contacto empírico com a realidade e, assim, caminhar do concreto para o abstracto.

Perceberá, agora, melhor, o nosso leitor médico que, quando assina uma receita, aplica Direito? Perceberá, agora, a nossa leitora aplica engenheira que, quando se responsabiliza por um projecto,

Direito? E perceberá o nosso leitor empregado bancário que, quando insere os dados de uma qualquer transferência da conta de um cliente, no seu terminal de computador, concretiza o Direito? Perceberá a nossa leitora secretária que, quando dactilografa as cartas do seu patrão, dá vida ao Direito? Perceberá o nosso leitor guarda de fronteira que, quando revista um indivíduo que pretende entrar pela primeira vez em Portugal, é portador de Direito? Perceberá o nosso leitor agricultor que, quando vende o leite das suas ovelhas, "faz" Direito? Perceberá a nossa leitora estudante que, quando concorre ao ensino superior, está a implementar Direito?

Talvez sim. A percepção de uma jurisdição latente nos mais insignificantes actos do nosso dia-a-dia é, agora, mais fácil. Mais imediata.

Contudo, ela é ainda algo intuitiva. É necessário aprofundar conceitos e reformular questões. É necessário ir mais além.

A pergunta essencial mantém-se. O que é, afinal, o Direito?

30.2. É tão difícil responder.

É bem conhecida a hesitação de Santo Agostinho quando lhe perguntaram o que era o Tempo - «se ninguém me perguntar, eu sei, se desejar explicá-lo àquele que me perguntou, não sei I».

Pois é exactamente este o problema. Explicar o que é o Direito é tão embaraçante como

explicar o que é a Verdade, o que é o Tempo ou o que é o Espaço.

E, no entanto, se ninguém nos perguntar, todos nós sabemos o que é o Direito.

Por que será assim?

Numa sociedade, é muito mais facilmente inferido, muito mais facilmente ilustrado com o seu modo de aplicar-se, do que descrito ou definido.

Se perguntarmos a um leigo o que é o Direito, ele não deixará de responder. Saberá dizer que tem determinados direitos.

Falará de advogados, juízes, tribunais. Dirá que determinada conduta é, ou não, justa, que determinado comportamento deve, ou não, ser considerado crime. Provavelmente, o nosso leitor mais dedicado responderia deste modo despreocupado, antes de começar a ler este livro.

Há um sentimento jurídico colectivo que leva a que todas as pessoas tenham uma noção, mais ou menos difusa, do que é o Direito.

Quem, num momento de especial indignação face a determinados comportamentos nocivos de certos elementos da sociedade, não diz que «não há direito!» ou que «não é justo!»?

30.3. No entanto, todas estas observações e exclamações pecam por se situarem mais ao nível das impressões, dos sentimentos, do conhecimento empírico.

Falta-lhes dar o passo decisivo que, só a alguns, permite passar para o nível da análise científica e aí, ainda que com alguma dificuldade, tentar definir o Direito.

É este o caminho dos juristas. O caminho a que a sua dimensão de técnicos do Direito obriga.

E é, precisamente, da dificuldade desse percurso que o nosso dedicado leitor vem sendo testemunha. Nalguns casos, mesmo, protagonista.

Ou não é verdade que a leitura destas páginas lhe retirou a espontaneidade e a ligeireza com que, antes, olhava o Direito? Ou não é verdade que a reflexão a que se obrigou implicou seriedade na ponderação dos conceitos e humildade no ensaio e formulação das conclusões?

pois é, como em tudo, o alargar do conhecimento inevitavelmente coloca insuspeitadas dificuldades. Sem negligenciarmos o seu papel, há que tentar ultrapassá-las.

3O.4. A primeira grande questão é a da delimitação conceptual.

O termo «direito» surge utilizado em variadíssimas acepções que importa distinguir.

Os exemplos ajudam sempre.

1) «O Direito português não prevê a pena de morte».

2) «Gozo do direito de preferência na compra da quota do meu consorte».

3) «O Direito é uma das mais antigas disciplinas teóricas».

Três frases, três sentidos diferentes. Na primeira, faz-se referência ao Direito objectivo. Na segunda, ao chamado direito subjectivo. E, na terceira, ao domínio científico que estuda o Direito objectivo e o direito subjectivo.

Quanto às duas primeiras referências, e ainda que muito superficialmente, já sabemos o que é o Direito objectivo (o sistema de regras e de princípios de conduta social, no seu conjunto, ou cada uma dessas regras e princípios, unitariamente considerados) e o que é o direito subjectivo (o espaço de liberdade, o poder de actuar ou de exigir a actuação alheia). Já sabemos que, em termos lógicos, existe uma certa precedência do primeiro relativamente ao segundo. Já sabemos que, não possuindo termos diferentes (como, por exemplo, *law e right* no direito anglo-saxónico), preferimos escrever Direito objectivo com maiúscula e direito subjectivo com minúscula.

E, ponderando também a terceira acepção não deixa de ser um foco de ambiguidade o uso do termo «Direito» tanto como objecto de estudo, como de estudo do objecto.

Mas, para além destes, muitos outros sentidos poderiam ser avançados. Uns com interesse científico muito específico - afirmando, por exemplo, que a mercadoria X, que não pagou impostos alfandegários, «passou, aos direitos» -, outros extravasando para uma esfera Suprapositiva - aludindo, aí, ao «Direito Natural».

E a pergunta fica, o que é, então, o Direito?

3O.5. A resposta depende sempre das concepções filosóficas de cada um. Por vezes, depende mesmo dos respectivos pressupostos ideológicos.

Formações distintas dão lugar a definições de Direito também distintas. E, por mais que isto espante o principiante, não pode deixar de ser assim.

Toda a reflexão sobre a natureza, os fundamentos, o fim e o significado do Direito

levanta problemas filosóficos. Problemas que, portanto, não podem ser resolvidos por uma via puramente jurídica, através de meios estritamente jurídicos.

Sem desenvolver aquilo que Será o tema do capítulo final desta pequena «Introdução», alguns aspectos são já óbvios.

Ou será que alguém se admira que, para um autor de maior propensão sociológica, o Direito seja antes de tudo um instrumento de regulação social? Ou que, para as correntes marxistas, o Direito seja uma realidade super-estrutural determinada pelas estruturas económicas vigentes em certa sociedade? Ou que, para as visões mais ligadas ao Poder, o Direito seja essencialmente uma ordem de coacção?

30.6. Ora bem, nada disto pode causar espanto.

Trata-se, ainda e sempre, de conceber o Direito como um fenómeno social e humano. Um fenómeno que é servido pela instituição de um poder político. Nessa medida, apesar das variações que as diferentes orientações ideológicas possam impor, a verdade é que o nosso leitor lhes reconhece uma matriz comum.

Mas nem sempre é assim.

O Direito pode ser olhado como uma realidade separada da realidade social. Pode interessar mais saber o que é o Direito e como é que ele se manifesta do que especular acerca do seu fundamento. Pode ser necessário afastar do universo juscientífico o mundo dos valores e o mundo do ser social, em benefício da ideia de norma e do seu estudo. Tais as propostas de um grande jurista e filósofo austríaco que todos os interessados pelo Direito devem conhecer - Hans Kelsen.

De acordo com o seu ensinamento, o Direito é só o Direito positivo ou positivado, criado por acto de vontade do poder político. Estudá-lo é abstrair da realidade social envolvente, que respeita ao universo do «ser», já que o Direito, como conjunto de normas, se situa no universo do «dever ser».

Cada norma corresponde a um dever ser, representando um juízo hipotético e sendo assistida de coacção. E o que confere validade a cada uma dessas normas não é o seu conteúdo valorativo, nem a sua adequação a determinada situação social, mas o facto de ter sido produzida em conformidade com a norma de grau superior. Ou seja, as normas encontram-se escalonadas numa pirâmide, em que as normas de grau inferior encontram o fundamento da sua validade nas de grau superior. Assim, por exemplo, o que distingue o acto válido do gesto do carrasco que executa uma pena de morte do acto ilegítimo do criminoso que comete um homicídio é que o primeiro é praticado em cumprimento de uma sentença de tribunal, por seu turno validada por uma lei, também ela válida à Constituição vigente.

No topo da pirâmide de normas encontra-se a *Grundnorm*, ou norma fundamental, de natureza meramente formal. Funciona como um pressuposto epistemológico, que se destina a impor o acatamento de todas as demais normas e a constituir o fundamento último da sua validade.

Numa palavra, Kelsen propôs uma teoria pura e formalista do Direito. Pura, por separar o universo jurídico dos fenômenos sociais e Políticos. Formalista, porque o que conta para o apuramento da validade dos vários patamares normativos não é o conteúdo das normas mas a sua produção em conformidade com as de grau superior.

E a lição kelseniana deixou rasto.

Em sentido semelhante, e aceitando a concepção normativista de Hans Kelsen, surge um outro pensador fundamental no Direito contemporâneo - Herbert L. A. Hart. Também para ele o Direito é um sistema de normas. E também para ele a principal característica desse sistema normativo é a coercibilidade.

Por isso, a compreensão do Direito depende do estudo da norma. É a realidade normativa que, na complexidade da sua estrutura, encerra a explicação última do Direito.

Hart distingue. Existem normas que impõem obrigações e definem comportamentos - as normas primárias - e normas que atribuem poderes para criar ou modificar deveres ou obrigações - as normas secundárias. Estas, diz-nos, podem ser de reconhecimento ou alteração, se servem para adaptar as regras primárias às novas circunstâncias, e de julgamento, se asseguram o cumprimento das obrigações decorrentes das referidas normas primárias.

30.7. O que quer dizer tudo isto? Será aceitável este normativismo formalista que alguns preferem chamar de positivismo metodológico?

Ora bem, como sempre, há quem pense bem e diga que sim e há quem pense mal e diga que não.

Muitos autores perfilham, mesmo entre nós, as posições fundamentais de Kelsen e de Hart. Ainda que aqui e ali divirjam, são comuns os seus pontos de partida.

Mas não é essa a nossa opinião. E por que não?

Basicamente, porque se não prescinde de acentuar a importância dos valores no mundo do Direito. Valores contidos nas regras jurídicas. Valores que o Direito vai corporizando e que, em larga medida, traduzem a natureza intrínseca do Homem ou, por outras

palavras, a «natureza das coisas». Valores que, por isso, garantem ao Direito a sua legitimidade para regular a vida social.

30.8. É bem tempo de avançar uma conclusão. O que é, então, para nós, o Direito?

Três pontos são decisivos. E há apenas que os recordar:

1) O Direito anda associado à ideia de uma ordem de regulação da vida social que, necessariamente, envolve a imposição de certas condutas.

2) Nesse sentido, o Direito é uma ordem normativa.

3) O Direito distingue-se de outras ordens normativas porque resulta do exercício de um poder injuntivo dotado de coercibilidade material - o poder político -, o que o aparta de realidades nascidas do exercício do mero poder de influência ou, até, do poder injuntivo ligado à estrita coercibilidade psíquica.

A estes traços há agora que juntar dois aspectos essenciais. A importância dos valores que o Direito contém, veicula e impõe. E o envolvimento social que condiciona a sua criação e aplicação.

Então sim: o conceito de Direito é compreensível na sua total amplitude. O Direito entendido como síntese ou união de quatro dimensões entre si intimamente ligadas:

1) a dimensão normativa - o Direito como ordem reguladora da vida social;

2) a dimensão volitiva - o Direito como produto de manifestação de vontade do poder político;

3) a dimensão estrutural - o Direito influenciado, na sua génese e eficácia, pelas estruturas sociais, em sentido amplo (isto é, culturais, políticas, económicas e sociais, em sentido restrito), na ponderação de interesses conflitantes, e, simultaneamente, influenciando essas estruturas;

4) a dimensão axiológica - ponderando o Direito os conflitos de interesses que deve resolver à luz dos seus próprios valores definidores.

É verdadeiramente fundamental esta tetra-partição. O Direito não é só norma. Nem só acto do poder político. Nem só resultado da influência mecânica de certas estruturas sociais. Nem só valor, ou valores. É muito mais do que isso, porque é tudo, a um tempo.

30.9. Ora, a plena compreensão do que agora se propõe passa por quatro observações complementares. Cumpre retê-las.

A primeira, para recordar que não há nenhuma relação inevitável entre Direito e Estado. Existe, como repetidamente se insistiu, Direito supra-estadual e Direito infra-estadual.

A segunda, para lembrar que o poder político pode, além de ser supra ou infra-estadual, projectar-se à margem e mesmo contra o poder político do Estado. É, naturalmente e como se viu, o caso do costume.

A terceira, para esclarecer que o Direito é uma ordem normativa significa que, em cada sociedade e em cada fase histórica, existe um ordenamento jurídico dotado de uma unidade substancial. Por outras palavras, um ordenamento que não se reduz a um mero somatório de regras, abrangendo também princípios orientadores que se revelam decisivos. A última, para reconhecer que, se a coercibilidade não esgota, por si só, a definição do que seja o Direito, a verdade é que ela é determinante nessa mesma definição. O Direito é uma ordem normativa, que, para além de .ser socialmente situada e axiologicamente não neutra, se caracteriza precisamente por ser dotada de coercibilidade. Em breve, ao olhar com maior pormenor as manifestações de garantia do sistema, o nosso leitor perceberá porquê.

Para já, fique-se com uma perspectiva abrangente e multi-problemática do conceito de Direito. Só ela permite que, com fecundidade, se ensaiem definições e se testem categorias.

30.10. E quais as características do Direito? É possível sistematizá-las?

A História tem revelado inúmeros contributos neste sentido.

Mas esses contributos levantam, sistematicamente, os mesmos dois problemas. Variam em função da concepção de Direito perfilhada. E têm sido construídos como forma de distinguir o Direito das restantes ordens normativas e, muito em especial, da Moral.

Seja como for, podem apontar-se três características essenciais. A sociabilidade. A imperatividade. E a coercibilidade material. Vejamo-las.

O Direito caracteriza-se pela sociabilidade. Repetidamente se disse já que o Direito nasce como projecto de regulação da vida social. Que vive da ponderação do conflito social de interesses e que se realiza pela solução desse panorama conflitual. A sociabilidade como característica geral e definidora do Direito de novo. Ela é a conclusão lógica que, de há muito, se adivinhava forçosa.

E a imperatividade, o que é? É a característica das ordens normativas, cujas regras têm um sentido de dever ser. Será o caso do Direito?

Ora bem, dentro da distinção kantiana que contrapõe imperativos hipotéticos a imperativos categóricos, o Direito é formado por regras que constituem sempre imperativos categóricos. Ou seja, nada têm de hipotético, nada têm de condicional. É que o Direito não se apresenta como uma mera proposta que o destinatário, livremente, possa ou não cumprir. A regra jurídica não se configura como um simples conselho, um mero termo alternativo.

Neste sentido, portanto, é que se diz que o Direito é uma ordem imperativa. O Direito, no seu conjunto, é imperativo.

Duas verdades se encerram na simplicidade da fórmula. Primeira, a imperatividade do Direito não significa a inadmissibilidade da sua violação. Ao dirigir-se a seres humanos livres de o acatarem ou não, o Direito não esvazia, em regra, a manifestação da vontade dos seus destinatários. Pelo contrário, pressupõe-na. Por isso, prevê modos de incentivar o cumprimento das suas prescrições sancionando o desrespeito dos seus comandos. Segunda, a imperatividade do Direito afere-se no seu conjunto. Não é incompatível com a existência de regras Jurídicas não imperativas. Tal é o caso, por exemplo, das regras de aplicação retroactiva, das regras qualificativas, das regras que estatuem efeitos jurídicos independentes da actuação humana e das regras sobre regras.

E o que é a coercibilidade? Melhor dito, o que é a coercibilidade material, enquanto característica do Direito?

Ora bem, a ideia de coercibilidade tem vindo a ser insistentemente afluída ao longo deste volume. O nosso leitor já não hesita - trata-se de toda a problemática que se liga à susceptibilidade de aplicar coactivamente a sanção jurídica. Não é, pois, o conceito que interessa aqui desenvolver.

Importa saber, isso sim, se a coercibilidade é, ou não, característica do Direito. Ou, de outro modo, se pode existir Direito sem coercibilidade.

A coercibilidade, no sentido de coercibilidade material, é uma característica do Direito estadual e do Direito infra-estadual.

Está intimamente ligada aos princípios e regras do Direito estadual. Por isso, caracteriza-o no seu todo, mesmo que nem todas as suas regras sejam imediata ou integralmente susceptíveis de aplicação coerciva (por exemplo, regras constitucionais atinentes a actos políticos *stricto sensu*, que não são, no Direito português, objecto de garantia de cumprimento). E o mesmo vale para a generalidade do Direito infra-estadual, embora aí por força do seu acolhimento pelo Direito estadual - isto é, hoje, as sanções previstas no Direito infra-estadual vigoram quando o Direito estadual expressamente o permita.

Mas a verdade é que também no Direito supra-estadual existe coercibilidade -

coercibilidade material. É certo que o seu grau de afirmação é menor, até porque depende dos vários Direitos estaduais. No entanto, a evolução da comunidade internacional só é possível pelo alargamento de um Direito Internacional susceptível de aplicação coerciva (por exemplo, o Direito da União Europeia). E é esse o cenário dos nossos dias e, mais claramente ainda, dos dias que se avizinham, inquestionavelmente.

Claro que, para certos autores, subsistem zonas de Direito não estadual em que a coercibilidade material cede perante a coercibilidade psíquica. Mas são sempre espaços jurídicos específicos em que o Direito estadual entende não dever intervir. E, em regra, entende bem. No plano supra-estadual, é o caso do Direito Canónico, que só é dotado de coercibilidade material em Estados que se reconheçam confessionais, o que é cada vez menos frequente.

Em suma, o Direito é uma ordem imperativa, social e coerciva. Conclusões anunciadas que não podem, por isso, surpreender. A imperatividade decorre da normatividade. A sociabilidade resulta da demarcação objectiva do Direito, como ordem que se justifica pela intervenção na vida de pessoas e de grupos. A coercibilidade advém da necessidade de garantir ao Direito a completa efectivação do seu escopo regulador.

E esta síntese que o nosso leitor não pode deixar de lembrar.

31 - O Direito, a Moral e as outras ordens de conduta social

31.1. Já sabemos o que é o Direito. E já sabemos que o Direito é uma ordem normativa.

Mas a verdade é que toda a vida humana é baptizada por regras da mais variada natureza. Regras que, actuando por vezes em campos diferenciados, pretendem dar resposta às necessidades e aspirações do ser humano, visando o seu desenvolvimento integral. Toda a vida em sociedade assenta, portanto, numa teia imensa de regras que moldam ou pretendem moldar o comportamento humano.

Ter-se-á o leitor apercebido já disso? É possível que sim, corno é possível que não. A maior parte das vezes não há a plena consciência desta realidade. A vida do dia-a-dia apoia-se em actuações humanas que são condicionadas sem que exista a percepção individual do cumprimento de uma regra, de um dever ser.

E, no entanto, lá estão os sistemas de normas a pautar o pulsar colectivo.

31.2. Trata-se sempre de regras de comportamento social, é certo. Mas a ideia não é ainda muito clara.

Será possível tentar precisá-la?

É óbvio que sim. Não existe uma, mas várias ordens normativas de conduta social. Delas fazem parte regras com conteúdos e fins totalmente diversos.

Historicamente sobrepostas, não foi tarefa fácil, durante muito tempo, estabelecer uma fronteira nítida entre elas. O círculo era claramente vicioso. Se uma mesma actuação tinha conotações de vários níveis, a verdade é que a efectivação das diferentes ordens passava por uma tendência recíproca de identificação.

Só a evolução recente, e em determinados contextos culturais, permitiu fazer relevar a separação das ordens normativas. Assim foi em Portugal.

Por isso, hoje, é possível distinguir; hoje, é forçoso distinguir. Ordens normativas de conduta social são: a ordem moral, a ordem religiosa, a ordem de trato social e a ordem jurídica.

Ora bem, o que sabe o leitor de tudo isto? Sabe definir e caracterizar a ordem jurídica. E sabe - está agora em condições de saber que isso é ainda insuficiente. Impõe-se-lhe o passo decisivo. Delimitar o seu âmbito relativamente às restantes ordens normativas de conduta social.

3 1.3. 1. O primeiro grande desafio consiste em distinguir o Direito e a Moral. Fatalmente.

Ora, isso implica uma questão prévia. Saber o que é a Moral. Desde que nasceu que o nosso leitor se familiarizou com os mais variados juízos morais. Ouviu dizer que o vizinho *Xavier* tem uma vida imoral, que a tia *Zeferina* é uma moralista militante. Os princípios da «moral cristã» deveriam ser objecto de uma reflexão quotidiana... Mas sabe o que é verdadeiramente a Moral? Vamos ver.

É possível dizer que a Moral é uma ordem de condutas humanas que, constituindo um imperativo de consciência, visa o aperfeiçoamento individual, dirigindo a pessoa para o Bem.

Ou seja, a Moral revela algumas características decisivas. Identificadoras.

1) Na sua essencialidade surge como intra-individual, como uma relação da pessoa consigo mesma.

2) As suas regras apenas impõem deveres ou obrigações (nunca atribuem direitos, faculdades ou prerrogativas) - «não matar» é um imperativo moral, mas não existe o direito moral de exigir não ser morto.

Ora, a uma primeira análise, não parece deslocado concluir que as normas morais não

visam, fundamentalmente, regular relações sociais. Primariamente, o que nelas está em causa é o juízo que o ser considerado faz de si próprio, os padrões e valores que, segundo o seu juízo de Bem e de Mal, devem nortear a sua conduta. E é por isso que a violação da regra moral vai acarretar, em primeira linha, uma reacção do próprio sujeito - o arrependimento, o remorso, o desequilíbrio. O apelo à coercibilidade psíquica.

Contudo, não se simplifique o raciocínio. É que a Moral, ao estabelecer regras, valores e padrões individuais, vai condicionar o comportamento do ser. E, fazendo-o, vai condicionar, necessariamente, as relações do homem com o seu semelhante, projectando-se no social. A Moral não é, portanto, exclusivamente unilateral.

Os seus reflexos na vida da comunidade dão-lhe alteridade.

E aí, a grande questão. Porque só quando se plasmas nas relações sociais é que a ordem moral e as regras por que se exprime ganham maior relevância. A vida de todos os dias não deixa sentir outra coisa.

Frases populares como «não faças aos outros o que não queres que façam a ti», «cá se fazem, cá se pagam» são expressões de um complexo de valores morais que prevalecem na nossa comunidade. Expressão de um complexo de valores que são partilhados, de forma mais ou menos ampla, por todos os membros da comunidade. Expressão, portanto, de uma Moral que se positivou. É, por isso, usual chamar-se-lhe Moral Social.

E, quando assim é, a violação da regra não acarreta apenas reacções ao nível do sujeito que a violou, mas de toda a comunidade.

O infractor é afastado e rejeitado pelo círculo social em que se integrava. Ou seja, a sociedade censura a perturbação da ordem e castiga aqueles de entre os seus membros que contra ela atentem - marginalizando-os, ostracizando-os. É, como alguém recusando-os já disse, uma sanção social difusa. Portanto, e resumindo, a ordem moral é, na sua essência, uma ordem intra-subjectiva. Mas a sua incidência não pode ignorar a inserção social do ser humano e, por isso, acaba por se repercutir na vida da sociedade.

31.3.2. Ora bem, uma vez esclarecido o conceito, importa agora distinguir esta ordem moral da ordem jurídica.

Muitas têm sido as construções ensaiadas. Vejamos algumas delas.

1) A primeira via é a de encontrar uma explicação teórica global que permita estabelecer uma separação nítida entre o moral e o jurídico.

E aí, dois ensaios foram historicamente determinantes. A teoria do mínimo ético e a teoria da exterioridade.

A teoria do mínimo ético diz-nos que o Direito, em si, também seria Moral. Corresponderia, no entanto, apenas àquelas regras morais cuja observância se impunha com o máximo de intensidade e, por isso mesmo, seriam assistidas de coercibilidade e de um aparelho coercivo organizado. Imaginando a sobreposição normativa representada por dois círculos concêntricos, o Direito representaria o círculo de menor diâmetro e a Moral o círculo de maior diâmetro.

Serve esta teoria? Uma resposta imediata diria que não, com o seguinte argumento: se, em muitos domínios essenciais, o Direito pode não ser estranho a valorações morais (por exemplo, o Direito Constitucional, o Direito Penal, o Direito Civil ...), a verdade é que nem toda a regra jurídica tem necessariamente uma conotação de natureza ética. Que conteúdo moral teria uma regra de trânsito? Ou que conteúdo moral teria a regra que estabelece a cor dos fardamentos dos militares? Não subscrevemos esta crítica porque ela se prende a regras de Direito isoladas, não olha para o Direito como um todo. Que, assim visto, contém sempre valores. A razão por que afastamos a teoria do mínimo ético é outra; ela serve para traduzir uma área de sobreposição do Direito à Moral, mas não serve nem para explicar o que circunscreve essa área, nem para, mesmo nela, esclarecer o que é próprio da Moral e aquilo que o Direito lhe adita (para além da coercibilidade).

2) A teoria da exterioridade diz-nos que o Direito atende ao lado externo das condutas humanas, enquanto que a Moral atenderia ao seu lado interno.

Será verdade? Também não. Nada há de mais enganador. A Moral não se satisfaz com a simples intenção de fazer o Bem. Exige que se pratique o Bem. E o Direito não negligencia a ponderação das intenções e motivações. Não é, por exemplo, juridicamente indiferente que *António* atropеле e mate *Bernardo* porque deliberada e conscientemente o quis fazer, ou porque não reparou no sinal avisador da travessia de peões colocado a uns metros do local do acidente...

Contudo, e embora na sua formulação absoluta a teoria da exterioridade não seja correcta, ela permite aproveitar uma ideia essencial. É que são diferentes os pontos de partida do Direito e da Moral. Enquanto que o Direito pressupõe sempre uma exteriorização, a Moral parte do lado interno da conduta. O simples pensar em matar é já moralmente reprovável, embora não seja ainda juridicamente relevante. O Direito espera pela manifestação exterior da conduta, a Moral antecipa-se-lhe.

Mas existe uma segunda via. A de tentar distinguir Direito e Moral através de uma contraposição das suas características. Esse o nosso caminho.

Então, quatro aspectos são decisivos. A finalidade. A essência. A consciencialização subjectiva. E a natureza da coercibilidade. Vejamo-los.

1) São diferentes as finalidades da Moral e do Direito. A Moral visa dirigir a pessoa para

o Bem, visa o aperfeiçoamento individual. O Direito visa assegurar o desenvolvimento da pessoa pelo estabelecimento das regras que regulam as relações essenciais de uma sociedade, visando a sua subsistência e a convivência harmoniosa dos seus membros.

2) É diferente a essência da Moral e do Direito. Aquela é naturalmente intra-subjectiva, relacionando a pessoa consigo mesma. Este é forçosamente inter-subjectivo, procurando a compatibilização entre os diversos sujeitos sociais e os interesses conflitantes de que, em regra, são portadores.

3) Por isso, a exigência da consciencialização subjectiva é diferente nas duas ordens normativas. A regra moral passa sempre pelo crivo da consciência do sujeito, enquanto imperativo de consciência. A regra jurídica dispensa normalmente a consciência individual para ser aplicada - funcionalmente dirigida à **disciplina** das relações sociais, ela não cede perante a ignorância ou o erro sobre o Direito.

4) É diferente, finalmente, a natureza da coercibilidade na Moral e no Direito. A regra moral é assistida apenas de coercibilidade psíquica. Mas já o Direito se caracteriza, como vimos, por ser uma ordem de coercibilidade material em que, Portanto, existe a susceptibilidade de, se necessário, impor pela força o seu cumprimento.

A ordem moral é, assim, uma ordem normativa essencialmente intra-subjectiva que, por imperativo de consciência e com base numa coercibilidade psíquica, se dirige à realização do Bem.

A ordem jurídica é uma ordem normativa inter-subjectiva e assistida de coercibilidade material, que, sem uma forçosa consciencialização individual, visa a regulação da vida do homem e dos seus grupos pela composição dos interesses em conflito.

Estes os grandes traços definidores dos dois grandes sistemas normativos quando olhados na sua pureza de princípio. No entanto, só nesses termos podem ser entendidos. E porquê? Porque não permitem esquecer as reflexões impostas pela consideração das implicações exteriores da Moral, nomeadamente a referência à Moral Positiva ou Social, ou sequer a ponderação das motivações individuais no quadro da abordagem jurídica.

31.4. 1. Segundo grande passo que cumpre dar - o de distinguir o Direito da Religião. Mas talvez esta distinção surja mais fácil e mais imediata ao nosso leitor. E natural. Já sabemos o que é o Direito, vejamos então o que é a Religião.

Pois bem, a ordem religiosa representa uma ordem de Fé.

Caracteriza-se por permitir ao homem elevar-se da sua condição terrena e relacionar-se com a divindade ou divindades, quer directamente, quer através dos seus representantes na Terra.

As normas religiosas definem-se pelo facto de o seu fundamento radicar nessa ou nessas divindades, concebida ou concebidas como um ente ou entes superiores e perfeitos.

E, assim, a ordem religiosa vai constituir uma ordem normativa que impõe condutas quer nas relações do crente com a divindade, quer nas relações com o seu semelhante. Os cristãos, por exemplo, encontram nos Dez Mandamentos da Lei de Deus regras que os obrigam a «amar a Deus sobre todas as coisas», «honrar pai e mãe», «não furtar», «não matar». Do mesmo modo receberam das Bem-Aventuranças um roteiro de imperativos positivos que completam os ditames dos mandamentos.

Trata-se, pois, de uma ordem normativa que, enquanto ordem de Fé, é essencialmente intra-individual ou intra-subjectiva. Mas que, à semelhança do que acontece com a Moral, e porque o comportamento do crente é condicionado pelos seus valores religiosos, se vai repercutir nas relações sociais.

31.4.2. Fica a questão essencial. Como distinguir o Direito da Religião?

Atendendo à diversidade de fundamento, finalidade, essência e eficácia.

1) A Religião assenta na Fé individual do crente e as suas normas retiram o seu fundamento da divindade. O Direito é estranho à ideia de Fé.

2) A Religião é uma ordem que tem um sentido de transcendência, que ordena condutas, tendo em conta a relação com Deus. O Direito visa regular as relações essenciais de uma comunidade, assegurando o desenvolvimento harmonioso dos seus membros.

3) A Religião é essencialmente intra-subjectiva. O Direito é essencialmente inter-subjectivo.

4) A Religião não é assistida de coercibilidade material e as suas normas apenas vinculam os crentes - estes, se violarem a ordem, poderão não ganhar o paraíso, ou perder a felicidade perene. o Direito, sabemo-lo repetidamente, caracteriza-se pela coercibilidade material e é dotado de uma estrutura organizada que impõe e assegura o cumprimento das suas normas e reprime a sua violação.

Quatro aspectos decisivos. Quatro diferenças a reter.

3 1.5. 1. Terceiro momento, distinguir Direito e ordem de trato social. E o que é então esta ordem?

O homem é um animal social. Para ele, viver é necessariamente conviver.

Por isso, em cada época e em cada meio, existe sempre um conjunto, mais ou menos amplo, de regras de convivência social. São regras que, não sendo essenciais à sobrevivência da própria comunidade, como, por exemplo, as regras jurídicas, visam assegurar um bom relacionamento entre os seus membros, tomando as relações sociais mais fluentes.

Podem identificar-se como regras de trato social os usos. Os usos que não são costumes, naturalmente. E eles podem corresponder a uma moral positivada ou social. Basta que a fluidez do convívio - 1 social passe pela recomendação de práticas reiteradas a que não e alheia uma conotação ética.

Exemplos? Cumprimentar o vizinho nas escadas do prédio, oferecer o lugar a uma senhora mais velha, ou respeitar a fila de espera na padaria. Situações de um quotidiano que o nosso leitor certamente reconhecerá. No entanto, por vezes, as normas de trato social apenas vigoram em determinados grupos fechados, de natureza ética, religiosa, cultural ou linguística específica - por exemplo, descalçar-se ao entrar na casa de um muçulmano.

Seja como for e seja qual for o seu universo de aplicação, são sempre normas. E são normas de trato social.

31.5.2. Como distingui-las do Direito?

Traçando a fronteira agora com base, mais visível, num ponto. O ponto mais evidente.

O Direito é assistido de coercibilidade material. A ordem de trato social não.

A violação da regra de trato social importa a rejeição ou o afastamento de quem é socialmente indesejado. Mas não vai além disso.

Porque se a sanção atingir o degrau da coercibilidade material, então a regra de trato social juridificou-se. Seja por via consuetudinária, seja por acolhimento do Direito escrito. O convívio social é, então, juridicamente disciplinado. Já não é o mero trato social que está em causa.

31.6.1. Mas não foi por acaso que atrás usámos as expressões «mais visível» e «mais evidente». E que um outro ponto distintivo existe, ainda que menos saliente: a essencialidade. O Direito só comporta as regras de conduta essenciais à vida em sociedade. E é essa essencialidade que justifica a coercibilidade.

A ordem jurídica é, portanto, uma ordem normativa. Mas é uma ordem normativa que não se confunde com as demais. É distinta da Moral. É distinta da Religião. E é distinta do Trato Social.

Neste aspecto, as suas fronteiras estão traçadas.

No entanto, quando se trata de precisar o seu conteúdo, impõe-se ainda duas referências. Que são duas reflexões.

A da relação entre a ordem jurídica e a ordem científica. E a da relação entre ordem jurídica e ordem técnica.

31.6.2. A ordem jurídica diferencia-se da ordem científica.

Aquela sabemos o que é. E esta, das duas uma. Ou consubstancia um conjunto de leis científicas que exprimem relações, normalmente de causalidade, entre factos ou fenómenos espontâneos ou provocados, resultando da observação e experimentação da realidade e da generalização dos resultados obtidos, nos termos próprios das ciências experimentais, ou corporiza um conjunto de leis que consagram relações entre conceitos ou realidades abstractas, inferidas por métodos dedutivos, nos moldes das ciências exactas.

Ora bem, num ou noutro caso, a lei científica não contém um dever ser, antes é uma construção de verificação necessária. Ao contrário da regra jurídica, não pode ser violada. A sua infirmação, num caso concreto, apenas significa que está deficientemente formulada e deve, por isso, ser reponderada. Por isso é tão discutível a elaboração de verdadeiras leis nas ciências sociais, onde melhor se falará de relações tendenciais ou propensões.

De qualquer modo, uma coisa é segura. A ordem jurídica nada tem a ver com a ordem científica. A regra jurídica nada tem a ver com a lei científica.

A diferença é ostensiva. E na essência, na estrutura, na natureza. E, assim sendo, não é preciso avançar em indagações que só confirmariam aquilo de que já ninguém duvida.

31.6.3. Finalmente, a ordem jurídica distingue-se da ordem técnica. Como?

Ora bem, esta exprime-se através de regras de conduta social que determinam comportamentos com vista à obtenção de resultados. Parece óbvia a diversidade.

A ordem jurídica é constituída por regras que se caracterizam por encerrar um dever ser, por nada terem de condicional. Ao destinatário não é dada a opção de conformar, ou não, o seu comportamento com a previsão da regra, segundo as suas conveniências. Pelo contrário e caracteristicamente, a regra pretende em absoluto aplicar-se.

Existe, naturalmente, pode sempre dizer-se, uma possibilidade fáctica de o destinatário

se rebelar contra a regra - e a ordem que a sustenta - e de a violar. Mas o importante é perceber que a imperatividade do sistema não é posta em causa.

A ordem jurídica e as suas regras dirigem-se a seres racionais. Homens e mulheres que são livres de as desrespeitarem. Mas será que, por isso, a regra jurídica deixa de conter um imperativo de conduta social? Claro que não. Pelo contrário. Só o que é imperativo pode ser violado. Só em relação a um dever ser é que faz sentido falar-se na rebelião da vontade humana.

A existência de sanções prova-o. Por que prevêm as regras consequências desagradáveis para a hipótese de serem violadas? Justamente, porque o sujeito está - de forma imperativa - obrigado a uma dada conduta. Se não, não teriam sentido.

Quando *Eduardo* é condenado a oito anos de prisão por ter morto *Francisca*, é-lhe imposto um sofrimento e é-lhe reprovado o mal cometido. E porquê? Porque existe o dever de não matar e porque esse dever é normativamente enquadrado em termos de exprimir um dever ser. Por isso, pode a sociedade punir. Por isso, deve *Eduardo* aceitar a pena.

Ora, nada disto se passa na ordem técnica. Uma ordem condicional, por definição. As suas regras representam, na distinção kantiana, imperativos hipotéticos. Nunca categóricos. O técnico dirá sempre: «Se queres obter água, tens ... », «se queres aumentar a velocidade, tens ... ».

Daí que, se o sujeito se desinteressar do resultado e não seguir a regra técnica, não haja sanção a aplicar. Não há dever.

Não há violação de dever. Não pode haver censura.

No entanto, pensará o leitor mais atento, será isto sempre assim? Será que, por exemplo, uma fábrica de produtos tóxicos pode escolher entre respeitar ou não determinadas regras técnicas de segurança? Será que, numa fase especialmente perigosa da construção de uma barragem, o empreiteiro pode decidir não recorrer aos cabos de segurança adequados, considerando que estes são demasiado caros? É muito provável que não. Em Portugal ou na China. Mas é importante que se perceba porquê.

Existem domínios da técnica que, pela sua importância, são objecto de tratamento jurídico. Ou seja, as regras técnicas são acolhidas pelas regras jurídicas, que remetem a disciplina de certas condutas humanas para padrões técnicos.

Mas nada mais do que isso. A ordem técnica não vê a sua natureza alterar-se num e noutro caso. É claro que, havendo uma juridificação de domínios técnicos essenciais, surge a possibilidade de violação e surgem as sanções. Mas a imperatividade que as

explica decorre exclusivamente dessa recepção que o Direito operou.

Em suma, tal como a ordem científica, também a ordem técnica se não identifica com a ordem jurídica. E, também aqui, a diferença é manifesta.

32 - Definição e características da regra jurídica

32. 1. Temos vindo a falar do Direito. Olhámo-lo em quatro dimensões. Uma, é a dimensão normativa. Indiscutivelmente fundamental.

Abrange princípios e regras de Direito que, não existindo isoladamente, constituem um corpo unitário e logicamente coerente - o sistema jurídico.

Simplificando, pode ver-se o ordenamento jurídico de cada Estado *como um puzzle*, em que cada princípio e regra jurídica constitui uma peça com um lugar relativamente definido. Mas que não é *um puzzle* completo, fechado. Por natureza, o *puzzle* não está acabado, é aberto, tem, nomeadamente, lacunas a preencher. Cabe ao jurista, na sua actividade de estudo, interpretação e aplicação do Direito, descobrir, em cada momento, o lugar preciso que ocupa a regra ou o princípio e retirar daí as consequências. Tal como preencher os vazios ou as lacunas que sempre existem.

E tudo dentro de uma lógica de conjunto. De um conjunto que é aberto. E é móvel. A posição relativa das suas peças muda ao longo do tempo, embora havendo sempre uma lógica global.

É que cada sistema jurídico possui uma lógica global própria, que o distingue dos demais. Caracterizam-na os princípios fundamentais que constituem, em cada momento e lugar, as pedras angulares em que se alicerça.

Por isso, o intérprete não pode, numa perspectiva extra-literal, prescindir do elemento sistemático. E, também por isso, o integrador de lacunas não pode prescindir da referência ao espírito do sistema. Já o vimos, e agora percebemo-lo.

É decisivo ponderar a unidade do sistema. Senti-la. Dar-lhe espaço. Mas como fazê-lo, na prática?

De duas uma. Descobrir a regra a partir do espírito do sistema e dos grandes princípios que o norteiam. Ou partindo da regra para, através dela, atingir os grandes princípios definidores do sistema. Isto é, numa aproximação necessariamente simplificada, deduzindo a regra ou induzindo o princípio.

Ambas as formas são correctas e perfeitamente admissíveis. Mais do que isso, elas são complementares. A função do sistema projecta-se nessa dualidade. A conjugação

significa, aqui, uma otimização.

32.2. Importa agora dividir a análise. Tratemos da regra jurídica, em primeiro lugar.

O que é? Como se caracteriza?

Ora bem, questão inicial é a da sua estrutura. E é uma questão tão fatal como decisiva.

A regra jurídica não é uma realidade unitária. Indiferenciada. Pelo contrário.

A regra jurídica é estruturalmente bifronte. É previsão e é estatuição. Ou seja, prevê uma situação de facto a que faz corresponder certos efeitos jurídicos.

Por exemplo, «quem matar outrem será punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos». A previsão normativa é, naturalmente, «quem matar outrem [...]». E a estatuição «[... 1 será punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos». Ou seja, todo aquele que mate uma outra pessoa será punido nestes termos.

Significa isto que a dualidade estrutural serve para suportar a ideia de uma relação de estrita causalidade, à maneira das ciências naturais, do tipo causa-efeito?

Claro que não. É normativa a natureza do problema. Trata-se das consequências jurídicas que a norma associa à verificação da hipótese jurídica que formulou. E é importante perceber isto.

A previsão da regra é uma previsão normativa. As situações da vida a que se reporta estão juridicamente qualificadas. Quem tenha dúvidas deve reflectir sobre elas. Por exemplo: «Quem matar outrem» significa o quê? É certo que, se *Guilherme* der um tiro no coração de *Helena* e esta morrer, se diz que aquele a matou. Mas, e se *Isabel*, médica, desligar os aparelhos a que se encontra ligado um doente com diagnóstico de morte cerebral? Matou o doente? E se *João*, pai de uma criança de 4 anos, não reparando que ela brinca no mar, se ausentar para beber um café e deparar, no regresso, com o afogamento fatal? Matou o filho?

E a estatuição da regra é uma estatuição normativa. Na sua essencialidade, também ela é jurídica e não fáctica.

Nada lembra, portanto, o fenómeno causal do mundo natural. A estrutura da regra ou a relação previsão/estatuição são problemas jurídicos que supõem uma aproximação normativa.

Duas notas para terminar. Dois breves parêntesis que importa não esquecer.

1) A regra jurídica não tem necessariamente de coincidir com certa disposição ou preceito do diploma *A, B ou C*. Muitas vezes, a regra jurídica obriga à conjugação de duas ou mais disposições (por exemplo, o Artigo X da lei A contém só a previsão e o artigo Y da lei C contém a estatuição). Ora, isso não quer dizer que a regra, em si mesma, deixe de ser composta de previsão e estatuição. Convém não o esquecer quando houver que interpretar e aplicar essa regra.

2) Pode acontecer que uma determinada regra jurídica não tenha a estrutura dual apontada. Trata-se de uma estrutura-tipo que, por isso mesmo, pode não se verificar em regras marginais do sistema. É meramente tendencial.

32.3. Conhecida a estrutura, cumpre explorar as características da regra jurídica.

Discutem-se, essencialmente, cinco. A hipoteticidade, a generalidade, a abstracção, a bilateralidade e a imperatividade. Vejamo-las, sucessivamente.

1) A regra jurídica é hipotética. Pretende aplicar-se, apenas, aos casos que prevê. E, por isso, só se aplica quando se verificam os factos ou situações que integrem a sua previsão. Parece algo redundante e, no fundo, não deixa de ser. A regra jurídica que pretende regular o facto Z pretende apenas regular o facto Z. Isso quer dizer que só se aplica se se verificar o facto Z. A sua estatuição depende da hipótese de se verificar o facto Z. A regra é hipotética, - promessa, diga que «o promitente vendedor que for responsável pela não celebração do contrato prometido é obrigado a restituir, ao promitente comprador, o dobro do sinal recebido». A hipoteticidade da regra faz com que só exista a obrigação de restituir o sinal em dobro se houver incumprimento por parte do promitente vendedor.

2) E será a regra jurídica geral? Tendencialmente sim, mas a verdade é que existem muitas excepções. A generalidade não pode, pois, ser entendida como uma característica da regra jurídica. Pelo menos, caso se entenda, como parece preferível, que característico é apenas aquilo que é forçoso, que é necessário, aquilo cuja falta compromete a existência da figura a que se reporta. A regra jurídica só seria geral, então, se tivesse que existir sempre uma indeterminabilidade dos seus destinatários. Indeterminabilidade apurada à data da feitura da lei. Mas isto não é verdade.

Existem situações de indeterminação que são determináveis, existem situações de mera pluralidade de destinatários, existem situações de unidade de destinatário, seja pessoa individual ou colectiva. O suficiente para reconhecer que não há uma exigência de generalidade para todas as regras jurídicas. De resto, só assim se compreende que existam matérias em que a questão da generalidade é expressamente mencionada como requisito necessário. É o Caso das regras sobre «direitos, liberdades e garantias dos cidadãos», de acordo com o Artigo 18.º, ri.º 3, da Constituição.

3) A regra jurídica é abstracta? Toda a regra jurídica deve supor que, no momento em que é criada, existe uma indeterminabilidade das situações de facto a que se dirige? Supomos que não. É que não se devem tomar por verdades as verdades meramente tendenciais. Importa não confundir indeterminabilidade e indeterminação. Porque existem regras que se dirigem a situações de facto que podem ser indeterminadas, mas que não são indetermináveis. É claramente o caso das leis dirigidas a situações de facto bem precisas e o caso das leis retroactivas. Por isso, também aqui, a especial menção da exigência de abstracção no domínio dos «direitos, liberdades e garantias» (Artigo 18.º, n.º 3, da Constituição).

4) E bilateral? Também é preferível dizer que não. É ambíguo o sentido da bilateralidade. Contudo, é normalmente conotado com a ideia de que o Direito pressupõe sempre duas pessoas, uma relação jurídica; e, em termos tais, que os direitos, prerrogativas ou faculdades atribuídas a um dos sujeitos vão corresponder aos deveres, obrigações ou sujeições impostas ao outro. Ora, isto não parece defensável. Há regras que só atribuem direitos. E regras que só impõem deveres. Lembre-se o Direito Penal, em que ao dever de não matar não corresponde, propriamente e se não houver uma vítima determinada, um direito a não ser morto. A regra jurídica não pode, assim, caracterizar-se como bilateral. Ela é uma regra marcada pela alteridade ou sociabilidade do Direito em geral, mas nem sempre é uma regra bilateral.

5) A regra jurídica é imperativa? Exprime um comando, uma ordem dirigida ao sujeito seu destinatário? Mais uma vez, não nos parece. Não são imperativas as regras retroactivas, não são imperativas as regras meramente qualificativas ou definitórias, não são imperativas as regras que produzem efeitos automáticos, não são imperativas as regras sobre regras. E porquê? Porque só as regras de conduta são imperativas. E nenhuma destas categorias de regras se reconduz à ideia de regra de conduta. Só existe imperatividade quando o sujeito possa conformar o seu comportamento de acordo com o disposto na regra. E nem em todos os casos é esta a situação. Por isso, a imperatividade caracteriza globalmente a ordem jurídica mas não pode estar presente em todas e em cada uma das regras jurídicas.

Como caracterizar a regra jurídica, afinal? Como uma regra hipotética. Como uma regra que apenas tendencialmente é geral e abstracta. E como uma regra que exprime a sociabilidade e a imperatividade do sistema.

33 - Os tipos de regras jurídicas

33. 1. Existem diversas classificações de regras de Direito.

Não importa referi-las a todas. Vamos apenas mencionar as mais significativas.

Três das classificações já foram atrás afloradas, pelo que cumpre sobretudo recordá-las.

33.2. A primeira distingue as regras jurídicas em principais ou primárias e derivadas ou secundárias. Aquelas resultam directamente de interpretação do Direito objectivo. Estas atingem-se mediante a operação intelectual a que chamámos inferência lógica de regras implícitas (por exemplo, usando o argumento lógico segundo o qual «quem pode o mais, pode o menos»).

Se uma lei permitir à Administração expropriar por utilidade pública certo bem, a regra primária contida na lei consagra tal faculdade específica. Mas dela pode inferir-se, se nada noutra lei o impedir, que a Administração Pública, na situação considerada, dispõe da faculdade de requisitar o mesmo bem. Isto porque a requisição constitui um acto de sacrifício do direito de propriedade privada menos intenso do que a expropriação.

33.3. Segunda distinção é a que separa as regras jurídicas inovadoras das regras jurídicas interpretativas. Uma renovam ou alteram regras jurídicas pré-existentes. Outras limitam-se a interpretar, ou seja, a decifrar o sentido de fontes jurídicas anteriores já eficazes.

Já se sabe: a interpretação do Direito vigente pode ser feita por diversas entidades e com diferente alcance. Uma das possibilidades de interpretação de fontes de Direito é a de ela caber a órgão que para o efeito emite novas regras. Estas são as regras interpretativas, que valem o mesmo que as interpretadas e produzem efeitos desde o momento da entrada em vigor destas. que determina que «a falta de provisão em cheque de valor insignificante não importa procedimento criminal contra o sacador». Ora, a lei Y que, em 24 de Novembro de 1993, e para efeitos de aplicação daquela lei X, venha a estabelecer que «por valor insignificante deve entender-se a quantia igual ou inferior à diária do salário mínimo nacional, na sua expressão mínima (serviço doméstico)», é uma lei interpretativa. A lei Y, ao contrário da lei X, contém regras interpretativas. Por isso, a lei Y vale o mesmo que a lei X e vê os seus efeitos retroagirem a 1 de Fevereiro de 1992.

33.4. Outra classificação que já se conhece é a que aparta regras jurídicas gerais, regras jurídicas especiais e regras jurídicas excepcionais. Importa agora aprofundar o regime jurídico encerrado em cada uma delas.

As primeiras definem uma disciplina que vale para a generalidade dos factos ou das situações consideradas. As segundas só se reportam a uma parte de certa modalidade de factos ou situações, parte essa que, no entanto, não justifica um regime oposto a todos os demais factos ou situações da mesma modalidade. As terceiras também se referem apenas a um ou alguns factos ou situações de certa espécie, mas que agora exigem um tratamento pelo Direito contrário ao da generalidade dos factos ou situações da espécie encarada.

Por exemplo, regra geral é a que impõe o dever de pagamento de certo imposto a

cidadãos que trabalhem por conta de outrem. Regra especial é aquela que preveja o mesmo dever para uma categoria de cidadãos que desenvolvam uma determinada modalidade de trabalho por conta de outrem. E regra excepcional é a que isenta do aludido imposto um sector de cidadãos que, pela aplicação da regra geral, estaria obrigado ao seu pagamento.

Como já se explicou, a regra especial, por não ser necessariamente contrária à regra geral, é passível de aplicação analógica.

A regra excepcional, ao invés, não pode ser aplicada analogicamente a uma regra geral de conteúdo oposto ao seu.

Entretanto, como também já se adiantou, a regra geral só revoga uma regra especial se inequivocamente traduzir tal propósito, e, em princípio, salvo disposição expressa nesse sentido, também não revoga uma regra excepcional em vigor.

Não se confunde a tripartição entre regras gerais, especiais e excepcionais com a bipartição entre regras comuns e regras particulares. Neste caso, as primeiras são aplicáveis a todas as pessoas que se encontram em certa situação e as segundas só a algumas de entre elas. Enquanto que um critério é de regime, o outro é de elenco dos destinatários. As regras comuns normalmente são articulares podem ser especiais ou excepcionais.

33.5. Quanto ao âmbito espacial da sua eficácia, isto é, a área geográfica na qual produzem efeitos, as regras de Direito distinguem-se entre nacionais ou globais, regionais e locais.

As regras nacionais ou globais destinam-se a vigorar em todo o território do Estado. As regras regionais visam aplicar-se numa região dentro do Estado. As regras locais destinam-se a valer numa autarquia local infra-regional.

Esta classificação só respeita a regras estaduais e infra-estaduais. No caso português permite considerar regras globais, as contidas na maior parte das leis e decretos-leis, regras regionais as integradas nos decretos legislativos regionais, e regras locais por exemplo, as inseridas nas posturas municipais.

33.6. Atendendo ao seu conteúdo, podem ainda ser diferenciadas as regras jurídicas proibitivas, preceptivas e permissivas.

Regras proibitivas são as que interditam certas condutas.

Por exemplo, a regra que impede um indivíduo casado de celebrar outro casamento.

Regras preceptivas são as que impõem determinado comportamento. Por exemplo, as regras que obrigam ao cumprimento dos contratos.

Regras permissivas são as que autorizam ou conferem a possibilidade de os seus destinatários adoptarem um certo comportamento. Por exemplo, a regra que permite que o vendedor de uma coisa reserve para si a propriedade sobre ela, em caso de o comprador não a pagar integralmente dentro de certo prazo.

33.7. Ainda quanto ao conteúdo, mas agora em função de ele poder ser, ou não, afastado pelos indivíduos destinatários, pode falar-se em regras injuntivas e em regras dispositivas.

As regras injuntivas - que podem ser proibitivas ou preceptivas não estão na disponibilidade dos destinatários.

Já o mesmo não se passa com as regras dispositivas, que apelam à livre vontade dos seus destinatários. É o caso das regras permissivas e, ainda, das regras supletivas, ou seja, daquelas que só se aplicam se os indivíduos não tiverem, livremente, regulado a matéria em causa. Por exemplo, a regra que diz que o local de cumprimento de uma obrigação é o domicílio do credor (Código Civil, Artigo 885.º, n.º 2).

33.8. As regras de Direito podem possuir conteúdo independente do de outras regras jurídicas. É o caso das regras autónomas. Ou podem, diversamente, referir-se a outras regras jurídicas, e, então, dizem-se não autónomas.

Já conhecemos exemplos de regras não autónomas. Lembre-se as regras remissivas, que remetem a disciplina de certo facto ou situação para outra regra jurídica. Caso das regras de direito transitório formal e das chamadas regras de conflitos ou de Direito Internacional Privado.

Além das regras remissivas, consideram-se regras não autónomas ainda as que contêm ficções ou presunções.

Ora, o que é uma ficção jurídica?

No dia-a-dia, uma obra de ficção - por exemplo, literária ou cinematográfica - é aquela que não coincide com a realidade, ultrapassando-a ou recriando-a.

Para o Direito a ficção representa a Ponte entre situações de facto diferentes mas que ele pretende tratar do mesmo modo. Por isso, ficcionar que *A* é igual a *B* é identificar *A* e *B*, que facticamente são muito diversos, para lhes aplicar o mesmo regime jurídico.

A regra de Direito que contém essa ficção é uma regra não autónoma, pois devolve o

tratamento da situação A para outra regra - a que regula a situação B. Um exemplo é o da regra que manda considerar como acto administrativo de indeferimento, para efeito de recurso a Tribunal, o silêncio da Administração Pública relativamente a um pedido do particular, se tiver decorrido certo lapso de tempo.

E uma presunção jurídica, o que é?

Há uma presunção quando, perante a dúvida sobre os contornos de certo facto ou situação a regular, a regra de Direito supõe que esses contornos são os de Outro facto ou situação previstos numa outra regra jurídica. Também aqui a regra de Direito devolve para outra regra a regulação da matéria.

Enquanto na ficção se sabe que os factos ou situações são diferentes, embora tratados como iguais pelo Direito, na presunção desconhece-se o traçado exacto do facto ou situação a regular e daí o recurso a outro ou a outra já regidos pelo Direito.

As presunções podem ser absolutas, se não são susceptíveis de afastamento por prova em contrário, ou relativas, se essa prova é possível. Os juristas chamam às primeiras presunções *jure et de jure* e às segundas presunções *juris tantum*.

Três exemplos. Presunção relativa é a que estabelece a inocência do arguido durante o desenrolar do processo, ou a que considera o marido da mãe como pai da criança. Presunção absoluta é a que determina que a posse adquirida violentamente é tida como posse de má-fé.

33 9. Finalmente, há que esclarecer que número indeterminável de factos (concretos) e de indivíduos (individuais) destinatários, e então é abstracta e geral. Ou a regra de Direito pode dirigir-se a respeitar a certo ou certos factos e indivíduos, determináveis no instante da sua entrada em vigor, e então carece de abstracção e generalidade.

Às regras jurídicas abstractas e genéricas dá-se, muitas vezes, o nome de normas jurídicas. E essa parece ser a melhor orientação. Falar de norma de Direito como sinónimo de regra de Direito suscita confusões, perfeitamente, evitáveis. É preferível usar sempre a expressão de regra jurídica com o sentido de regra de conduta social, dotada de coercibilidade material. E só chamar norma à regra abstracta e geral.

Assim, norma é a regra que pune com pena de prisão o crime de homicídio, uma vez que é aplicável a todo e qualquer homicídio e a todo e qualquer criminoso.

Não normativa é a regra jurídica que dá uma pensão de sangue aos herdeiros de um militar famoso, que aprova medidas de emergência para uma região assolada por uma calamidade, ou que confere um subsídio para os produtores de certo bem que, em determinado momento, tiveram de enfrentar uma situação de concorrência agravada por

parte de estrangeiros não membros da União Europeia (por exemplo, os produtores de têxteis do Extremo Oriente).

34 - A definição e a relevância do princípio jurídico

34. 1. Além da regra jurídica, também o princípio jurídico se integra no Direito objectivo. Como antes vimos, o princípio jurídico não se encontra necessariamente expresso numa disposição ou num preceito. Antes se retira da análise e conjugação de diversas regras jurídicas.

Na medida em que ele inspira essas regras, fácil é inferi-lo a partir delas, já que constituem seu afloramento.

Assim, o princípio da justiça inspira um elevado número de regras do Direito português actual. Tal como o princípio da imparcialidade da Administração Pública ou o princípio da proporcionalidade de toda e qualquer actuação do poder político do Estado.

34.2. Qual é o valor dos princípios jurídicos? É igual ao das regras jurídicas?

Trata-se de matéria especializada, que merece estudo atento em cada ramo do Direito.

Como ideia geral, diremos que são passíveis três posições.

A daqueles para quem os princípios jurídicos não têm relevância nenhuma.

A dos que entendem que os princípios jurídicos dispõem de relevância indirecta, ou seja, valem na medida em que se projectem em diversas regras jurídicas. Na interpretação e integração de lacunas valem, assim, o que valerem essas regras.

Finalmente, a Posição da relevância jurídica plena, segundo a qual, uma vez apurado, o princípio de Direito tem valor próprio, autónomo de cada uma das regras específicas que inspirar.

No nosso Direito, tal como na generalidade dos ordenamentos jurídicos actuais, é esta última orientação a mais usualmente aceite.

Os princípios jurídicos, também eles, são Direito. E a sua violação autónoma pode e deve ser invocada para efeito da afirmação do Direito.

35 - O direito e as relações sociais de interesses

35.1. Já sabemos que o Direito vive do humano e para o humano. Desenvolve-se na sociedade que o justifica. A sua vocação é servir um projecto colectivo, que resulta de

conflitos e tensões consensualmente ultrapassados ou disciplinados.

A sociedade, e sobretudo a sociedade estadual que primariamente nos ocupa, nasce de um encontro de forças vivas. Forças que, as mais das vezes, tendem a descobrir mútuos pontos de fricção e espaços de discórdia.

Porquê? Porque os indivíduos que compõem essa sociedade são movidos por interesses. Interesses que, interdependentes, supõem relações entre as pessoas e os bens que lhes são indispensáveis à satisfação das mais diversas necessidades. Ora, num mundo de meios escassos, é fácil adivinhar a tensão sempre latente.

Pois bem, é o Direito que, neste clima de conflito entre pessoas e interesses, vai ter de intervir. Vai dizer quais as necessidades prioritárias, qual a ordem de afectação dos bens, quais os sujeitos eventualmente merecedores de medidas especiais de protecção. Vai, no fundo, regular a atribuição de um conjunto limitado de bens a um universo tendencialmente ilimitado de necessidades.

35.2. Naturalmente que, ao Direito, nem todos os interesses importam do mesmo modo.

Há interesses que não se manifestam num plano de relação inter-individual e que, por isso, o Direito não disciplina. É o caso, por exemplo e por enquanto, da fruição da luz do sol em meios não citadinos.

Mas outros existem. E são Precisamente esses outros que aqui importam. Porquê? Porque se trata de interesses cuja satisfação dá origem a que se estabeleçam e desenvolvam relações sociais.

Sabe-se já que o Direito é, por natureza, um fenómeno humano e socialmente enquadrado. Só estes interesses são, pois, verdadeiramente, interesses jurídicos. E só os bens que os satisfazem são autênticos bens jurídicos.

35.3. Os interesses jurídicos, os interesses regulados pelo Direito, podem ser de natureza diversa.

Em primeiro lugar, e como é óbvio, os interesses podem ser individuais ou podem ser partilhados por várias pessoas.

Os interesses individuais são, naturalmente, aqueles que respeitam a cada indivíduo considerado por si. A sua análise singular não nos interessa. Ela não pode transmitir a essência de uma realidade social que se não reconhece como mero aglomerado de existências individuais, sem projecto ou estrutura comuns, sem identidade de grupo.

A sociedade nasce do reconhecimento da interdependência.

Interdependência entre os indivíduos. E interdependência entre os interesses.

Já, por isso, os interesses partilhados por várias pessoas oferecem outra importância. E oferecem-na em duas vertentes fundamentais.

1) *Os interesses colectivos*, que resultam de uma solidariedade que funda o agrupamento de indivíduos que visam, ordenada e estavelmente, prosseguir interesses similares.

2) *Os interesses conexos*, que resultam de uma solidariedade que funda a divisão do trabalho entre os indivíduos que, em grupo, pretendem prosseguir interesses complementares.

Uns e outros nascem de uma vivência solidária. Os primeiros, da solidariedade que naturalmente une o que é semelhante. Os segundos, da solidariedade que necessariamente liga o que, sendo diferente, vê a sua realização depender da realização alheia.

Vejamos alguns casos.

Quando os cidadãos portugueses visam garantir a defesa da Pátria através da existência das Forças Armadas, estarão em causa interesses de que tipo? E quando os membros do sindicato dos ferroviários reivindicam aumentos salariais? E quando um grupo de excursionistas lisboetas aluga um autocarro para visitar o Parque do Gerês? Evidentemente que se trata, sempre, de interesses colectivos. Não existem meios que permitam prosseguir individualmente a defesa do território português. Só colectivamente podem os ferroviários defender os seus interesses de classe. E os excursionistas, se tivessem recorrido aos respectivos automóveis, teriam feito uma despesa consideravelmente maior, porventura inoportuna para alguns.

Mas se, por exemplo, *António* só puder adquirir o prédio *X* se *Bento* lhe pagar uma dívida antiga, sabendo ademais que este só o pode fazer quando receber de *Carlos* a quantia que, por seu turno, este lhe deve? Ou se *Diogo*, empregado de *Emílio*, quiser receber o seu ordenado e este lhe disser que não o pagará por não ter recebido o trabalho correspondente? Aqui, como é óbvio, a situação é diferente. Os interesses em jogo visam prover a necessidade de espécie distinta. São meramente complementares ou conexos. *António* só pode comprar o prédio se *Carlos* pagar a *Bento*. *Diogo* só recebe o ordenado se trabalhar e *Emílio* receberá o trabalho se o pagar.

A sociedade alimenta-se da solidariedade. A consciência da dependência recíproca obriga a lançar estruturas e a cimentar a organização do grupo. A premência desta ordenação colectiva apela à decisão de uma vivência solidária.

35.4. Mas, como já se disse, se a interdependência das pessoas e das suas ambições mantém coeso o tecido social, a verdade é que a sociedade luta diariamente contra a força desagregadora dos interesses conflitantes.

A diversidade das necessidades, a confinidade e a raridade dos bens geram uma inevitável tensão. Perante ela, o Direito terá um papel decisivo.

Primeiro, procurará a eliminação do conflito. A maior parte das vezes, contudo, não a conseguirá. Todas as sociedades conhecem um espaço de irreducibilidade conflitual, que, função da experiência colectiva, não podem deixar de admitir.

Depois, procurará «gerir» o conflito. Identificará as fontes da instabilidade, enquadrará objectivos, definirá métodos.

A intervenção jurídica será eminentemente pacificadora.

Prévia e Politicamente designados os fins da colectividade, há que procurar a sua viabilização consensual. Como fazê-lo?

Ponderando e adequando interesses.

Uma possibilidade é a composição de todos os interesses em conflito e o encontro de uma harmonização absoluta. É a solução perfeita, a solução óptima. Naturalmente, é também uma solução rara.

Outra via é a de, perante uma objectiva impossibilidade de satisfação total dos vários interesses conflitantes, Procurar um compromisso. Então, há que reflectir nos grandes propósitos sociais, há que hierarquizar necessidades e bens jurídicos, há que traçar intervenções e prioridades. Com transparência. Com isenção. Moderando extremismos, preparando o consenso.

Fundamental é dar corpo a um discurso. Não permitir fórmulas ocas e gastas. Sentir a vida do grupo e insuflar-lhe a esperança de um futuro colectivo.

Por isso, reconhecer a prevalência de um interesse é muito mais do que declarar passivamente qual a solução que correctamente responde a uma prévia e adequada ponderação da realidade. Reconhecer a prevalência de um interesse revela uma efectiva intervenção do poder na composição do conflito.

A sua expressão é, portanto, necessariamente positiva. E é-o numa dupla dimensão.

A assunção de um interesse prevalecente obriga a que se garantam os meios de exercício e tutela desse interesse. Mas não só. Obriga também a que, paralelamente, se reconheça

a subordinação dos outros interesses e que se lhes atribuam os encargos respectivos.

O titular do interesse prevalecente é o sujeito de uma situação jurídica activa. Os titulares dos interesses conflitantes com o interesse prevalecente são sujeitos de situações jurídicas passivas. Só assim a protecção jurídica dos interesses fundamentais da colectividade pode dar frutos. Só assim a ponderação da solidariedade e do conflito pode consolidar o futuro consensual de um projecto comum.

36 - O Direito e as situações da vida

36- 1. Como vimos, a disciplina jurídica dos conflitos de interesses traduz a consagração de situações jurídicas activas e a imposição de situações jurídicas passivas.

Mas o que é que isto verdadeiramente quer dizer?

Tentemos perceber. A situação jurídica activa corresponde à satisfação do interesse tido por prevalecente. A situação jurídica passiva corresponde à circunscrição ou redução do alcance reconhecido ao interesse conflitante com o interesse prevalecente.

No primeiro caso, dá-se latitude ao interesse subjacente, no segundo caso, pelo contrário, retrai-se a expressão do interesse em causa.

É esta justaposição de forças que caracteriza a composição jurídica do conflito. O Direito olha as situações da vida de uma perspectiva valorativamente bifronte. E, a partir daí, exprime a sua capacidade interventora em termos de actividade ou passividade.

36.2. Uma vez aqui, convém precisar um pouco mais as coisas. Convém reconhecer que elas são um pouco mais complicadas.

É que não há uma situação jurídica activa. Ou uma situação jurídica passiva. Existem várias situações jurídicas activas e várias situações jurídicas passivas.

Vamos vê-las.

36.3. Começando pelas situações jurídicas activas, é possível dizer-se que existem cinco categorias distintas, que impor-ta reter.

São elas o direito subjectivo, o poder ou faculdade, a protecção indirecta, a protecção reflexa e a expectativa jurídica.

Uma a uma vejamos, então, o que significam.

36.4. O direito subjectivo é a situação jurídica activa mais importante. Dois pontos

assentes, portanto. Visa reconhecer um interesse. É conferido pela regra de Direito, não se confundindo com ela. Pode definir-se como a protecção jurídica directa e imediata de um interesse, mediante a concessão de um feixe de poderes ou faculdades, destinado a assegurar a realização do interesse protegido e que inclui o recurso à tutela jurisdicional.

Protecção jurídica significa estabelecida pela regra jurídica. Directa e imediata significa sem ser por interposta protecção de outro interesse ou em posição secundarizada. De um interesse que relacione um sujeito e um bem, que se chama o objecto do direito. Mediante a concessão de poderes ou faculdades, que constituem o conteúdo do direito. Destinada a assegurar a realização do interesse protegido, chamando-se a essa realização, ou seja, ao uso de poderes ou faculdades, o exercício do direito. Que inclui a possibilidade de recorrer a Tribunal para sua garantia integral, o que representa a garantia do direito.

Exemplos?

Pense-se no direito de voto, ou no direito de propriedade, ou no direito de suceder, ou no direito de contratar, ou no direito a ser indemnizado, entre tantos, tantos outros.

36.5. O poder ou a faculdade é ainda uma situação jurídica activa, embora mais atenuada ou circunscrita. Circunscrita porque, normalmente, cada direito subjectivo comporta vários poderes ou faculdades.

E aqui importa distinguir. Porque existem poderes ou faculdades materiais, como o gozo de determinada coisa. E poderes ou faculdades jurídicos.

Nestes, é ainda Possível reconhecer figuras diferentes.

Por um lado, existe o poder ou a faculdade de exigir prestação a outrem. Assim, por exemplo, quando o vendedor exige o pagamento do preço ao comprador.

E, por outro lado, existe o poder ou a faculdade de Provocar, na esfera jurídica de outrem, certos efeitos. Então, sempre que o exercício deste poder ou faculdade se faça sem que seja possível qualquer Oposição por parte do atingido, fala-se em poderes potestativos. Assim, o direito ao divórcio litigioso quando, por exemplo, marido e mulher estiverem separados por mais de certo período de tempo, três anos, ou o direito à anulação do negócio jurídico pela parte ludibriada.

36.6. A protecção indirecta é também uma situação jurídica activa. Protege-se ainda interesses jurídicos considerados relevantes. Protege-se esses interesses mesmo de forma imediata, isto é, sem interposição da protecção de outro ou outros quaisquer. Simplesmente, essa protecção ocorre a título secundário, em posição subalterna em relação a outro interesse.

O que é, então, a protecção indirecta?

Pois bem, há situações de protecção directa, já o vimos. Há um bem apto a satisfazer uma necessidade. A regra considera que aquele interesse deve ser o essencialmente protegido, que aquela necessidade deve ser a principalmente satisfeita e, por isso, protege directamente aquele indivíduo. Ou seja, atribui-lhe um direito subjectivo ou um poder ou faculdade.

Mas, por vezes, é necessário considerar algo mais. É que é frequente que o Direito queira proteger, ao mesmo tempo, mais de dois interesses diversos. Um, a título principal. O outro, secundariamente. Para a primeira protecção - directa - cria um direito subjectivo. Para a segunda estabelece uma protecção indirecta do interesse.

Um exemplo.

A imposição de limites de velocidade máxima no trânsito rodoviário tutela o interesse geral da comunidade. E, no entanto, se *António* for pessoalmente lesado pelo excesso de velocidade do veículo automóvel conduzido por *Bernardo*, terá direito a exigir a sua reparação. A reparação não se justifica apenas pelo prejuízo a sofrido por *António*, mas também porque a lei quer proteger outro interesse, secundário - o interesse de cada pessoa quanto à sua vida e integridade pessoal.

36.7. Diferente da protecção imediata mas indirecta (ou seja, secundária ou subalterna) de um interesse é a protecção mediata e reflexa.

Nela, o Direito não quer garantir, mesmo a título secundário ou subalterno, a protecção de um interesse. Pretende fazê-lo mediata ou reflexamente, isto é, através da protecção de outro interesse.

Um exemplo. O lançamento de impostos aduaneiros por razões de ordem económica global ou a proibição temporária da importação de certo produto por razões de saúde pública visam proteger um só interesse público - o económico ou o sanitário, conforme o caso. A protecção do interesse dos produtores nacionais, na primeira eventualidade, e dos concorrentes, na segunda, não é objectivo do Direito. Mas esse benefício traduz-se ou corresponde a uma protecção mediata ou reflexa de tais interesses.

Enquanto que na protecção,) indirecta existe susceptibilidade de recurso a Tribunal, não pata garantia integral do interesse (como no direito subjectivo), mas para sua apreciável realização parcial, com pedido de indemnização por prejuízo sofrido, já na protecção reflexa ocorre apenas reduzida garantia em tribunal (expressa na possibilidade de impugnar eventual ilegalidade de acto de outrem, invocando interesse na verificação dessa ilegalidade e na destruição do acto ilegal).

36.8. A expectativa jurídica é a última das situações jurídicas activas. Também ela visa assegurar a protecção de um interesse considerado prevalecente. O seu alcance é, no entanto e por Comparação, muito diminuto.

Nem todos os factos da vida se produzem instantaneamente.

Há factos cuja realização se prolonga no tempo. E o Direito reconhece-o, naturalmente. Por isso pode pensar-se em factos jurídicos de produção sucessiva, isto é, naqueles que só estão completos quando tiver decorrido todo esse período de formação.

Ora, o leitor mais atento já terá decerto pressentido o problema. Será que o facto só será juridicamente protegido quando estiver completo? Será que toda a fase de constituição ou aquisição do direito será desprezada pelo Direito?

A resposta é negativa.

Iniciado o processo continuado de formação, o Direito pode proteger estes factos, precisamente, através da expectativa jurídica. Não há um direito subjectivo, há uma mera expectativa jurídica. Uma situação preliminar que assegura alguma protecção à necessidade, ao interesse e ao indivíduo. Há, sobretudo, um projecto de protecção servido por meios de tutela necessariamente menos completos.

Vamos ver um caso.

Abel é viúvo e tem três filhos - Bento, Carlota e Duarte.

Desde sempre preferiu a filha. Por isso, quer que, por sua morte, ela fique com a pequena quinta de Sintra, que sabe ser-lhe particularmente querida. Além de uma pequena poupança no Banco, destinada ao pagamento das despesas do enterro, *Abel* não possui outros bens. Como fazer com que *Carlota* fique com a quinta? Vendendo-lha, ainda que ficticiamente? *Abel* sabe que para isso necessita do consentimento dos seus outros dois filhos... Doando-lha? *Abel* sabe que isso só seria viável se *Carlota* pudesse compensar os irmãos dessa vantagem e ela não tem (e não terá) dinheiro suficiente. *Abel* elabora então um maquiavélico plano. Vai vender a quinta a *Eduardo*, seu amigo de sempre, que se comprometerá a vendê-la a *Carlota*. E, assim, o seu sonho será possível.

Será que é assim? O negócio entre *Abel* e *Eduardo* é uma mera simulação. O que verdadeiramente se queria era fazer com que a quinta viesse a pertencer a *Carlota*. Não pode ser-lhe reconhecida validade jurídica. É verdade, mas o problema é outro. Será que *Bento* e *Duarte* podem reagir? Eles não são herdeiros... O pai não morreu... Eles não são, portanto, ainda titulares de um direito subjectivo em relação à herança... Será que nada podem fazer? Claro que sim. Podem, ainda em vida do seu pai, pedir a declaração de

nulidade do negócio (Artigo 242.º, n.º 2, do Código Civil). E podem fazê-lo precisamente porque são titulares de uma expectativa jurídica.

Por aqui se percebe qual o fundamento da protecção de meras expectativas jurídicas. É que proteger o interesse do futuro e eventual adquirente do direito subjectivo é, muitas vezes, a única forma de garantir um significado efectivo à atribuição desse mesmo direito. Se *Bento e Duarte* não fossem titulares da expectativa jurídica que lhes permitiu actuar, nem por isso deixavam de suceder a seu pai, por morte deste. Simplesmente, nada teriam então para herdar.

36.9. Das situações jurídicas passivas, há três grandes categorias a fixar. Todas elas, naturalmente, expressão de interesses ou necessidades, que vão ser sacrificados ou preteridos em função de outros.

São elas o dever, a sujeição e o ónus.

Vejamo-las.

36. 10. Diz-se que o dever é a situação jurídica passiva típica. É verdade, mas também é verdade que isso não nos esclarece. O que é, afinal, o dever?

Pois bem, o dever é a consagração da necessidade de um determinado indivíduo adoptar uma certa conduta.

Em princípio, a sua imposição a uma pessoa corresponde à atribuição de um direito subjectivo a uma outra. O dever é o reverso natural do direito subjectivo.

36.11. Há várias espécies de dever.

Existem deveres globais ou complexos e existem deveres específicos.

Os primeiros são, como o nome indica, deveres de estrutura complexa que, em si, integram vários deveres secundários. Podem, por sua vez, apresentar-se sob duas formas distintas - a obrigação e o dever genérico.

A obrigação é o dever global que resulta do estabelecimento de um vínculo, em virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação. Implica uma relação directa e imediata entre duas pessoas. Pense-se na hipótese de *Margarida* contratar *Nuno*, estudante universitário, para fazer *baby-sitting* ao seu filho, enquanto vai ao teatro. *Nuno* tem de tomar conta da criança até que a mãe volte, tem de proceder com o zelo e a lealdade exigíveis e não pode, por exemplo, recusar-se a ficar para além das 24 horas ou a aquecer ou dar o biberão da noite.

O dever genérico é o dever global que não supõe uma relação directa e imediata entre dois sujeitos. Respeita antes a um número indeterminado de pessoas a quem é juridicamente exigível um comportamento de reconhecimento do direito alheio.

Um comportamento que não lese o direito subjectivo de outrem. Um exemplo: *Vasco* é proprietário de uma exploração agrícola no Algarve, famosa por uma produção experimental de frutos tropicais. Será que só *Waldemar e Zé* não podem colher aquelas mangas sumarentas que há já uma semana cobijam? Parece que não.

Eles não podem, é certo. Mas, como eles, ninguém pode.

E ninguém pode comer as mangas, ou os ananases, ou aproveitar as terras para passear a cavalo, jogar futebol ou apanhar sol. Porquê? Precisamente porque perante o direito de propriedade de *Vasco* existe um dever geral de respeito. Um dever de respeito que obriga todos os demais indivíduos a não interferirem com o gozo e o próprio exercício desse direito por parte do respectivo titular.

E o dever específico, o que é? Pois bem, trata-se agora de uma realidade analítica. O dever específico não é, senão, cada um dos deveres que integram o dever global.

36.12. Menos frequente e menos típica é a sujeição.

Vai mais longe do que o dever. Este ainda pressupõe uma conduta. Aquela não.

A sujeição actua independentemente da vontade dos sujeitos. Por isso, como situação passiva, opõe-se ao direito ou ao poder potestativo como situações activas.

Suponhamos que *Beatriz e Carlos*, casados há dezoito anos, não vivem juntos há quatro. *Carlos* quer o divórcio. E *Beatriz* não. Nesta situação, já sabemos que a acção de divórcio não depende da vontade dela. E porquê? Precisamente porque o direito que *Carlos* pretende exercer é um direito potestativo. Que o mesmo é dizer que *Beatriz* tem, relativamente a ele, uma posição de sujeição. Em nada releva a manifestação da sua vontade.

O ónus é uma situação menos crítica, menos radical do que o dever.

Agora do que se trata é da consagração de uma conduta cuja não observância implica a perda de uma vantagem.

Isto é, a sujeição é sempre acatada. Não pode deixar de o ser. O não deve ser violado. mas dessa violação decorrem sanções. No ónus, as coisas são bem diferentes.

Aqui, quem não tiver adoptado determinado comportamento perde uma vantagem que

de outro modo obteria. A sanção corresponde, portanto, ao retirar dessa vantagem.

Mesmo os leigos nestas lides jurídicas já terão porventura ouvido falar no ónus da prova. Ele exemplificará o que se disse.

Suponhamos que *Duarte e Francisca*, imigrante brasileira, celebraram um contrato de prestação de serviços, em que esta se comprometia a dactilografar os trabalhos e pareceres técnicos que àquele fossem sendo encomendados. Ficou claramente estabelecido que qualquer das partes deveria comunicar à contraparte, através de meio eficaz à sua escolha, a sua intenção de, «por motivos sérios e compreensíveis», interromper ou terminar aquela relação contratual. Suponhamos agora que *Francisca*, em pleno Inverno europeu e sem que *Duarte* receba qualquer aviso, se ausenta três semanas para o Rio de Janeiro, causando graves prejuízos àquele.

Duarte, naturalmente, recorre aos tribunais procurando ressarcir os danos de que foi vítima. Ora bem, *Francisca* vem então dizer que a sua viagem tinha sido ditada por motivos de força maior, já que a sua mãe se encontrava gravemente doente, tendo vindo a morrer numa clínica quinze dias depois da sua chegada. E acrescentar que, não obstante a pressa da partida, enviara um fax para a empresa de *Duarte* imediatamente antes de seguir para o aeroporto, não sendo por isso responsável pelos prejuízos que adequada e atempadamente procurara evitar.

Pois bem, *Francisca* tem o ónus de provar as suas afirmações (Art.º 342.O do Código Civil). Se não produzir prova do que diz, não poderá tirar qualquer proveito da sua defesa e será considerada responsável pelos danos causados a *Duarte* e, naturalmente, condenada a indemnizá-lo.

36.14. O que dizer de tudo isto? Direitos subjectivos, poderes, faculdades, protecções indirectas, protecções reflexas, expectativas jurídicas. Deveres, sujeições, ónus. Enunciados inúteis de iniciados? Ou alguma coisa mais?

Há algo de fundamental nesta matéria. Que é, precisamente, o avançar no sentido da percepção de que todas as questões tratadas têm, para além de um significado próprio, uma decisiva dimensão de inter-relação.

Os homens não vivem sozinhos. Vivem em sociedade. Não há interesses isoladamente considerados. Há certos interesses que são sacrificados porque outros devem ser satisfeitos.

Cabe ao Direito decidir. Eleger o interesse preponderante.

Definir a ordem de satisfação. Circunscrever o interesse preterido.

Descobrir uma dimensão activa e uma dimensão passiva nas várias situações da vida. E juridificar a análise. Conceber situações activas e situações jurídicas passivas.

Sobretudo, perceber o constante e recíproco encadeamento entre esses dois lados da vida.

37 - A situação jurídica

37. 1. A situação jurídica é, já se viu, o resultado da juridificação de uma situação concreta da vida. O resultado da aplicação do Direito a essa situação concreta da vida.

É, por isso, a própria realização do Direito. A solução normativa do conflito de interesses, ou seja, o objectivo e o fundamento da intervenção jurídica.

O estudo dos seus elementos é, por tudo isto, imprescindível. E mesmo quando, como neste nosso pequeno texto, estão vedados os grandes desenvolvimentos, sempre se impõe uma referência.

Ainda que breve. Ainda que meramente preambular.

37.2. São cinco os elementos da situação jurídica. Importa retê-los todos sem excepção.

O sujeito. O conteúdo. O objecto. O facto. A garantia.

37.3. O primeiro é o elemento subjectivo. As situações da vida respeitam às pessoas. E as situações jurídicas também.

Sem prejuízo de algumas excepções pontuais e transitórias, só é admitidas por razões de ordem pragmática, a situação jurídica sempre referida a um sujeito. E esse sujeito é, normalmente, um indivíduo. O direito X ou o dever Y reportam-se, em princípio, a indivíduos, sejam eles determinados - o indivíduo A ou B *ou* C ou D -, ou não.

E não pode deixar de ser assim. É a composição de interesses individuais que está, na maioria dos casos, em questão.

Por isso, pode dizer-se que *António* é titular de um crédito em relação a *Bernardo*. Ou que *Bernardo* é devedor de *António*. Mas pode também dizer-se que *Carlota* é titular de um direito de propriedade que deve ser respeitado, não apenas por *Diana, Eduardo e Fernando*, mas por todos os restantes indivíduos.

O titular da situação jurídica activa é o sujeito activo. E o titular da situação jurídica passiva é o sujeito passivo.

Num esboço muito simples e rápido, os sujeitos das situações jurídicas são chamados pessoas jurídicas. Mas o que é, perguntará o nosso leitor, uma pessoa jurídica? Ora bem, pessoa jurídica é todo o sujeito dotado de personalidade jurídica. Ou, por outras palavras, todo o sujeito que goza da susceptibilidade de ser titular de situações jurídicas activas ou passivas.

O número de situações de que cada um pode ser titular é que varia de pessoa para pessoa. E nisto consiste a chamada capacidade jurídica.

A personalidade jurídica é um conceito qualitativo, a capacidade jurídica um conceito quantitativo - representa a medida de situações de que cada pessoa pode ser titular.

Dentro da capacidade jurídica é possível, mais uma vez, fazer distinções. Existe a capacidade de gozo, ou a medida das situações de que cada pessoa pode ser titular. E a capacidade de exercício, ou a medida das situações que podem ser exercitadas pessoal e livremente por essa pessoa.

De novo, os exemplos podem ajudar. Pense-se num demente, interditado pelo tribunal do exercício de certos direitos. Qual a situação aqui em causa? O demente não é uma pessoa jurídica? Claro que é. Não tem capacidade de gozo de direitos? Claro que tem. O que ele não tem é a capacidade para exercer pessoal e livremente os direitos de que é titular. Por isso, em seu nome e no seu interesse, agirá um tutor. E os efeitos dessa actuação produzir-se-ão, naturalmente, na esfera jurídica do demente.

Mas ainda nem tudo fica dito. Já sabemos o que são pessoas jurídicas. E já sabemos também o que são pessoas juridicamente capazes. Cumpre agora distinguir um aspecto fundamental.

É que as pessoas jurídicas podem ser singulares ou colectivas. No primeiro caso, trata-se de indivíduos. No segundo, trata-se de agrupamentos de indivíduos ou dos patrimónios por eles geridos.

As pessoas singulares adquirem, em regra, a sua personalidade jurídica com o nascimento e perdem-na com a morte. Dizemos em regra, porque em certos casos o Direito protege o ser humano concebido mas não nascido, por exemplo, atribuindo personalidade jurídica ao chamado nascituro para efeitos de ser titular de expectativas jurídicas como herdeiro.

As pessoas singulares são normalmente dotadas da plenitude da capacidade de exercício a partir da maioridade. Mas pode não ser assim.

O indivíduo maior pode ver coarctada a possibilidade de exercer pessoal e livremente os seus direitos. E quando? Pois bem, sempre que se verifiquem razões que se prendam

com uma impossibilidade de consciencializar e decidir. E sempre que essas razões possam vir a ser comprovadas pelos tribunais. Nos casos mais graves, existe a interdição e o suprimento da incapacidade do interdito por um tutor. Nos menos graves, existe a inabilitação e o condicionamento da vontade do inabilitado à autorização de um curador.

Até à maioridade, a capacidade de exercício é muito limitada. A grande maioria das situações jurídicas activas ou passivas de que o menor é titular só pode ser exercitada pelos seus representantes, que são, como é sabido e em regra, os pais.

Diferente é o panorama no caso das pessoas colectivas.

Vejam, antes de mais, o que estas podem ser.

O Direito, já o sabemos, projecta-se na regulação dos interesses, vive da procura de uma via consensual que permita ultrapassar a tensão conflitual que, tendencialmente, marca as sociedades humanas. Ora, a concertação jurídica supõe níveis de sensibilidade dirigidos a um acompanhamento do pulsar colectivo. E é precisamente aí que entronca o fenómeno da personalidade colectiva.

Existem comunidades de interesses que o Direito não pode ignorar e que o obrigam a reconhecer personalidade jurídica a entidades que agregam vários indivíduos. Há que permitir-lhes uma certa capacidade de gozo e, depois, que ponderar os problemas relacionados com a sua capacidade de exercício.

Não deixe de se lembrar que, entre nós, existem, hoje, cerca de 300 000 pessoas colectivas. Porque a impressividade do número pode aguçar a análise e redimensionar os respectivos fundamentos.

O que são, então, as pessoas colectivas?

São universos de interesses pluri-individuais aos quais o Direito garante a susceptibilidade de serem sujeitos de situações jurídicas activas ou passivas.

Quando se trata, essencialmente, de agrupamentos de pessoas, pensamos em associações em sentido amplo. Quando se trata de realidades com um substrato de natureza patrimonial, pelo contrário, pensamos em institutos.

Dentro das associações é possível distinguir. Se visam um fim lucrativo, chamam-se sociedades (civis ou comerciais, conforme o Direito que se lhes aplica é o Civil ou o Comercial). Se não visam um fim lucrativo, chamam-se associações em sentido restrito. E aqui os exemplos são de todos conhecidos. Um banco privado é uma sociedade, naturalmente. E um clube recreativo é, em princípio, uma associação. Dentro dos institutos também é possível separar os que não possuem fim lucrativo - as fundações - e

os que prosseguem um fim lucrativo - os institutos *proprio sensu*.

Dentro do universo das pessoas colectivas, as sociedades têm um papel de especial relevo. E, dentro das sociedades, as sociedades comerciais revelam-se uma figura decisiva. Trata-se daquelas sociedades cu o fim corresponde ao exercício da actividade de comerciante ou comercial. Por isso, numa necessidade constante responder às exigências da sociedade moderna, o seu desenvolvimento é crescente e a sua complexidade atinge níveis insuspeitados. Compreende-se, então, que não haja um tipo de sociedade comercial, mas vários: as sociedades anónimas, as sociedades por quotas, as sociedades em nome colectivo e as sociedades em comandita. De uma perspectiva introdutória, como é a nossa, pode , regime, jurídico aplicável aos detentores do respectivo capital social.

Mas algo mais, do muito que haveria a dizer, pode ainda ser referido. É o caso do fundamental critério que aparta as pessoas colectivas em públicas e privadas. Assim, serão públicas as pessoas colectivas que existem necessariamente para exercer, de forma imediata e por direito próprio, a função administrativa do Estado (por exemplo, um instituto público - como uma administração de um Porto -, ou uma autarquia local - como um município ou uma freguesia). E serão privadas as pessoas colectivas que, primariamente, realizam fins próprios da sociedade civil (por exemplo, um clube como o Sporting Club de Braga, o Futebol Clube do Porto, o Sport Lisboa e Benfica ou o Sporting Clube de Portugal, ou uma sociedade como o Banco Espírito Santo, o Banco Totta & Açores, ou o Banco Comercial Português). De entre as pessoas colectivas públicas, tal como de entre as privadas, é possível distinguir pessoas de tipo associativo e de tipo institucional, e, numas e noutras, as de fim lucrativo e as de fim não lucrativo. Vejamos os exemplos seguintes:

- a) pessoa colectiva pública associativa não lucrativa: Ordem dos Advogados, Universidade de Lisboa ou Associação Nacional dos Municípios Portugueses;
- b) pessoa colectiva pública associativa de fins lucrativos: caso de uma qualquer empresa pública formada por várias autarquias locais para gerir em comum serviços de água e saneamento;
- c) pessoa colectiva pública institucional de fim não lucrativo: fundos de segurança social, Instituto Português dos Museus, Hospital de Santa Maria;
- d) pessoa colectiva pública institucional de fim lucrativo: empresas públicas de infra-estruturas municipais;
- e) pessoa colectiva privada associativa não lucrativa: as associações desportivas, recreativas, culturais, políticas, em geral os partidos políticos; pessoa colectiva privada associativa lucrativa: as sociedades civis e comerciais;

g) pessoa colectiva privada institucional não lucrativa: Fundação Calouste Gulbenkian ou Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento;

h) pessoa colectiva privada institucional lucrativa: fundos de investimento, mobiliários ou imobiliários.

Visto isto, regressemos às pessoas colectivas em geral.

Elas são, portanto, antes de mais, pessoas jurídicas. Isto é, são entidades a que o Direito reconhece a susceptibilidade de serem titulares de situação jurídicas, sejam estas activas ou passivas.

Mas as pessoas colectivas são, além disso, pessoas juridicamente capazes. E são-no seja qual for a sua natureza.

Uma instituição de solidariedade social, um banco, um clube recreativo, uma associação cultural são titulares de uma medida determinada de situações jurídicas.

Claro que aqui importa distinguir. A pessoa colectiva não pode ser titular de um qualquer tipo de situação jurídica. A sociedade *X & Y, Lda.*, não pode votar nas eleições para órgãos de soberania como o Presidente da República ou a Assembleia da República, a Caixa de Crédito *Z* não pode deixar os seus bens em testamento, a Ordem *V* não pode casar, a Fundação *W* não pode descontar cheques, o Clube Desportivo *U* não pode proceder a operações de redesconto. E por que não? Pois bem, porque a capacidade das pessoas colectivas abrange apenas as situações jurídicas necessárias ou convenientes à prossecução dos seus fins (por exemplo, a sociedade *X & Y, L.*, pode comprar e vender bens imóveis, a Caixa de Crédito *Z* pode arrendar um prédio urbano para aí instalar a sua sede, a Ordem *V* pode instaurar processos disciplinares aos seus membros, a Fundação *W* pode importar o material informático necessário ao estabelecimento da sua actividade, o Clube *U* pode contratar novos jogadores de futebol estrangeiros). É a isto que se chama o «princípio da especialidade» ou da capacidade especial.

Fica, então, a pergunta essencial. Mas como actua a pessoa colectiva? Como é que ela exercita as situações de que é titular? Até o leitor mais desatento não andarão longe da resposta. A pessoa colectiva actua através dos seus órgãos. São estes que, como entidades abstractas, exprimem a sua vontade, que a executam e que, por isso, a representam no mundo exterior.

Em duas palavras, portanto:

a) a pessoa colectiva é uma entidade susceptível de ser titular de situações jurídicas;

b) essa entidade vê o seu universo de situações jurídicas concretamente delimitado;

c) simultaneamente tem o desempenho dos seus órgãos circunscrito pela prossecução do seu fim próprio.

37.4. Mas é o conteúdo que empresta uma fisionomia própria à situação jurídica. É, verdadeiramente, o seu núcleo jurídico essencial o conjunto de poderes ou faculdades, e de vinculações específicas em que se traduz a protecção ou o sacrifício de certo interesse.

E o que é ele, afinal?

Tratando-se de uma situação jurídica activa, será o feixe de poderes ou faculdades. Tratando-se de uma situação jurídica passiva, será, em regra, o complexo de vinculações específicas.

Mas nada disto é novo. Analisámos já as principais modalidades do conteúdo da situação jurídica.

Agora, interessa-nos fixar que uma coisa é certa - o conteúdo incide, necessariamente, sobre um bem. protecção ou a um sacrifício de um interesse e esse interesse relaciona um sujeito com um bem.

Bem que varia em função da natureza da situação jurídica. Pode ser uma prestação, como no caso do dever do trabalhador.

Ou pode ser uma coisa, como no exemplo do direito de propriedade.

Seja o que for, o fundamental é que as situações activas e passivas se referem a outras realidades que constituem, em si mesmas, o bem que é assegurado ou sacrificado ao titular do interesse jurídico prevalecente. Bem que recebe a denominação de objecto da situação jurídica.

Portanto, o conteúdo da situação jurídica é sempre objectivamente enquadrado. Que o mesmo é dizer polarizado em certo objecto.

Ora, vejamos as linhas gerais desse enquadramento. São fundamentalmente três.

1) O conceito de conteúdo como expressão de protecção ou sacrifício jurídico.

2) O conceito de objecto imediato como representação do bem sobre que recai o conteúdo (isto é, a prestação ou a coisa).

3) O conceito de objecto mediato como projecção do objecto imediato (prestação) num bem de natureza secundária (coisa).

Sem dúvida que um exemplo ajudará.

Francisco compromete-se com *Gonçalo* a saldar o seu débito para com este, levando, em local e data a combinar, o relógio antigo no valor de 650 000\$, cuja entrega vinha sendo reclamada.

Pois bem, neste caso tudo parece claro:

- a) o conteúdo é constituído, de um lado, pelo crédito de *F* e, do outro, pelo débito de *G*;
- b) o objecto imediato é a prestação a que *G* se encontra vinculado - a entrega do relógio a *F*;
- c) o objecto mediato é a coisa a que a prestação se refere - o relógio.

E, a partir daqui, novas distinções se impõem. Já se repetiu que o bem a considerar pode ser uma prestação e uma coisa.

Se for uma prestação, isto é, a actividade a que uns têm direito e que outros devem efectuar, pode assumir naturezas diversas:

- a) prestação *de facere*, que se traduz numa actividade ou acção positivas (por exemplo, fazer determinada obra);
- b) prestação de *nonfacere*, que consubstancia uma omissão (por exemplo, não fazer determinada obra);
- c) prestação de *pati*, que representa uma aceitação de outrem (por exemplo, aceitar que outrem construa em terreno proprio no seu interesse);
- d) prestação de *dare*, que considera uma entrega de coisa (por exemplo, entregar um electrodoméstico).

Se for uma coisa, ou um bem material, pode servir os mais diversos critérios classificativos. A saber, pode ser móvel (por exemplo, um automóvel, uma acção de certa sociedade anónima) ou imóvel (por exemplo, um terreno ou um edifício). Pode ser corpórea (por exemplo, uma jóia, um livro, um motociclo) ou incorpórea (por exemplo, uma obra literária, uma marca).

Prestações e coisas podem ser fungíveis e infungíveis.

Quando? Fungíveis sempre que possam ser substituídas por outras sem que o beneficiário possa considerar-se lesado. Infungíveis, pelo contrário, em todos os casos em que tal substituição lese o beneficiário.

E novamente a ajuda dos exemplos parece poder ser útil. A prestação fungível não oferece dificuldades - por exemplo, A, pintor de construção civil, não pode honrar o compromisso de pintar a casa de B; ele pode ser substituído por C, sem que haja qualquer lesão do interesse de B. A prestação infungível também não é difícil de entender - por exemplo, D deve apresentar um pedido de desculpas a E e esse pedido só é relevante se D o protagonizar; a intervenção substitutiva de F lesa E grave e injustificadamente. Coisa fungível é a que se identifica pelo gênero, qualidade e quantidade; a ideia é simples - por exemplo, um automóvel de uma série normal ou uma saca de batatas. E coisa infungível é a coisa que requer uma identificação individual e não permite uma pura equivalência socio-económica - por exemplo, G manda arranjar a sua tiara de brilhantes e diamantes raros à oficina especializada do ourives H-, se este perder ou danificar um dos brilhantes não pode substituí-lo por uma pedra nova que, ainda que de boa qualidade, frustraria o interesse de G.

O uso dos poderes ou faculdades de um direito subjectivo representa o seu exercício. Tal como o cumprimento de um dever é o exercício dessa situação jurídica passiva.

Resumindo, objecto é o bem apto a satisfazer uma necessidade e, portanto, a realizar um interesse que o Direito quer proteger ou sacrificar.

Conteúdo é o acervo de poderes ou faculdades e de vinculações específicas em que se exprime aquela protecção ou aquele sacrifício.

Exercício é a protecção do conteúdo, ou seja, a sua caracterização .

37.5. Mas, tal como a realidade social não é estática, também o não é a jurídica.

As situações jurídicas nascem, transmitem-se, modificam-se e morrem.

Alguns autores gostam de falar em vicissitudes da eficácia - isto é, da aptidão da situação jurídica para produzir efeitos de Direito para referir essa mudança. E acrescentam que a eficácia é, ela própria, um elemento da situação jurídica. Que ela existe, não temos dúvidas. Como existe, em princípio, em tudo o que é criação do Direito.

Mas falar em eficácia de um direito subjectivo ou dever parece-nos pouco correcto. A eficácia é do Direito objectivo em geral, da regra de Direito. Não é elemento autónomo

da situação jurídica, por ele disciplinada. No fundo, não passa da eficácia do Direito. Noutros termos, essa eficácia depende da eficácia *lato sensu* das regras de Direito que disciplinam as situações jurídicas, o que quer dizer que depende da existência, validade e eficácia de tais regras. Não vamos repetir aqui o que a este propósito escrevemos quando tratámos a lei e que é aplicável, conseqüentemente, às situações jurídicas que ela consagra.

Importante será agora reter o carácter dinâmico da eficácia no nascimento, transmissão, modificação e extinção de uma situação jurídica. A aptidão para a produção de efeitos de Direito cifra-se na precipitação da mudança. A eficácia gera a alteração dos cenários jurídicos.

Quatro hipóteses são possíveis.

- 1) A formação de uma situação jurídica antes inexistente. Fala-se, então, em eficácia constitutiva.
- 2) A transferência de uma situação jurídica já existente da esfera de uma pessoa para a de outra pessoa, de um sujeito para outro sujeito. É a eficácia transmissiva.
- 3) A alteração do conteúdo de uma situação jurídica que se mantém na esfera de uma mesma pessoa ou sujeito. Aí a eficácia diz-se modificativa.
- 4) O desaparecimento da ordem jurídica de uma situação jurídica antes existente. Neste caso trata-se da eficácia extintiva.

37.6. Ora, a fonte da eficácia acompanha certos factos tidos como juridicamente relevantes. E estes são os factos jurídicos. Dito em termos mais simples: os factos que à luz do Direito criam, transmitem, modificam e extinguem as situações jurídicas são os factos jurídicos. Neste sentido, se fala, amiúde, do facto jurídico, também ele, como elemento da compreensão da situação jurídica ou, tão somente, elemento da situação jurídica.

Como definir o facto jurídico? Como o evento ao qual o Direito associa determinadas conseqüências.

Mas, com alguma perplexidade, poderá o leitor perguntar: mas então não é o Direito que intervém na definição e redefinição das situações jurídicas? Não é a produção de conseqüências de Direito caracteristicamente um problema de eficácia da situação jurídica?

Claro que sim, claro que é.

Mas, poderá insistir, serão então sinónimos eficácia da situação jurídica e facto jurídico?

E agora a resposta é claramente negativa.

O facto jurídico, como conceito parcialmente operatório, não prescinde da referência normativa. E o plano da referência normativa é o plano da eficácia.

Perspectiva marcadamente bifronte.

1) A realização do facto surge como uma condição que, normativamente enquadrada, permite a produção da consequência.

2) O facto aparece como referencial necessário ao plano da evolução do universo jurídico.

Os conceitos tocam-se, mas nunca se confundem. Acompanham-se, mas nunca permitem que essa proximidade desvirtue os seus méritos próprios ou perverta a reciprocidade das suas implicações.

Dito de modo talvez mais acessível a quem dá os seus primeiros passos no Direito: o facto jurídico é o acontecimento ao qual o Direito confere a aptidão de produzir efeitos jurídicos (ou seja, a eficácia).

O facto é o evento, a eficácia, a aptidão ou susceptibilidade de criar, transmitir, modificar, extinguir situação ou situações jurídicas.

Outra diferença facilmente entendível: o facto jurídico, normalmente, só em parte constitui um conceito operatório já que é um facto natural ou humano que o Direito converte em jurídico - um desabamento, uma cheia, uma agressão, uma dádiva, uma proposta, a eficácia é uma estrita construção do Direito, sem base no mundo material.

Mas atenção. Uma coisa é distinguir facto jurídico e eficácia, outra é esquecer que a plena caracterização jurídica do primeiro é indissociável do conhecimento da segunda.

3 7.7. Pois bem, uma vez aqui, centremo-nos no facto jurídico.

Múltiplas são as classificações possíveis. Interessa reter uma.

O mundo dos factos jurídicos em sentido amplo é susceptível de algumas divisões e distinções. O critério é, invariavelmente, projectado em termos de permitir uma ponderação para efeitos de eficácia:

a) o facto jurídico *stricto sensu*, considerado como evento natural (por exemplo, um

sismo, uma inundação, o decurso do tempo, a morte);

b) o acto jurídico, considerado como manifestação da vontade humana (por exemplo, um voto, um contrato).

Dentro do domínio dos actos jurídicos é possível distinguir o acto jurídico *strieto sensu* e o negócio jurídico.

O acto jurídico em sentido estrito, ou simples, corresponde à situação em que o agente tem liberdade de optar quanto à acção mas não tem vontade negocial. É o caso de inúmeros actos notariais ou da confissão do réu em tribunal.

O negócio jurídico corresponde à situação em que o agente visa produzir certos efeitos, mais ou menos, precisos. Há, agora, uma dupla liberdade de opção: quer quanto à actuação, quer quanto à obtenção de determinados efeitos jurídicos em resultado dessa actuação. É, paradigmaticamente, o caso dos contratos.

Ora, nem sempre as situações são tão lineares e, por isso, uma breve nota se impõe. É que entre o acto jurídico simples e o negócio jurídico pode haver actos intermédios quanto ao papel da vontade. Na verdade, porque também os negócios jurídicos podem ter o seu conteúdo total ou parcialmente fixado pela lei ou, numa situação cada vez mais comum, fixado apenas por uma das partes (pense-se, por exemplo, nos contratos de fornecimento de electricidade ou de serviço telefónico).

Detenhamo-nos agora um pouco na figura do negócio jurídico.

Também aqui varias são as distinções possíveis - a referência é meramente ilustrativa, mas interessa ponderar nos critérios subjacentes.

1) Os negócios jurídicos podem ser unilaterais ou bilaterais, conforme a sua perfeição dependa da manifestação de uma (por exemplo, o testamento, a adopção) ou de mais vontades, quer estas se identifiquem no interesse prosseguido (por exemplo, o acto de constituição de uma associação), quer prossigam interesses autónomos (como sucede nos contratos).

2) Os negócios jurídicos podem ser onerosos ou gratuitos, conforme envolvam, ou não, atribuições patrimoniais das partes.

3) Os negócios jurídicos podem ser obrigacionais ou creditícios, reais, familiares e sucessórios, consoante a natureza dos efeitos jurídicos que se lhes associam (por exemplo, respectivamente, um contrato de empreitada, a constituição de um usufruto, um casamento e um testamento).

Note-se que o mais frequente é, porém, verificar-se que um mesmo negócio jurídico gera efeitos de diversa índole. Pense-se num contrato de compra e venda de um bem imóvel - tem incidência obrigacional e real e pode ter familiar e sucessória, nomeadamente se for praticado por uma pessoa casada e com filhos.

Uma observação final acerca do facto jurídico - agora que percorremos as suas principais modalidades - permite verificar que, em rigor, ele é mais pressuposto do que elemento da situação jurídica.

Pressuposto porque a antecede - ao menos na sua versão final lógica e até cronologicamente, ao criá-la, transmiti-la, modificá-la. Só assim não é ao extingui-la.

Mas, desta óptica, também os sujeitos e o objecto poderiam ser Pressupostos, visto que, em regra, as pessoas e os bens envolvidos existem antes do seu enquadramento numa situação jurídica. Talvez o mais simples seja considerar que todos são elementos da situação jurídica: as pessoas e os bens porque ganham nova dimensão ao passarem a sujeitos e objecto da situação. O facto porque, pelo menos em muitos casos, a sua ligação à situação jurídica que constitui, transmite, modifica e extingue se prolonga no tempo. E os próprios contornos da situação jurídica são por completo apreensíveis com a relevância do facto.

37.8. Na situação jurídica, a garantia faz ressaltar a discussão em tomo da própria juridicidade. Ela é o penhor do respeito pela situação jurídica estabelecida.

No fundo, embora se revista de caracterização própria para cada situação jurídica - e daí que possa ser vista como seu elemento -, depende, também ela, da garantia do respeito das regras de Direito. E, por isso, falar de garantia das situações jurídicas é falar, antes de mais, da coercibilidade do Direito.

Ora, portanto, há que recordar noções já adiantadas. Há que repensar o que atrás ficou discutido.

Já se sabe que a coercibilidade consiste na susceptibilidade de aplicação da sanção. Mas, desenvolvendo a noção, já se sabe também que o que importa é a aplicação coactiva da sanção. O que importa é que, portanto, perante a violação de uma regra jurídica, o Direito pode recorrer ao uso da força para aplicar a sanção ao infractor. Ora, isto obriga a que olhemos um pouco para as inúmeras modalidades de sanções previstas pelo Direito.

Como antes sublinhámos, o Direito pode tratar de duas formas aqueles que são seus destinatários - premiando aqueles que o acatam ou castigando os que o violam.

Mal ou bem - talvez mais mal do que bem -, o Direito tem preferido quase

exclusivamente castigar a premiar. Que o fizesse até certo ponto era Compreensível, porque se parte do princípio de que cumprir o devido é a regra e não merece aplauso. Compreensível, ainda, porque parte da recusa em considerar que o mais natural ou frequente é o comportamento antijurídico e, por essa via, que o respeito da lei justifica especial louvor.

Mas esta excessiva minimização dos prêmios - também impropriamente chamados sanções premiais - não deixa de ser altamente criticável. Os prêmios induzem um fortíssimo estímulo à observância do Direito, como que convidando a comunidade a aderir à disciplina consagrada. Negar-lhes alcance é, numa sociedade moderna e num contexto de liberdade e democracia, andar ao arrepio dos tempos - no fundo, equivale ao desperdício de um recurso fundamental à consolidação jurídica da ordem social.

No nosso Direito, Os Prêmios têm-se limitado a favorecer casos específicos de cumprimento da lei - quando se entende ser ela Particularmente rigorosa -, ou de melhor cumprimento da lei quando o seu acatamento compreende diferentes graus de efectivação. Por exemplo, prêmios fiscais ou financeiros para empresas que mais depressa ou mais cabalmente cumprem as suas obrigações para com o Fisco e a Segurança Social, ou contribuem para o investimento, o emprego ou a inovação tecnológica. É ainda muito Pouco. Para já, manifestamente incipiente.

37.9. São previsíveis várias classificações de sanções negativas.

Uma delas tem que ver com a modalidade de infracção ou de violação do Direito que ela visa punir. Assim, distingue-se entre as sanções disciplinares, administrativas, civis e criminais, correspondentes respectivamente aos ilícitos disciplinares, administrativos, civis e criminais.

Há ilícito disciplinar quando um funcionário ou agente integrado em certa organização desrespeita regras que disciplinam o seu funcionamento interno ou a sua relação com terceiros, atendendo à óptica da salvaguarda do interesse da organização em causa. A sanção disciplinar, visa punir o infractor na sua relação com a entidade que serve e é aplicada pela instância competente da organização considerada (por exemplo, a sanção disciplinar de demissão a funcionário público que, injustificadamente, falte ao serviço um mês seguido).

Há ilícito civil quando são desrespeitadas regras que respeitam ao relacionamento entre particulares ou entre eles e a Administração Pública, mas actuando esta como se fosse um particular (por exemplo em caso de incumprimento de contrato ou de obra numa casa que provoque prejuízos na casa vizinha).

A sanção correspondente é uma sanção civil. Hoje, as sanções civis não abrangem, na generalidade dos Estados, a privação da liberdade dos cidadãos, consistindo em

prestações que eles têm de efectuar, com ou sem expressão pecuniária.

O ilícito administrativo ocorre sempre que haja violação de regras que regulam as relações entre particulares e a Administração Pública ou estabeleçam condutas cujo acatamento é ditado por interesses colectivos, isto é, pela necessidade de viver colectivamente, embora interesses colectivos não vitais. A sanção administrativa pune os autores de ilícito administrativo e é aplicada pela Administração Pública. O caso mais flagrante de ilícito administrativo é o ilícito de mera ordenação social, que consiste no desrespeito de regras que pretendem proteger valores colectivos de segunda relevância, ilícito esse a que corresponde uma sanção administrativa chamada coima (exemplos são ilícitos traduzidos em venda de bens alimentares em condições higiénicas inaceitáveis, ou em não realização, pelos respectivos senhorios, de obras de conservação em imóveis, dentro dos prazos ou nas condições legais).

As sanções administrativas em geral, e as coimas em particular, têm normalmente a feição de prestações e possuem expressão pecuniária. Podem, no entanto, consistir na interdição temporária do exercício de certa actividade ou da utilização de certos bens.

Mais grave é o ilícito criminal, que tem o crime como infracção na vinculação de regras que visam tutelar os valores essenciais da vida Comunitária, ilícito aquele que é punido com a aplicação das sanções criminais.

Estas tanto podem ser pecuniárias - as multas -, como ainda redutoras da liberdade humana - as penas de prisão. Em certos Direitos permanece ainda a pena de morte.

A aplicação de sanções disciplinares, civis, administrativas e criminais supõe um dever, que recai sobre o autor de ilícitos disciplinares, civis, administrativos e criminais, como consequência da sua Prática. Esse dever tem uma fonte a que se chama responsabilidade. O autor de ilícito disciplinar incorre em responsabilidade disciplinar, ou seja, na aplicação de sanções disciplinares. Ao ilícito civil corresponde a responsabilidade civil, ao ilícito administrativo a responsabilidade administrativa e ao criminal a responsabilidade criminal.

Sublinhe-se que o mesmo acto pode ser simultaneamente inserido em duas ou mais das modalidades enumeradas de ilícito, correspondendo-lhe, por isso, cumulativamente várias modalidades de sanções (por exemplo, o acto de funcionário público que, no exercício das suas funções, mata alguém é ilícito disciplinar, civil e criminal).

37.10. Uma outra classificação das sanções distingue-as atendendo ao desiderato ou fim.

Assim, há sanções Compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas.

Note-se que, com frequência, se cumulam vários destes tipos de sanções. Por exemplo, o crime de homicídio pode dar origem à aplicação de sanções punitivas (prisão), preventivas (medidas de segurança) e compensatórias (indenização por danos pessoais aos familiares do morto).

As sanções compulsórias destinam-se a forçar o infractor da regra do Direito a adoptar, ainda que tardiamente, a conduta por aquela imposta. Houve violação da regra jurídica, mas ainda é possível, com utilidade para o Direito, condicionar o infractor e fazer o que sempre deveria ter feito.

Estas sanções revestem-se de alguma raridade, pois, em muitos casos, verificada a infracção, já perdeu interesse a adopção do comportamento imposto pelo Direito.

Tradicionalmente, a prisão por dívidas representava um meio por excelência de coacção para o pagamento da quantia devida.

No entanto, entende-se hoje que a limitação da liberdade humana deve encontrar-se, em princípio, reservada para situações bem mais graves, de violação de um universo circunscrito de bens jurídicos fundamentais.

Exemplos de sanções compulsórias são juros de mora ou agravamentos fiscais visando estimular ou compelir ao cumprimento de obrigações para com outros cidadãos ou para com o Estado (o que quer dizer que as sanções compulsórias tanto podem ser civis como administrativas).

Outro exemplo é o da sanção pecuniária que, em certos casos, pode ser aplicada a quem não cumpre obrigação contratual (Artigo 829.º-A do Código Civil).

Mas mais conhecido é o chamado direito de retenção, ou direito de o credor de certa dívida reter bem do devedor como instrumento para forçar o pagamento daquela dívida. O direito de retenção só existe, porém, se houver relação entre a causa da dívida, ou a sua razão de ser, e a detenção da coisa. É o que sucede com alguém, possuidor, de boa-fé (isto é, sem intuito pré-concebido de manter injustificadamente tal posse), de coisa alheia, na qual efectuou benfeitorias. Enquanto não for indemnizado das despesas feitas, tem direito de retenção sobre a coisa objecto das benfeitorias (Artigo 754.º do Código Civil).

Além destes exemplos, subsistem, a título excepcional, casos de prisão por dívidas (por exemplo, Como meio de obrigar ao pagamento de pensão alimentícia, ou seja da pensão devida para manutenção de outrem, como o ex-cônjuge, por causa dos descendentes).

Mais frequentes que as sanções compulsórias são as sanções reconstitutivas. Aqui o

objectivo da sanção não é o de forçar ao acatamento da conduta devida, mas o de submeter o infractor ao dever de reconstituir em espécie a situação que existiria se não tivesse havido a infracção.

Chama-se à situação que deve ser assegurada a situação actual hipotética. Actual, porque se trata de situação hoje vivida, isto é, subsequente à infracção ocorrida. Hipotética, porque essa situação não é a que existe, mas a que existiria se não tivesse havido a infracção.

Por exemplo, António ficou de construir um muro a Bento.

Não o fez em tempo devido. Pode ser obrigado, a título de sanção reconstitutiva, a fazê-lo mais tarde, de modo a que o resultado seja o idêntico àquele que deveria ter sido obtido com o cumprimento da obrigação inicial.

As sanções reconstitutivas assumem particular relevo num domínio do Direito Civil chamado Direito das Obrigações, na parte em que regula os deveres que especificamente surgem por força de contrato e que adstringem um cidadão a realizar uma prestação a outro ou outros sujeitos de Direito.

São múltiplos os exemplos de sanções reconstitutivas para punir a violação do incumprimento de obrigações contratuais.

É o que acontece com a sanção consistente na condenação, em tribunal, à entrega de coisa determinada que o devedor se obrigara a entregar e não cumprira. É o que acontece com a condenação à destruição de obra que o devedor estava vinculado a não fazer e fizera, destruição essa a que deve proceder ou que deve custear. É ainda o que se passa com a substituição por terceiro do devedor incumpridor na realização de certa obra, desde que ela possa ser realizada por outrem, embora paga pelo devedor faltoso.

É também o que sucede quando alguém se obriga a celebrar certo contrato através de contrato-promessa, e o credor se dirige ao tribunal, que se substitui ao devedor e executa o contrato-promessa, valendo a sentença como declaração de vontade do devedor (Artigo 830.º do Código Civil).

Nestes casos existe execução específica, pois o credor recebe o bem ou a prestação devidos.

Noutras circunstâncias, ele pode só receber uma indemnização específica, se a execução específica for impossível. E a indemnização específica pode consistir na entrega de coisa igual, na impossibilidade de entrega da coisa inicialmente devida.

Múltiplas vezes, a reconstituição natural da situação que existiria se a regra de Direito

não tivesse sido violada não é já possível. Surgem então as sanções compensatórias, cuja finalidade é, como o seu nome indica, compensar o lesado pela conduta antijurídica, da forma mais próxima da situação actual hipotética, por natureza inatingível.

A sanção compensatória típica é a indemnização específica, que não reconstitui em espécie a situação actual hipotética, mas permite criar situação equivalente a ela.

Esta indemnização em dinheiro tanto pode consistir no pagamento de danos por falta de bem ou de obra devidos e não realizáveis, como no ressarcimento de danos no património (prejuízos emergentes e lucros cessantes), como ainda em danos pessoais. Imaginemos que *António* se compromete a entregar um quadro antigo a *Bento* e, no caminho, tem um acidente em que, além de destruir o quadro, atropela *Carlos*, que fica gravemente ferido e impossibilitado de fazer um negócio já apalavrado, e mata *Luís*, marido de *Raquel*. *António* tem de indemnizar *Bento* pelo bem não entregue, *Carlos* pelos prejuízos físicos que sofreu e pelos lucros que deixou de ter no negócio apalavrado, e *Raquel* pelos danos morais sofridos com a morte de *Luís*.

Outra modalidade de sanções é a das sanções doutrinantes, que, ao contrário das reconstitutivas e compensatórias, no ilícito civil, correspondem normalmente aos ilícitos criminal, administrativo e disciplinar.

As penas criminais são o exemplo mais conhecido, mas as penas disciplinares dos funcionários públicos não o são menos. Embora com raridade, existem penas civis, como a prevista nas cláusulas penais dos contratos, consistindo em quantia devida pelo incumpridor independentemente dos danos que a sua conduta venha a provocar.

Finalmente, existem as sanções preventivas, que ganham crescente expressão. A sanção segue-se à violação de regra jurídica, mas a finalidade essencial é prevenir violações futuras, indiciadas pela infracção praticada. Sanção preventiva é a liberdade condicional de criminoso ou a interdição do exercício de certos cargos públicos ou em órgãos sociais de empresa por quem praticar certos ilícitos disciplinares e civis, respectivamente.

Não se confunda a sanção preventiva com a protecção coactiva preventiva de imposição pelo Direito de certas condutas como meio de prevenir violação de regras jurídicas. Na primeira houve infracção, o que ainda não sucedeu na segunda.

37.11. Uma nota complementar deve ser acrescentada sobre sanções negativas, para indicar que, muitas vezes, o Direito fez corresponder ao desrespeito das suas prescrições não sanções jurídico-materiais, mas sanções só jurídicas.

Sanções jurídico-materiais são as compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas, pois, além de serem previstas pelo Direito, envolvem efeitos sobre os infractores.

Sanções meramente jurídicas são a inexistência, a invalidade ou ineficácia de um acto jurídico, ilegal, como atrás vimos que sucedia com as leis inconstitucionais.

37.12. No Estado contemporâneo, a regra é a aplicação da coacção pelo poder político do Estado.

No entanto, e a título excepcional, sobrevivem ainda hoje modalidades de auto-tutela ou de aplicação da coacção pelos particulares, nas suas relações entre si e, em última análise, nas suas relações com o Estado.

Nas modalidades de auto-tutela avultam, além do direito de retenção aludido nas sanções compulsórias, a legítima defesa, o estado de necessidade, a acção directa e o direito de resistência.

A legítima defesa visa afastar uma agressão ilegal, em execução ou iminente ao próprio (legítima defesa própria), ou a terceiro (legítima defesa alheia) nas suas pessoas ou nos seus bens (Artigo 337.º do Código Civil). Supõe a impossibilidade de recurso aos meios normais de tutela e que o prejuízo causado pelo acto defensivo não seja manifestamente superior ao causado pela agressão. Nasce por causa da conduta do infractor do Direito e envolve o exercício de coacção sobre este. Por exemplo, da conduta de *Eduardo*, que ameaça agredir *Luís e Carlos*, defendendo este não só a sua pessoa e bens como, eventualmente, também *Luís*.

O estado de necessidade resulta, não de actuação de sujeito infractor, mas de facto não volitivo (inundação, fogo, por exemplo). Também visa prevenir lesões na pessoa ou nos bens do agente ou de terceiro, com sacrificio patrimonial de outrem (Artigo 339.º do Código Civil). Supõe um perigo actual de dano, no próprio ou em terceiro, cuja gravidade é susceptível de justificar o dano causado por quem reage. É o caso de *Manuel* que tem de arrombar a porta do apartamento vizinho para escapar ao fogo do seu.

Já na acção directa, a intervenção do agente é posterior à infracção e não anterior ou simultânea, embora vise a reconstituição natural ou em espécie da situação (Artigo 336.º do Código Civil). O exemplo típico é o de *Carlos*, a quem furtaram o rádio do automóvel, encontrar, um mês depois, o bem furtado noutra veículo, que arromba para se reapossar da coisa indevidamente desviada. Supõe-se na acção directa a impossibilidade de recorrer em tempo útil à tutela pública para evitar o esvaziamento do direito do agente.

Qualquer das três modalidades apontadas de auto-tutela só pode ser exercitada na impossibilidade de recurso, em tempo útil, à força pública de modo adequado à situação.

Isto é, a auto-tutela só é legítima se não for viável o recurso à tutela do poder do Estado.

Por outro lado, os efeitos da auto-tutela, em pessoas e bens, não podem ser desmesurados, porque excessivos, relativamente às situações que a geraram.

A legítima defesa tanto pode ser sanção compulsória como punitiva ou preventiva. A acção directa tende a ser uma sanção reconstitutiva. O estado de necessidade não assume feição sancionatória.

Quanto ao direito de resistência, previsto na Constituição (Artigo 2 1.º), ele corresponde a uma auto-tutela contra o próprio poder político do Estado, recusando cumprir determinações suas violadoras do Direito (desde que contrárias a direito, liberdade ou garantia dos cidadãos) e mesmo repelindo, pela força, actos materiais seus de agressão, contrários ao Direito, se não for possível recorrer a outra autoridade pública.

Por exemplo, ele pode consistir em não cumprir uma ordem policial patentemente ilegal e violadora de direito pessoal ou político dos cidadãos, ou em rechaçar pela força uma intromissão no próprio domicílio sem mandato do tribunal para o efeito, na impossibilidade de recorrer a força pública.

A regra é o direito de resistência passiva e não activa, individual e não colectiva.

38 - O Direito, a História e a história do Direito

38.1. O Direito é uma realidade social. As regras e as situações jurídicas são realidades sociais. Elas projectam-se em universos definidos no tempo e no espaço. São historicamente conformadas. Visa-se regular as relações do grupo, procurando dirimir conflitos e tensões instaladas. Identificar as situações que reclamam a intervenção do Direito. E apontar as regras adequadas a resolvê-las.

Ora, todas estas realidades evoluem. As sociedades crescem e complexificam-se, pelo que exigem cada vez maior apuro na disciplina jurídica que aplicam. As situações transformam-se em função do quadro de vida em que se inserem. As regras adaptam-se aos cenários em que devem actuar.

O Direito vive da sociedade e para a sociedade. Por isso, vive historicamente. Existe sempre em função de referências precisas de espaço e de tempo.

O Direito é sempre o Direito do momento e do lugar.

38.2. Ora, se Direito e História são verdades indissociáveis, é possível dar mais um passo. E falar na história do Direito.

Se o Direito evolui ao longo dos tempos, é importante que o jurista conheça esse percurso. E é importante que o curioso nele reflita.

Trata-se de tomar o Direito como objecto da análise histórica. Um Direito encarado como facta - e facta historicamente relevante.

Fazer história do Direito é fazer História. Mas é delimitá-la, também. Fazer história do Direito é estudar a evolução da realidade jurídica.

Olhar o Direito como facta social. Olhar o Direito como objecto científico e disciplinar. E, então, olhar a história do Direito como estudo e reconstituição dos Direitos que vigoraram no passado.

38.3. Essa reflexão dá frutos. E frutos importantes.

A reconstituição de um Direito passado supõe a sua explicação. Reconstituir é compreender. Só assim tem sentido.

Porquê?

Porque explicar o Direito que foi é explicar a vida do tempo perscrutado.

Porque a análise histórica do Direito também é dirigida a um pleno entendimento da actualidade. Estudar um Direito historicamente ultrapassado interessa de modo especial, quando se visa compreender o Direito actual.

O Direito evolui, transforma-se. Mas na continuidade. Há sempre uma herança que perdura e que constitui elemento essencial do sistema.

A plena consciência de um Direito pressupõe sempre o conhecimento e a reflexão da sua história.

38.4. Também nesta «Introdução» a tarefa se impõe. Mas, naturalmente, com a brevidade que marca uma aproximação introdutória.

A consciência do nosso Direito, em Portugal, ao chegar ao século XXI, impõe que se conheça o quê? A plena compreensão da nossa actual ordem jurídica passa pela consideração de que experiências históricas?

Ora bem, basicamente de duas. O Direito Romano e o Direito Português passado.

O Direito Romano, porque as bases do nosso Direito nascem aí.

São de matriz romana os nossos quadros mentais, as nossas referências, as nossas técnicas e métodos. Mas, mais do que isso, porque o Direito Romano vigorou efectivamente no território português. E ao longo de períodos diversos, da ocupação romana ao dealbar do Renascimento.

Muitos foram então os juristas portugueses que o estudaram e glosaram, muitas as soluções que criticaram e recomendaram.

A sua marca é absolutamente indelével. Para sempre, passará por ela a plena compreensão do nosso Direito.

O Direito Português passado, porque é o antecedente próximo das perspectivas e conclusões que hoje são o quotidiano. A herança recente de um Direito antigo. O sistema actual tem bem vivas as experiências e ensaios que, com raízes fundas no passado, o atravessam na busca de uma projecção futura. O chamamento da continuidade assume, aqui, uma força decisiva.

3 8.5. 1. Sobre o Direito Romano existe um infindável número de obras especializadas. Obras profundas e desenvolvidas. Aqui interessa, apenas, mencionar o essencial.

A primeira ideia é a de que o Direito Romano não foi um sistema perfeito e imutável de regras que se tenha mantido incólume à passagem do tempo. Também ele evoluiu e se transformou. Naturalmente.

Do período inicial da República e do Senado, passando pelo principado de Augusto até chegar ao absolutismo de Diocleciano, muita coisa se alterou. E o Direito não pôde deixar de o reflectir.

É já, por isso, usual distinguir três períodos na história do Direito romano:

- a) o período do Direito Romano quiritário.
- b) o período do Direito Romano nacional.
- c) o período do Direito Romano universal.

O primeiro corresponde ao alvorecer de Roma e à sua constituição como Estado-cidade. O Direito é fundamentalmente consuetudinário. O formalismo é extremo, nesta fase.

O segundo surge com a expansão de Roma, da consequente necessidade de dar resposta às exigências da nova etapa.

Os costumes antigos _ *os mores maiorum* - mantêm-se sagrados e inalteráveis. A

maleabilidade que as novas situações reivindicam é assegurada pelo trabalho interpretativo dos jurisconsultos - a *jurisprudencia* -, pela intervenção do pretor e pela criação do *ius gentium*.

O terceiro é o período da influência universal de Roma, do seu Império e do seu Direito. Todo o sistema se altera substancialmente. É o domínio quase exclusivo das Constituições imperiais, a afirmação do *ius honorarium*, a génese do Direito Romano vulgar, a influência incipiente e paulatina do cristianismo.

38.5.2. De tudo isto, ao leitor interessa fixar dois ou três pontos.

O Direito Romano foi, de início, um Direito costumeiro.

A influência do costume foi, de resto, em Roma, sempre decisiva no Direito Privado. Porque, aqui, as leis nunca representaram uma alternativa sólida aos *mores maiorum*.

Já em outras áreas, como no Direito Constitucional e no Direito Processual, a lei teve um papel determinante. Da iniciativa da assembleia ou do magistrado, as *leges rogatae* e as *leges datae, resDeCtivamente*. revelaram-se uma disciplina jurídica da *societas*. E isto apesar de, tantas vezes, elas não serem acompanhadas de sanção.

Frequentemente eram conhecidas pelo nome do magistrado que as propunha e pelo objecto da lei. Assim, a *lex Atilia de tutore dando*, a *lex Iulia de adulteriis*... Mas nem sempre. É o caso da tão célebre «Lei das XII Tábuas», primeiro grande ensaio de codificação, abrangendo todos os ramos do Direito.

Mas não só costume e lei foram importantes. Outras figuras surgiram com especial destaque. Foi o caso do *plebiscitum*. Ou da *lei da plebe*. Tratava-se de uma figura de natureza imprecisa, já que surgiu contraposta à *lex* e lhe foi posteriormente reconduzida. O certo é que, pelo menos a partir de 286 a.C., teve força obrigatória geral.

38.5.3. Essencial como modo de criação do Direito foi *ajurisprudencia* ou doutrina. Merece, por isso, uma referência especial.

Está em causa a actividade dos jurisconsultos e não, como hoje se pensaria, a actividade dos tribunais. Uma actividade decisiva para a maleabilização de um Direito rígido e formal a que se pedia que desse resposta às crescentes exigências que decorriam da expansão e progresso de Roma.

Inicialmente, foi a casuística. Perante um problema da vida, fosse ele real ou hipotético, o jurista dava a solução. A solução do caso. Não se chegava à formulação de uma regra, mas, curiosamente, entendia-se que a solução encontrada era válida para os futuros casos semelhantes.

Contudo, o cenário evoluiu. No tempo de Augusto, foi atribuída a *autoritas* a certos juristas e, com isso, as suas respostas passaram a vincular os juízes. No ano de 426, com Valentiniano 111 e Teodósio 11, a «Lei das Citações» declarou vinculativas as obras de alguns dos grandes juristas romanos. Mais tarde, foram sendo aditadas as opiniões de outros jurisconsultos.

Estava dado o grande passo. A ideia da vinculação a opiniões anteriores consubstanciou a formação de regras jurídicas. A *jurisprudencia* ultrapassou o caso e normativizou-se.

38.5.4. E como era a vida das pessoas, em Roma? O que escondia esta disciplina jurídica?

Ora bem, nem todos os habitantes eram considerados pessoas juridicamente capazes. Nem todos podiam ser titulares de situações jurídicas.

Os escravos eram objectos. Os estrangeiros eram incapazes. Os que estivessem sujeitos ao poder *dos paterfamiliae* também.

Mas, claro que, também neste aspecto, o decurso do tempo impôs alterações. E, algumas, de vulto.

Os escravos puderam passar a libertos.

A cidadania foi alargada a latinidade, abrangendo os habitantes do Lácio. E, mais tarde, com a Constituição de Caracala (212), estendeu-se a todos os súbditos romanos.

A patria potestas passou a poder ser ultrapassada pela *emancipatio*.

38.5.5. O Direito era exclusivo dos cidadãos. Só estes eram capazes. E, por isso, a solução pelos tribunais dos litígios privados supunha a cidadania das partes litigantes.

O Direito era pessoal. Aos romanos aplicava-se Direito Romano o *ius civile*. Aos estrangeiros - aos peregrinos -, não.

Mas, com o desenvolvimento do comércio e dos contactos, as regras alteraram-se. Não se aplicou o *ius civile* a estrangeiros, mas chegou-se bem longe. Criou-se a figura do *praetor peregrinus*, magistrado com jurisdição nos conflitos em que intervissem estrangeiros. Este passou, então, a anunciar quais as regras que aplicaria e aumentou sempre o número de situações especificamente previstas - criava-se, assim, o *ius gentium*.

Direito positivo e Direito Romano, que foi, mais tarde, justificado através de uma

identificação com o Direito Natural.

38.5.6. O que foi então essencial na experiência jurídica romana?

O papel da lei? Do costume? O estatuto das pessoas? A organização do Estado? As codificações? As opiniões dos juristas?

Tudo isto foi decerto importante. Mas nada disto foi o mais importante de tudo.

Decisiva foi a coerência e a maleabilidade do sistema. Decisiva foi a ligação do Direito com a vida.

Enquanto que os gregos se preocuparam com o estudo e a especulação sobre a política, os romanos criaram o Direito, que se foi desenvolvendo e complexificando com a expansão do Estado - da cidade de Roma para a Península Itálica e dela para um império que se desdobra da Península Ibérica à Ásia Menor, e do Centro da Europa ao Norte de África. E é esta herança que os dias de hoje não podem esquecer. É esta herança a que nós, em certa medida, continuamos a dar vida, quotidianamente.

38.6.1. E o Direito português? O que foi antes de ser o que é?

Ora bem, importa recordar o que foi Portugal.

O século XII é o marco decisivo. Nascimento em 1143 e reconhecimento universal em 1179. Só a partir daqui se pode falar em Portugal.

No entanto, é óbvio que esta verdade tem os seus antecedentes. As suas razões encontram no passado uma explicação. E os seus desígnios têm na experiência uma referência.

Portugal nasce de uma longa caminhada. Porque os Portugueses nascem de uma História.

Foi a Hispânia pré-romana, com os Iberos, os Galaicos, os Celtas e os Lusitanos. Foi a romanização. Foram as invasões bárbaras, com os Alanos, os Vândalos e os Suevos. Foi a influência visigótica. Foi o domínio muçulmano. Foi a Reconquista e o movimento de criação dos reinos cristãos. Foi a concessão da terra portugalense ao Conde D. Henrique.

Em 1128, D. Afonso Henriques afastou sua mãe. Em 1140, passou a intitular-se rex. Previa-se Zamora e anunciava-se o reconhecimento papal.

38.6.2. O Direito acompanhou a época. Todo o país se orientava num esforço de reconquista. A sociedade não adivinhava o fim de uma guerra de séculos.

Desorganização económica, lutas políticas e abalos sociais marcavam o dia-a-dia. A lei escrita não vingou ante o florescimento do Direito consuetudinário.

O costume regulava a vida dos homens da Reconquista. Ao sabor da influência das várias experiências anteriores - do substrato céltico ao Direito Romano vulgar e ao Direito Visigótico. Mas não só. O condicionalismo dos novos tempos gerou, por si, também, novas instituições, novos valores e novas regras (veja-se o exemplo dos estatutos e foros municipais).

Apesar de tudo, a lei manteve-se presente. E se a sua influência era tímida e incipiente, não pode deixar de ser considerada decisiva. Cedo, com as leis da Cúria de Leão ou dos Concílios de Coiança e Oviedo. Mas, sobretudo, com as leis gerais dos monarcas portugueses, com especial destaque para D. Afonso 11.

A seu lado, e no âmbito político-cultural da «Respublica Christiana», teve especial relevância o Direito Canónico. Em Portugal, nesta fase, foi aplicado nos tribunais eclesiásticos e nos tribunais civis, sobrepondo-se ao próprio Direito régio.

Finalmente, num cenário de latente conflito entre o poder temporal e o poder espiritual da Igreja, desempenharam um papel essencial as Concórdias e as Concordatas. Por acordo, tentavam resolver-se eventuais desavenças.

38.6.3. Em meados do século XIII, uma nova fase se iniciou. O mundo era visto como um universo de cristandade em que o imperador era um representante *in temporalibus* do Papa. Por isso, esse mundo assistiu a um renascimento do Direito Romano. Porque era esse o Direito do Império.

Apesar de muitos reinos, entre os quais Portugal, se considerarem isentos da sujeição ao poder imperial, o Direito Romano foi restaurado como ordem da vida terrena, secular.

A partir de Bolonha, glosaram-no e comentaram-no juristas de toda a Europa.

O estudo da nova ordem marcou a vida jurídica da Baixa Idade Média europeia. O «Código de Justiniano» foi redenominado de *Corpus Iuris Civilis*. E a sua sistematização foi revista.

Recebeu Portugal todo este movimento?

Ora bem, Portugal era parte do *Sacrum Imperium*. Por isso, não querendo fazer perigar a unidade da Europa cristã, os monarcas portugueses entenderam receber o Direito Romano.

Mas fizeram-no por sua vontade e não porque se sentissem sujeitos à autoridade do

imperador.

A Cúria de 1211 deixava já antever essa posição, mas foi com D. Afonso 111 que todas as dúvidas se dissiparam. Portugal recebeu o Direito romano *justinianeus*. Por um acto de vontade nacional.

38.6.4. Durante este período, vigorou, igualmente, o Direito Canónico. Agora compilado no *Corpus Iuris Canonici*.

E as Concórdias e Concordatas mantiveram o seu desígnio pacificador.

A grande novidade estava, naturalmente, no crescendo do Direito régio. Multiplicaram-se as leis gerais. E garantiu-se-lhes um insuspeitado apuro técnico. Foram exemplo o tratamento dos processos de publicação e a regulamentação da entrada em vigor das leis.

Paralelamente, surgiram várias compilações de diplomas.

Fundamentais, o «Livro, das Leis e Posturas» e as «Ordenações de D. Duarte».

3 8.6.5. Fazia-se sentir a preocupação de sistematizar os diferentes instrumentos de criação do Direito. E foi importante essa percepção.

Era total o estado de confusão normativa. A sociedade ressentia-se e o povo queixava-se. D. João 1 deixou-se impressionar e ordenou a reforma e a sistematização do Direito aplicável em Portugal.

Na sequência dessa ordem, surgiram -já na regência de D. Pedro - as «Ordenações Afonsinas».

E, com elas, um período fundamental na história do Direito Português - o período das «Ordenações».

O marco inicial foi constituído, precisamente, pelas «Ordenações Afonsinas» que, em meados do século xv, marcaram um esforço actualizado e sistemático de compilação dos vários modos de criação do Direito com aplicação em Portugal.

Divididas em cinco livros, incluíram leis anteriores, respostas a capítulos apresentados em Cortes, concórdias e concordatas, costumes, normas das «Siete Partidas» e disposições dos Direitos romano e canónico.

Foi primacial o lugar que ocuparam na evolução do Direito português. O seu conteúdo e a sua forma serão a matriz do nosso panorama normativo até fins do século xix.

3 8.6.6. Ora bem. Mas impunha-se algo mais. Era preciso divulgá-lo e assegurar-lhe a vigência em todo o País.

Depois de uma tentativa frustrada de D. JOÃO II, será D. Manuel I quem se encarregará dessa missão.

E também aqui a fortuna o ajudou. A imprensa era agora uma realidade e, com ela, novas e facilitadas perspectivas se abriam.

Ainda em vida do rei, surgiu uma nova edição das «Ordenações». Uma edição actualizada e impressa. Uma edição redigida em tom original e decretório, como se todas as suas disposições fossem inovadoras. Uma edição sem normas relativas aos judeus, então já expulsos do Reino. Mas uma edição que respeitava a sistematização em cinco Livros. Foram as «Ordenações Manuelinas», no início do século XVI.

Mas é claro que nem tudo se resolve compilando, sistematizando, ordenando. Porque a vida não pára e não pode, por isso, conter-se no aperto e na imutabilidade do definitivo.

Novas leis se foram produzindo e também a elas era importante ter acesso. Surgiu, então, em Fevereiro de 1569, uma colecção de leis extravagantes, ou seja, não compiladas nas «Ordenações». Ficou conhecida como a colecção de Duarte Nunes de Leão e foi aprovada por alvará régio.

No entanto, nem assim se resolveu a situação. O fim do século assistia a uma multiplicação do número de leis. As «Ordenações» perdiam terreno, a colecção desactualizava-se. E nascia o desejo de nova compilação.

É já Filipe 1 que determina a reforma. E foi no reinado de Filipe 11 que, por lei de 11 de Janeiro de 1603, entraram em vigor as «Ordenações Filipinas».

Substancialmente pouco se inovou. Na sistemática, mantiveram-se os cinco Livros.

Por isso, estas «Ordenações» puderam conhecer um longuíssimo período de vigência. Sobreviveram a 1640 e prolongaram-se até à entrada em vigor do Código Civil em pleno século XIX.

38.6.7. Ao longo de um período de cerca de três séculos, vigoraram sucessivamente - «Ordenações Afonsinas», «Ordenações Manuelinas» e «Ordenações Filipinas». Sem sobressaltos.

Foi-lhes comum o sistema subjacente.

Em matéria temporal, aplicava-se o Direito Português e o Direito Romano. Aquele como

regra, este com aplicação subsidiária.

O trabalho dos juristas foi decisivo na adaptação do Direito Romano às exigências de uma sociedade europeia e moderna. Formaram-se tendências e linhas de opinião.

Era a *communis opinio a* suportar a aplicação do Direito.

Em matéria espiritual, regia, naturalmente, o Direito Canónico.

3 8.6.8. E foi com este cenário jurídico que Portugal chegou ao Iluminismo.

Foi sobretudo na segunda metade do século XVIII que se fizeram sentir as luzes da razão. Mas o seu domínio tendeu a ser absoluto.

Foi a racionalização da ideia de Direito Natural e a voluntarização do Direito Positivo. Foi a «Lei da Boa Razão» (1769) e a aplicação racionalizada do Direito Romano. Foi a obra de Luís António Verney e a reforma do ensino.

Foi a esperança frustrada de um «novo código» que, unitariamente, reunisse todo o Direito existente. Foram as colecções de leis extravagantes.

E foi a alvorada do liberalismo individualista.

38.6.9. Com o século XIX, tudo mudou. A Revolução Francesa tinha deixado marcas.

O turbilhão pós-revolucionário fez vacilar o entusiasmo racionalista. Fê-lo perder as ilusões. Contudo, a sua herança foi indelével.

Defenderam-se os direitos individuais, sobretudo civis e políticos, conseguiu-se liberdade e a igualdade de todos os homens, declarou-se a soberania primeiro nacional e depois popular, instituiu-se o governo representativo de separação de poderes, anunciou-se a monarquia parlamentar e constitucional. Pensou-se em Constituições escritas.

Em Portugal, na sequência da Revolução Liberal de 1820, surgiu a Constituição de 1822, liberal afrancesada, avançada, limitadora do poder do rei e com acento no poder do Parlamento mono-camaral. Aumentaram, então, os esforços no sentido da codificação das regras de Direito não contidas na Constituição.

Pensava-se que a pluralidade de modos de criação do Direito era responsável por grande parte das dificuldades políticas, económicas e sociais, então sentidas.

O Brasil tomara-se independente, ainda em 1822, e D. Pedro IV outorgara a Carta Constitucional de 1826, anglófila, mais conservadora que a Constituição de 1822,

dotando o rei de poder moderador e criando duas câmaras parlamentares.

3 8.6. 10. Num clima de instabilidade governativo-constitucional, sete anos depois da promulgação da Carta Constitucional e corridos já cinco anos do reinado absoluto de D. Miguel, surgiu em 1833 o primeiro código português moderno. O «Código Comercial» publicado por iniciativa de Ferreira Borges.

A Carta Constitucional foi reposta em vigor em 1834. Por muito pouco tempo. A convulsão não cessara.

Em 1836, deu-se início a nova vigência, transitória, da Constituição de 1822. No mesmo ano, e já depois das fundamentais reformas de Mouzinho da Silveira (1832), surgiu o «Código Administrativo», de Passos Manuel. Um código que, apesar do seu nome, só cobria a administração local.

Entretanto era concluída a feitura da Constituição de 1838.

Que só vigoraria quatro acidentados anos, tentando consagrar uma fórmula mista da Constituição de 1822 com a Carta Constitucional. Em 1842, no entanto, esta última será reposta em vigor.

Paralelamente, as reformas administrativas, no plano da administração local, continuaram. Desde logo, em 1842, com Costa Cabral.

Mais tarde, em 1852, foi aprovado o «Código Penal», de influência dos direitos latinos.

Mas ano decisivo foi o de 1867. Surgiu, então, o tão esperado «Código Civil». Resultado de um projecto de António Luís de Seabra, futuro visconde de Seabra, este novo código marcou o começo de um Direito Português moderno e europeu. Só então os portugueses se despediam das «Ordenações» que durante séculos lhes regularam a vida e o destino.

A acalmia do Direito Civil não teve paralelo no plano administrativo. Sucederam-se as expenencias e sucederam-se os códigos. Foram o Código de Rodrigues Sampaio (1878), o Código de José Luciano de Castro (1886) e o Código de João Franco (1895-1896). Todos passando à margem dos problemas da Administração Central.

Em 1886, surgiu um novo «Código Penal». Um código que perduraria quase um século.

E, em 1888, deveu-se a Veiga Beirão o aparecimento do novo «Código Comercial». Um código que, embora revogado em muitos dos seus aspectos essenciais (por exemplo, as sociedades comerciais), ainda hoje vigora.

Curiosamente, quer o «Código Penal» de 1886, quer o «Código Comercial» de 1888

vigoram, na sua essência, nos Estados africanos de língua oficial portuguesa.

38.6.11. O século XX potencia a aceleração das mudanças.

Três Constituições marcam estes anos de noventa. A republicana, de 1911, a Constituição do Estado Novo, de 1933, e a Constituição democrática, de 1976. Uma liberal e parlamentar, outra anti-liberal, anti-democrática e anti-parlamentar, a terceira, desde 1982, democrática, social, semi-presidencialista.

A euforia legislativa atinge níveis insuspeitados. Porque a complexidade da vida era, de facto, impensável há bem poucos anos.

As leis, na sua grande maioria, não se inserem em qualquer código ou compilação. Mas nem por isso se pode deixar de reconhecer que o movimento codificador é imparável - na ordem do dia está, pois, a discussão sobre a adequada e conveniente dimensão do esforço codificador.

Enquanto se alimenta o debate, surgem os mais variados códigos. Quer de direito substantivo, como os de Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, Direito Fiscal, Direito das Sociedades Comerciais, Direito de Autor. Quer de direito adjectivo, como os de Processo Civil, Processo Penal, Processo do Trabalho.

Comum a todos eles é a progressiva substituição da influência francesa e italiana pela do direito alemão, primeiro no Direito Civil, depois no Penal, no Comercial, no Processo; finalmente no Direito Administrativo.

Ao nosso leitor interessa reter algumas datas. Refiramos só datas significativas entre as mais recentes.

1) 1966, data do novo Código Civil, que opera uma mudança profunda na disciplina da vida privada dos Portugueses, com influência alemã apreciável e sentido social; Código que seria objecto de uma importante revisão em 1977, na sequência da aprovação do novo texto constitucional.

2) 1982, data do novo Código Penal, também com traços germânicos, que marca uma nova era na definição dos crimes e no tratamento dado ao criminoso; foi também já revisto, em 1995 e, depois, em 1999.

3) 1986, data do novo Código das Sociedades Comerciais, que revela uma óbvia preocupação de responder atempadamente às crescentes e complexas exigências da vida mercantil.

4) 1991, data do novo Código do Procedimento Administrativo, que vem cumprir

determinações da Constituição de 1976, e é revisto em 1996.

5) 1995, data de uma importante, bem como amplamente esperada e discutida, revisão do Código de Processo Civil.

6) 1999, data do novo Código de Processo Penal, que altera apreciavelmente o de 1987.

E esperam-se sempre mais novidades. Finalmente, um Código de Processo nos Tribunais Administrativos, em 2000, que cobre parte apreciável da matéria a que respeita.

Para além dos códigos, inúmeras matérias têm sido alvo da intervenção legislativa. Procura-se actualizar, modernizar, racionalizar. Pretende-se que o Direito português possa responder aos desafios de uma época que também é sua. Ao mesmo tempo que a doutrina inova e a jurisprudência reafirma um papel relevante.

Por isso, as alterações estruturais no sistema económico e no sistema financeiro. Por isso, as evoluções na reforma administrativa. Por isso, as inovações no domínio industrial e no domínio comercial, com crescente influência.

Preparar um País para o futuro é questionar, por isso, este nosso pequeno livro só pode anunciar as grandes coordenadas desse movimento. O que importa é não esquecer as razões das escolhas e os porquês das prioridades.

Não esquecer as raízes históricas e culturais de um Direito entendido como fenómeno de continuidade.

De um Direito com matriz romanista e influências culturais múltiplas, mais escrito do que consuetudinário, em que a jurisprudência só recentemente readquire um papel criativo relevante.

Preparar um País para o futuro é, também, preparar o seu Direito para o futuro. Em Portugal, nessa perspectiva, todo o investimento realizado em estudos no âmbito da «ciência da legislação», visando conferir à futura das leis o relevo científico já há muito reconhecido noutros Estados europeus, é uma opção a saudar e a aprofundar.

39 - Os sistemas actuais de Direito

39.1. O Direito é uma realidade historicamente condicionada. Acabámos de o tentar explicar. Mas ter-nos-á seguido o nosso leitor?

São fundamentalmente duas as faces desta asserção. O Direito de hoje não é o Direito de ontem. No entanto, só este explica e funda a vivência jurídica dos nossos dias.

Parece claro. E parece compreensível. Mas é insuficiente.

Se a referência temporal é decisiva, a verdade é que ela não esgota o universo das explicações. É preciso ir bem mais além.

Abordar espacialmente os problemas. Perspectivar geograficamente o estudo. É certo. Mas, sobretudo, potenciar a síntese.

Ou seja, perceber que se trata, em última análise, de ponderar um fenómeno cultural. Ensaia a culturalização da reflexão. E, então, dar azo à verdadeira compreensão.

Porque o Direito é um fenómeno de cultura. Porque a juridicidade é um dado cultural - expressão de meios sociais situados num momento e num lugar.

39.2. Por tudo isto, é bem vasto o campo das razões de um qualquer Direito. Nomeadamente do actual Direito português.

Não bastam as respostas dadas de um prisma estritamente temporal. Não basta saber-se que no passado se dispunha isto ou aquilo, por esta ou aquela forma. É necessário dizer-se mais.

Porque é preciso perceber. E essa é a grande questão.

Portugal é um país do Ocidente europeu, com inequívoca vocação atlântica. O Direito português foi, ao longo dos tempos, condicionado por esse facto. E sê-lo-á sempre. Nunca os nossos **problemas** foram, na sua essencialidade, idênticos aos problemas de um país asiático, africano ou americano; ou, sequer, aos de um país da Europa Central ou do Norte. Nem se adivinha que venham a sê-lo. Porque, se a evolução dilui fronteiras e aproxima os povos, a verdade é que a História de cada um sempre condicionará a diversidade na vivência dos problemas comuns.

Portugal nasce no século XI numa zona periférica do velho continente. E todas as explicações terão de voltar aí. É uma cultura que adquire feição própria e que, por isso, imprime uma marca ao devir colectivo. Só esta referência cultural permite a verdadeira compreensão. Porque só ela é global. Só ela é operatória.

E assim se percebe o que importa perceber. O Direito português do século XX é diferente do Direito português do século XVI ou do século XI... Mas o Direito português do século XX é bem mais diferente ainda do Direito japonês do século XX, do Direito indiano do século XX, ou do Direito chinês do século XX. Como o Direito português do século XVI era diferente do Direito mongol do século XVI, ou do Direito do Magrebe do século XVI... E sabe o nosso leitor porquê? Decerto que sim. Porque são

diferentes os panoramas culturais que geram os diversos Direitos. A actual realidade cultural portuguesa difere da realidade cultural portuguesa de ontem. Mas, ao mesmo tempo, distingue-se das actuais realidades japonesa, indiana ou chinesa. Mudam-se os tempos e os locais, mudam-se as culturas.

A diversidade vive em dois pólos. O da evolução, resultante da alteração das realidades culturais. E o da coexistência, resultante da verificação de diferenças estruturais entre as várias realidades culturais.

Ora, ao longo dos tempos, têm-se desenhado grandes tendências na conformação concreta dos vários ordenamentos jurídicos. São os chamados sistemas de Direito. Eles nascem de matrizes culturais diversas, assentes em coordenadas próprias de espaço e de tempo. Coexistem, portanto, as mais das vezes, sem grandes atropelos e com um campo específico de influência.

Todos têm evoluído e a sua adaptação às novas exigências revela-se uma questão de sobrevivência.

Vejamo-los. Porque a compreensão do que seja o Direito português passa, decisivamente, pela sua integração num sistema do Direito. Pela sua recondução a uma matriz cultural.

39.3. Quais os sistemas que importa referir?

Ora bem, neste preciso ensejo, interessa apenas reter os sistemas que maior influência têm no mundo actual. Nomeadamente, no mundo em que nos movemos e em que a nossa identidade se revê.

Por isso, não se analisarão, por exemplo, o Direito tradicional da Melanésia, o Direito das regiões árticas, o Direito da Nova Guiné... Direitos absolutamente estranhos àquilo que é a nossa vivência jurídica.

Pela mesma razão, não parecem de referir sistemas e ordenamentos como o hindu, o da África negra ou o de Madagáscar.. Em nada esclarecem a essência do nosso Direito.

Apenas cinco sistemas ou famílias de Direitos parecem decisivos:

- a) o sistema romano-germânico;
- b) o sistema anglo-saxónico;
- c) o sistema marxista-leninista;

d) o sistema muçulmano;

e) o sistema extremo-oriental.

Porque é óbvia a referência a cinco matrizes culturais distintas. Cinco matrizes que, embora tenham sofrido modificações e deixem adivinhar profundas evoluções próximas, são ainda o rosto do mundo de hoje.

39.4. O sistema romano-germânico é, naturalmente, aquele em que nos integramos.

Tendo a Grécia como berço e Roma como razão de maturidade, é judaico-cristã a sua herança cultural. Com o tempo, o capitalismo será a marca económica do sistema.

Mas estas características são também património comum ao sistema anglo-saxónico. A partir daqui, e do ponto de vista da técnica jurídica adoptada, importa distinguir o sistema romano-germanico do sistema anglo-saxónico.

O primeiro caracteriza-se por assentar no Direito Romano, nomeadamente no domínio do Direito Privado, por reconhecer à lei um lugar cimeiro entre os modos de criação do Direito (embora com alguma hipocrisia de permeio), por minimizar o papel do costume, por conceber a subordinação estrita da jurisprudência à lei e por revelar uma técnica científica apurada no tratamento abstracto do material jurídico. O sistema romano-germânico privilegia o raciocínio dedutivo, abstracto e genérico, em detrimento do raciocínio indutivo, concreto e pontual. A interpretação, a integração de lacunas e a aplicação revestem-se de carácter essencialmente normativo. O Estado e a Administração Pública ancestralmente dominam a sociedade civil.

O segundo, também chamado de sistema de *common law* (é, para muitos, mais uma família de Direito do que um verdadeiro sistema), caracteriza-se por reconhecer um papel preponderante à jurisprudência, com a consagração da regra do precedente (pela qual as decisões dos tribunais superiores vinculam os tribunais inferiores, que terão de decidir da mesma maneira os casos análogos futuros). Neste sistema, e por força de uma tal diferença de base, a técnica jurídica é muito diferente da romanística.

Relevante é também o papel do costume, por contraste com uma tradicional parcimónia no uso da lei.

O sistema anglo-saxónico prefere o raciocínio específico, a análise das soluções do caso concreto à construção de conceitos mais afastados da realidade. A sociedade civil afirma o seu controlo sobre o poder político do Estado.

É muito diferente a utensilagem mental dos juristas de um e de outro sistema. Diferem ramos e divisões do Direito, institutos jurídicos, instrumentos de análise e construção

dogmática.

O próprio peso social relativo das diversas profissões jurídicas varia entre sistemas - sendo mais relevante na família romano-germânica a função pública e na família anglo-saxónica a magistratura judicial e a advocacia. A formação do jurista, ela mesma, é bem diversa da romanística. Como diz Martinek, «a preparação em escolas de Direito norte-americanas caracteriza-se por treino em vez de formação, senso comum em vez de ciência, concretização em vez de abstração, tópica em vez de sistemática».

39.5. O sistema marxista-leninista nasceu da aplicação da ideologia marxista através da implantação revolucionária da «ditadura do proletariado» e marcou, até muito recentemente, os Direitos da Europa de Leste e ainda marca o de alguns países do Sudeste asiático e de Cuba.

Este sistema opera um corte com o sistema romanístico, no qual mergulha as suas raízes, em prol de uma estruturação própria da sociedade e da vida.

O Direito não se distingue do Estado, a lei é o modo quase exclusivo de criação jurídica, a noção de legalidade socialista unifica e estabiliza o sistema. Criaram-se novos institutos jurídicos mais adequados à construção da sociedade nova (por exemplo, unidades colectivas de produção como os *kolkhozes*), eliminaram-se alguns (por exemplo, a sucessão por morte ou a propriedade individual de meios de produção), retomaram-se outros (por exemplo, a proibição da aplicação analógica da lei penal).

Tudo se dirige à plena realização final do comunismo e da sociedade sem classes.

Mas, curiosamente, desde cedo, a verdade é que o percurso passa por uma aproximação do sistema romano-germanico. No fundo, por um regresso às origens.

A evolução política recente nos países do Leste europeu deixa, mesmo onde o sistema conheceu menores mudanças, adivinhar um incremento desta tendência. A implosão da União Soviética, com o aparecimento de múltiplos Estados soberanos, a cisão operada na Jugoslávia e na Checoslováquia, a reunificação alemã, bem como a evolução processada nos Estados ligados à NATO ou candidatos à União Europeia, podem apontar, irreversivelmente, no plano da identificação jurídica, para um reencontro com a matriz romano-germânica. Só o tempo dirá qual o sentido último dos horizontes que hoje se recortam, em diversos pontos, de forma ainda pouco tranquila.

39.6. O sistema muçulmano é muito menos relevante para nós. Se historicamente existiram diversos pontos de contacto, jamais houve uma comunhão civilizacional. Culturalmente, nunca o chamado Ocidente se reviu no Islão e nunca os muçulmanos se encontraram na herança judaico-cristã.

Por isso, importa fixar apenas duas ideias essenciais.

A primeira é, necessariamente, a da indistinção existente entre a religião e o Direito. O *Alcorão* é, a um tempo, livro sagrado e lei fundamental da nação árabe. Maorné representa a fé e a regra.

E aqui reside a grande força do sistema. É a manutenção desta base e da sua imutabilidade que sustentam a ordem estabelecida. A identificação cultural que a justifica explica-se pela perenidade das verdades islâmicas fundamentais.

Por ser assim, os quadros tradicionais recebem elementos estranhos sem perda da sua individualidade. A religião garante a invulnerabilidade.

A ocidentalização do Direito muçulmano, de que modernamente tanto se fala, terá sempre, portanto, de ser entendida dentro de certos limites. Se é verdade que aspectos fundamentais do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Comercial, do Direito Penal ou do Direito Processual sofreram a influência romanística e da *common law*, nem por isso se pode afirmar - de modo automático e inquestionado - que o Direito muçulmano se ocidentalizou.

A consistência da matriz cultural muçulmana pode tomar bem mais pertinente reconhecer a islamização dos contributos das famílias de Direito ocidentais.

39.7. Culturalmente, o sistema extremo-oriental é-nos muitíssimo distante.

O Direito é olhado com desfavor. Só subsidiariamente ele serve a ordem social e a justiça.

O oriental medita, auto-critica e persuade. E, à rigidez da regra e à inelutabilidade da coacção, prefere a moderação e a conciliação. Este o molde da sua sensibilidade social.

Simultaneamente, este o limite da influência ocidental. Pressão romanística e revoluções de influência do sistema marxista-leninista defrontam modelos tradicionais de regulação social.

E, pelo mesmo apelo a um substrato cultural comum, as decisões dos governantes estão condicionadas pela referência da consciência popular.

O Oriente é, assim, muito diverso culturalmente - como André Malraux, na sua *Tentação do Ocidente*, perceberam-no muitos outros também. Depois, em função de uma pressão social que pode servir concepções distintas de organização social, podem revelar-se diferenças de país para país.

Por isso, o Direito chinês é diverso do Direito japonês e, por isso, o Direito mongol é diferente do Direito coreano.

Mas a matriz cultural comum não é posta em causa.

39.8. Cinco sistemas, várias civilizações, culturas diversificadas. A todos importa conhecer. E a todos importa compreender.

Bem como entender que se assiste a um processo lento, mas inequívoco, de aproximação entre famílias de Direito. Próprio de integrações regionais (como a União Europeia). Próprio da universalização aberta ou acentuada pelas tecnologias da informação. É a família romano-germânica a caminhar no sentido do concreto, da aplicação individualizadora, das clausulas gerais e dos conceitos indeterminados, da capacidade criadora da jurisprudência. É a família anglo-saxónica a avançar para o abstracto, o reforço do papel da lei. É a acelerada encruzilhada de Direitos da família marxista-leninista com a família romano-germânica. É mesmo e ainda a evolução no sistema extremo-oriental. Só não sucede, porventura, idêntico fenómeno no que respeita à família de Direitos da matriz muçulmana.

Mas porquê a importância do estudo comparado de Direitos tão diversos entre si?

Pois bem, porque o conhecimento e a compreensão do nosso Direito supõem quer a reflexão sobre o sistema em que nos integramos, quer a reflexão sobre os demais sistemas existentes.

E o nosso leitor mais atento já sabe a razão.

É que perceber um qualquer Direito impõe integrações, comparações, distinções. Saber o que é o Direito X impõe que se saiba que ele é diferente do Direito Y e do Direito Z. E que se saiba por que é diferente. Mas obriga ainda a que se saiba que o Direito X se integra no sistema A, e não no B ou no C. E que se saiba porquê. Mais, obriga a que se saiba que o Direito Y também pertence ao sistema A, ao contrário do Direito Z, que pertence ao sistema C. E que se saiba a explicação. E por aí fora, numa caminhada de questões e respostas dirigidas ao aprofundamento da análise.

Perceber o Direito português leva à formulação deste tipo de interrogações. Por que é diferente do Direito inglês e do Direito japonês? Por que se integra, com o Direito inglês, no conjunto dos Direitos ocidentais? Por que não pertence ao sistema da *common law*?

É preciso comparar os Direitos. Porque a comparação ajuda a compreender. E pode comparar-se em termos gerais, relacionando o Direito português com o Direito norte-americano, ou os Direitos ocidentais com o sistema muçulmano. Ou pode comparar-se

aspectos específicos, confrontando a compra e venda em Portugal com a compra e venda no Egípto, a sucessão por morte em Portugal com a sucessão por morte em Inglaterra, o sistema eleitoral português com o sistema eleitoral mexicano.

Esta comparação de Direitos é tradicionalmente designada, numa fórmula que é de resto passível das maiores críticas, por *Direito Comparado*. Em rigor, não se trata de um ramo do Direito, mas de uma disciplina que estuda o direito, comparando-o com um ou vários outros, quer em termos globais (*macro-comparação*), quer instituto a instituto ou figura a figura (*micro-comparação*).

Seja como for, o certo é que conhecer e compreender o que somos impõe que se conheça e se compreenda o que os outros são. Que se apontem semelhanças e diferenças e que se comparem soluções.

À medida destas observações introdutórias, foi para isso que se procurou despertar a atenção do leitor.

40 - O Direito português e os sistemas de Direito

40. 1. A grande questão está ainda por responder. Ou, pelo menos, reclama um melhor e completo esclarecimento.

Qual o sistema em que se integra o nosso Direito? E porquê?

O leitor já percebeu que se trata de saber qual é a matriz cultural com que nos identificamos, qual a referência civilizacional do nosso Direito. E decerto que já tem a resposta.

Claro que só pode pensar-se no pano de fundo dos Direitos ditos ocidentais e, mais concretamente, no sistema romano-germânico.

40.2. Mas porquê?

A resposta é agora bem mais fácil. Não só vimos uma caracterização genérica dos cinco grandes sistemas, como, antes disso, nos debruçámos sobre o percurso histórico que explica o actual Direito português.

Por isso, a opção pelo sistema romanístico, no contexto dos Direitos ditos ocidentais, consubstancia uma reflexão de natureza cultural que se funda numa abordagem histórica e comparativa.

40.3. Três aspectos são decisivos na conclusão:

- a) a formação histórica do Direito;
- b) a estrutura do Direito e a técnica científica;
- c) o papel dos diversos modos de criação do Direito.

Vejamo-los.

A matriz histórica do Direito português é o Direito romano.

Como vimos, a romanização surge num cenário de Direito consuetudinário e de múltiplas e sucessivas influências jurídicas. Mais tarde, o Direito romano influi directamente, como Direito comum do Império, clarificando, de novo, um sistema essencialmente costumeiro. O modelo romano marca o nascimento e a maturação do Direito nacional e condiciona os quadros jurídicos e os métodos científicos utilizados pelos juristas. É a matriz romana que preside à progressiva incrementação do Direito legislativo e é, também ela, que os portugueses espalharão nas terras de África, Ásia e América.

Científica e tecnicamente, o Direito português é também reflexo da influência romana. Nasceram em Roma institutos, princípios e categorias que hoje temos por fundamentais. Nasceram em Roma contributos que são a própria identidade do sistema em que nos revimos. São de salientar dois.

- 1) A divisão dos ramos do Direito em duas grandes vertentes (pública e privada), com as respectivas subdivisões.
- 2) O conceito de regra jurídica, como realidade próxima da vida, mas, tendencialmente, com um determinado grau de generalidade e abstracção que, servindo um Direito que se pretende previsível, permite aprofundar as coordenadas da interpretação e da aplicação, bem como a técnica das distinções jurídicas.

Relativamente aos modos de criação do Direito, Portugal é claramente herdeiro de Roma. A lei ocupa o lugar primordial. O costume goza, na teoria como na prática, de um relevo muito limitado. A jurisprudência está claramente subordinada à lei e, para uma linha tradicional dominante, em regra abstém-se de criar regras de Direito. A doutrina influencia o ambiente jurídico que gera as regras e, assim, mediadamente, «cria» Direito.

Mas só de modo mediato.

O Direito português reconduz-se à matriz cultural ocidental.

E, dentro desta, à família romanística e, portanto, ao sistema romano-germânico.

A dimensão jurídica é, repita-se, expressão de um meio social situado no tempo e no espaço. Neste canto ocidental da Europa, em pleno século XII, a necessidade de uma identidade nacional que servisse uma colectividade diferenciada levou, como necessariamente teria de levar, a um encontro de referências e de razões no percurso que civilizacionalmente se revelava próximo. Portugal é parte de uma História que é património comum de muitos. E, para sempre, o seu Direito será tributário do substracto cultural em que se revê.

Por isso mesmo, o Direito português experimenta hoje as mesmas transformações sofridas pela vertente mais elaborada da família romano-germânica - a alemã: relativização do paradigma legal, valorização da jurisprudência, concretização do Direito na sua criação e vigência, abertura a institutos de proveniência anglo-saxónica, afirmação de linhas de pensamento analíticas, a começar no Direito Público mas com reflexo também no Direito Privado.

41 - Os ramos do Direito português

41.1. A ordem jurídica é uma realidade unitária, mas o seu estudo obriga a que se estabeleçam demarcações e se tracem fronteiras.

Nos países que se integram no sistema romano-germânico, a ciência jurídica agrupa as regras de Direito nas mesmas grandes categorias. A começar pela identificação de determinados sectores normativos a que tradicionalmente se chama «ramos de Direito».

Trata-se de conjuntos de regras com uma individualidade própria, cujo conteúdo se estrutura em função de princípios gerais específicos.

Em causa está agora só o Direito estadual. E, deste, apenas o Direito estadual que se destina a regular situações internas. Porque das especificidades do Direito supra e infra-estadual já se falou repetidamente e se julga despropositada a repetição.

Mas também porque já se referiu o chamado Direito Internacional Privado e não parece útil tomar a levantar os múltiplos problemas que a sua caracterização pode levantar.

41.2. Em primeiríssimo lugar, surge a divisão básica que se estabelece entre Direito Público e Direito Privado. Questão essencial que, como se viu, define o próprio sistema.

Em Roma, Ulpiano ensaiou a distinção. De então para cá, multiplicaram-se as tentativas para apurar critérios e aperfeiçoar formulações. Hoje, há quem diga que é possível referenciar mais de uma centena de enunciados.

São três os critérios principais.

1) Interesse.

2) Qualidade dos sujeitos.

3) Posição dos sujeitos.

De acordo com o critério do interesse, Direito Público é aquele que serve predominantemente ou essencialmente a prossecução de interesses públicos e Direito Privado é aquele que serve predominantemente ou essencialmente a prossecução de interesses privados.

Para o critério da qualidade dos sujeitos, é público o Direito que regula situações em que intervenha o Estado ou qualquer ente público e privado o Direito que regula as situações dos particulares.

Finalmente, o critério da posição dos sujeitos diz que Direito Público é aquele que constitui e organiza o Estado e os demais entes públicos e regula a sua actividade como entidades dotadas *de jure imperii* (ou poder de autoridade) ou sujeitas a restrições peculiares e que Direito Privado é aquele que regula as situações em que os sujeitos estão em posição de paridade.

Por qual deles optar?

Começemos por exclusão de partes. O critério da qualidade dos sujeitos não parece servir. Muitas vezes o Estado e outros organismos públicos intervêm na vida jurídica em condições exactamente idênticas às dos particulares. Por exemplo, o município de Lisboa pode ser condenado ao pagamento de uma indemnização por danos causados a um munícipe nos termos gerais do Direito Privado, o Estado pode ser herdeiro nos termos gerais do Direito Privado. Não é a qualidade pública dos sujeitos que afecta a natureza privada das situações jurídicas constituídas. O critério não esclarece e é, por isso, de afastar.

E o que dizer do critério da posição dos sujeitos? É óbvio que ele surge para responder às insuficiências do critério anterior.

Mas tê-lo-á conseguido? É certo que com ele a realidade encontra melhor enquadramento jurídico. Quando o Estado expropria um terreno, multa uma empresa, ou cobra um imposto, age munido de poderes de autoridade que justificam a natureza pública das situações jurídicas em causa. Mas já quando é investido na qualidade de herdeiro, quando é condenado a pagar uma indemnização, quando vende um veículo automóvel ou toma de arrendamento um prédio age em condições de igualdade, com a outra parte, sem que a sua qualidade pública afecte a natureza privada das situações em que se envolveu.

Tudo isto é certo, mas falha o decisivo. O critério descreve mas não explica. Falta perceber por que é que nuns casos o Estado e as entidades públicas agem dotados *de jus imperii* e noutros não. E não é o critério da posição dos sujeitos que consegue dar a resposta. O que sucede é que certos poderes de autoridade ou restrições mais gravosas existem, precisamente, porque está em causa um interesse que o determina e não o contrário - o interesse explica tais poderes ou deveres especiais.

Ora bem, o nosso leitor já terá, porventura, percebido o problema. É que, na verdade, só o critério do interesse parece revelar-se esclarecedor. Só ele parece justificar o que os outros, melhor ou pior, se limitam a descrever.

Quando o Estado ou outra qualquer entidade pública agem numa posição de autoridade, o que está em causa é, essencial ou predominante. E quando o Estado ou outra entidade pública agem numa posição de paridade, reconhecem que não é o interesse público que está predominantemente em causa mas sim um interesse privado.

É a natureza pública ou privada do interesse, essencial ou predominantemente prosseguido, que explica o recurso a poderes de autoridade ou deveres específicos, por um lado, ou a actuação paritária, por outro.

É o interesse que traça as fronteiras. Autoridade e competência caracterizam a prossecução essencial ou predominante de interesses públicos. Igualdade e liberdade marcam a prossecução essencial ou predominante de interesses privados.

Pensa-se, claro está, num interesse concebido em termos de prevalência, já que tantas vezes as situações da vida representam um complexo cruzamento de pretensões subjectivas; no entanto, pensa-se, ainda e sempre, num interesse.

Só a esta luz se compreende a essência da divisão essencial.

Todas as outras tentativas de explicação não passam de projecções desta verdade. Por isso, se contribuem para ilustrar raciocínios e formulações, o certo é que nada explicam. Como procurámos demonstrar, só numa perspectiva integrada podem cumprir a sua função analítica própria.

41.3. Direito Público e Direito Privado. Dentro destes, é possível encontrar inúmeras distinções e outros tantos ramos de Direito.

Da maior parte deles já o nosso leitor decerto ouviu falar. Por isso, dentro das limitações de uma introdução, cabe agora apenas proceder à sua arrumação sistemática. Ora vejamos.

No Direito Público é possível, nomeadamente, distinguir o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Penal e o Direito Processual, seja ele Civil, Administrativo, Fiscal, Penal ou do Trabalho. A partir do Direito Administrativo autonomizaram-se outros ramos do Direito, como, por exemplo, o Direito Financeiro, o Direito Fiscal e, para alguns, o Direito Aduaneiro.

No Direito Privado, há que fazer considerações suplementares. Como Direito Privado comum surge o Direito Civil. E aí, respeitando a classificação germânica de Savigny, quatro sub-ramos fundamentais: o Direito das Obrigações, o Direito das Coisas (ou os Direitos Reais), o Direito da Família e o Direito das Sucessões. A unificar e a sedimentar conceitos comuns, para diversos autores e no nosso Código Civil, avulta uma Parte Geral do Direito Civil. Para além destes, existem as novas expressões do Direito Civil, como, por exemplo, o Direito da Personalidade e, para alguns, o Direito de Autor. Depois, surgem os Direitos Privados especiais: o Direito Comercial e, ainda, embora com naturezas mistas, em que afloram aspectos de Direito Público, o Direito do Trabalho, o Direito da Previdência Social, o Direito da Propriedade Industrial, o Direito Bancário, o Direito Agrário.

Será importante proceder a esta arrumação? Certamente que sim. É relevante a integração sistemática do ramo de Direito com que se trabalha. É todo um universo de referências e de conexões que se descobre e que terá um apreciável campo de explicação e aplicação. Por isso, não é indiferente que a situação da vida em causa seja regulada por um ramo de Direito em que está em causa a prossecução essencial ou predominante de um interesse público ou, pelo contrário, a prossecução essencial ou predominante de um interesse privado. São dois hemisférios distintos, em larga medida com princípios próprios e razões de decidir características. Uma prevenção deve, contudo, ser aditada: novíssimos ramos jurídicos estão a despontar, que compreendem uma componente de Direito Público e outra de Direito Privado, o que obriga a cuidadosa distinção, no seu seio, de tais componentes (é o caso do Direito Económico, do Direito Bancário, do Direito do Ambiente, do Direito do Urbanismo ou do Direito do Ordenamento do Território, estes últimos, aliás, crescentemente ligados).

41.4. Temos, assim, que a Separação não é estanque ou definitiva. Pelo contrário. Assiste-se hoje à sua superação. E é fundamental que o leitor perceba correctamente o que fica dito para que possa chegar à plena compreensão de um dado essencial.

Se já se sabe que a Constituição ilumina todo o ordenamento e deve, assim, ser uma referência permanente de qualquer abordagem jurídica, falta referir uma outra verdade fundamental. É que o Direito Privado, e dentro dele o Direito Civil, como Direito Privado Comum, representa um património comum de toda a vida jurídica. Seja pública ou privada.

No Direito Civil está o núcleo da juridicidade social. A fisionomia do sistema tem aí as

suas raízes. A ordem jurídica molda-se em torno dos grandes princípios e regras que o conformam.

Por isso, o jurista tem no Direito Civil as suas grandes referências e aí encontra as balizas metodológicas que lhe permitem trabalhar. A Teoria Geral do Direito Civil, ou o estudo da «Parte Geral» do Código Civil (que, curiosamente, mantém a sua actualidade em projectos de Códigos Civis recentíssimos como o holandês), constitui, assim, um ponto de referência obrigatório para qualquer jurista.

41.5. Para além deste cruzamento de referências e implicações, que explicam a verdadeira dimensão sistemática do Direito, importa sublinhar que domínios há que dificilmente cabem na bipartição traçada. E que as influências recíprocas entre Direito Público e Direito Privado tendem a acentuar-se.

Por um lado, há, como vimos, Direitos supra-estaduais - como o Direito Internacional Público, e, nele, o Direito Comunitário -, ou de origem estadual, mas resultando da convergência entre Direito Público e Direito Privado, como aqueles que atrás citámos, e muitos mais que irrompem com a especialização científica e técnica. Por outro, o Direito Público está a privatizar-se ao introduzir esquemas conceptuais do Direito Privado e este a publicitar-se, por formarem a vida económica, social e cultural.

Ou seja, a divisão em ramos do Direito, mantendo embora uma não subestimável utilidade científica e pedagógica, deve ser relativizada e completada por indagações complementares.

42 - A codificação

42. 1. Mesmo o leitor mais afastado do mundo do Direito sabe associar-lhe a ideia de Código, ou de Códigos. Já ouviu juizes, advogados, ministros, funcionários de repartições públicas ou, até, o seu Chefe de Secção falarem do Código Civil, do Código do Procedimento Administrativo, do Código Penal, do Código do IRS ou do Código do IVA. E fez bem em reter a ideia.

Porque, de facto, os Códigos são um instrumento precioso na estruturação do Direito. E porque o movimento codificador foi decisivo no desenvolvimento da técnica jurídica.

Ora vejamos como.

42.2. A primeira questão é óbvia. Afinal, o que é um Código?

Pois bem, um Código é uma lei que disciplina unitária, científica e sistematicamente os aspectos fundamentais de uma determinada matéria jurídica. Em regra, de um ramo do Direito.

Um Código distingue-se das antigas compilações de leis.

Porque estas não eram unitárias, já que abrangiam, tendencialmente, a totalidade da ordem jurídica. Mas também porque não eram científicas e sistemáticas, já que consistiam numa mera recolha e concentração de leis.

42.3. Por que se sentiu a necessidade de codificar? E quando surgiu tal necessidade?

Os conhecedores da História mesopotâmica lembram-se do Código de Hamurabi. Os estudiosos de Roma pensam nos Códigos de Teodósio ou de Justiniano. É certo que existiram e é bem verdade que se revelaram instrumentos políticos fundamentais. Mas não eram «códigos»; não, no sentido que acabámos de fixar.

Tratava-se de simples compilações mais ou menos caóticas, mais ou menos empíricas, mais ou menos fragmentárias. Numa linha muito semelhante à da «Lei das XII Tábuas» ou à das nossas «Ordenações».

Só o moderno movimento codificador permite que se fale tecnicamente de «código». A partir do final do século XVIII, portanto. Só então se sente a urgência de codificar. Impõem-na o racionalismo. Exige-a a nova ordem política e social. Permitem-na os avanços juscientíficos alcançados.

Surgem, por isso, os Códigos. As novas leis «sintéticas, científicas e sistemáticas». Primeiro, na Prússia, em 1794. Depois, em França, em 1804. Mais tarde, e sob a influência francesa, em Portugal, Espanha e Itália. Finalmente, de forma decisiva, na Alemanha, em 1896. Estamos a referir apenas os códigos propriamente ditos e não as Constituições Políticas, documentos unitários, mas carecidos, amiúde, de sistematização científica.

42.4. Quais as vantagens da codificação?

Na época, as vantagens imediatas foram várias, relacionadas, sobretudo, com a precipitação do fim de uma época. Ultrapassaram-se arcaísmos que o novo tempo não podia permitir. Ultrapassou-se a fragmentação do Direito. Ultrapassou-se a multiplicidade confusa das ordens consuetudinárias.

Mas algo ficou. Muito mais sólido e perene.

- 1) A facilitação na apreensão do Direito.
- 2) A coerência sistemática das soluções jurídicas.

3) A segurança das referências integradas no trabalho do jurista.

E, por tudo isto, os méritos de uma codificação de génese europeia extravasam fronteiras. O mundo recebe o movimento codificador. E, com ele, a inspiradora influência romanística.

42.5. Quais as desvantagens de codificar?

Fundamentalmente duas. O sistema tende a tomar-se rígido. E o jurista sente-se tentado a uma atitude meramente contemplativa e exegetica.

Um «código» é o resultado de um enorme esforço de elaboração. De um trabalho de anos. Todas as alterações exigem uma meditação profunda. É bem pesada a sua solidez. Já a vida é permanente mutação, pulsar contínuo e imparável. Homens e instituições em constante movimento, num percurso de que se não adivinha o fim. É, por isso, quase fatal que exista algum desfasamento. O preço de uma sistematização unitária e científica bem pode estar na desesperada tentativa de fixar o dinamismo da existência.

Por isso, deve caber ao jurista um papel decisivo. Adaptar o Direito à vida. Adaptar respostas consolidadas à permanente mudança de problemas e exigências.

Porém, não tem sido esta a tendência que a prática vem desvendando. Fomenta-se o apego aos textos, elogia-se a exegese arguta. Esquece-se a dimensão verdadeiramente criadora do trabalho do jurista. Esquece-se a procura do Direito justo. O jurista contempla o que lhe é dado e torna-se estruturalmente conservador.

O passado não deixa, neste aspecto, um lastro promissor. Contudo, alguns sinais recentes indiciam um futuro talvez menos sombrio. A consciência da comunidade jurídica parece definitivamente desperta. Porque a codificação é uma exigência dos nossos dias e a completa realização dos seus desígnios exige o compromisso sério de todos.

42.6. Em Portugal, é D. Maria I quem dá um primeiro e importante alento ao movimento codificador. Pascoal José de Melo Freire - encarregue da elaboração de dois projectos que, embora admiráveis, nunca tiveram forma de lei.

Mais tarde, em 1822, surge a Constituição, mas que, apesar dos seus méritos de compilação, não pode ser qualificada como um verdadeiro código. Depois, em 1826, a Carta Constitucional.

E, só em 1833, o Código Comercial, um novo Código em sentido rigoroso.

A partir daí, é imparável a sucessão. E o nosso leitor conhece já os traços fundamentais

do seu desenvolvimento.

43 - As ciências que estudam o Direito

43- 1. Temos vindo a caracterizar o Direito e a procurar apreender os traços essenciais da sua definição. O Direito é uma realidade social.

Ora, enquanto tal, ele pode ser estudado de múltiplas perspectivas. E, assim, ser objecto de inúmeras disciplinas, científicas ou não.

São abordagens distintas que, visando objectivos diferentes e recorrendo a métodos próprios, não se confundem. Antes potenciam os méritos da interdisciplinaridade.

Vamos fixar quatro possibilidades.

43.2. A primeira é a Ciência do Direito. Ou seja, a ciência que, apoiada no método jurídico, estuda a vertente normativa do Direito.

O Direito é um conjunto de regras que exprimem uma ordem de dever ser. E, nessa precisa dimensão, constitui um objecto científico próprio. O objecto da Ciência do Direito.

Em causa está a validade das soluções jurídicas. O cientista do Direito analisa sobretudo a validade das respostas que encontra, discute ou propõe. E fá-lo no plano técnico-jurídico, que caracteriza o método juscientífico.

Só depois, e com base nesta elaboração, podem surgir outras ciências como o Direito Comparado ou a História do Direito.

Ciências que estudam um Direito pré-definido, sem se interrogar acerca da sua essência.

43.3. A segunda é a Sociologia do Direito.

A ciência que, com base nos métodos sociológicos, estuda a vertente estrutural do Direito.

O Direito existe em função das situações da vida que é chamado a regular. Elas são a sua razão de ser imediata.

Ora, nesse plano, o Direito é objecto da Sociologia do Direito.

A ciência que, numa abordagem de natureza social, se debruça essencialmente sobre a questão da eficácia jurídica.

Não existe sociedade sem Direito. E o jus-sociólogo só retira as implicações desta verdade. Relaciona estruturas sociais e ordem jurídica, investiga os modos de criação do Direito, analisa os pressupostos de soluções e métodos jurídicos. Procura descrever o que são, quantitativa e qualitativamente, as soluções efectivas. Sem perguntar se são, ou devem ser, válidas.

Sem procurar razões que as fundem.

O Direito é uma ordem da sociedade. Conhecer o Direito é sempre conhecer a sociedade. Conhecer o que é na sociedade.

Por isso, a Sociologia do Direito é importante. Qualquer ciência que estude o Direito tem de ponderar os seus avanços e reflectir sobre as suas observações.

43.4. A terceira é a Filosofia do Direito. Isto é, a disciplina que estuda a vertente valorativa do Direito.

O Direito visa o estabelecimento de uma ordem justa. Dessa perspectiva, é estudado pela Filosofia do Direito.

Pergunta-se pelo fundamento do Direito. A abordagem situa-se no plano dos valores.

As soluções jurídicas são analisadas e criticadas por referência aos valores legitimantes do ordenamento. O filósofo do Direito controla a legitimidade das soluções positivas.

Na Filosofia do Direito cabem a metafísica jurídica, a gnoseologia jurídica, a ética jurídica - a indagação sobre o que é a essência do Direito, como se pode conhecer e estudar o jurídico e qual a conformidade do Direito Positivo com padrões éticos da conduta humana.

43.5. Será radical a separação entre as diversas abordagens?

A Ciência do Direito não questiona eficácia ou fundamento.

A Sociologia do Direito não trata validade ou fundamento. A Filosofia do Direito não discute validade ou eficácia.

Mas é vital a relação. Sociologia do Direito e Filosofia do Direito trabalham sobre soluções «lidas» pela Ciência do Direito.

Ciência do Direito e Filosofia do Direito estudam uma ordem apreciada na sua inserção social pela Sociologia do Direito.

Ciência do Direito e Sociologia do Direito operam com materiais sujeitos à reflexão da Filosofia do Direito.

E porquê? Porque o Direito é regra, situação da vida e valor.

Mas não é só regra. Nem só situação da vida. Nem só valor.

43.6. Falta referir a quarta vertente. Lateral e, por isso, sensivelmente diferente das anteriores. O Direito pode ser estudado na perspectiva da Política Legislativa.

A ordem jurídica evolui e adapta-se à imparável mudança dos tempos. Pode ser melhorada, corrigida, **aperfeiçoada**.

A Política Legislativa estuda, precisamente, a forma de o conseguir. E de o conseguir especificamente através da Lei. Por isso se baseia numa Ciência da Legislação.

A abordagem tem intuítos de reforma. O Direito existente é alicerce e pretexto da solução pretendida.

A questão é política. Trata-se de mais uma das grandes opções dirigidas ao bem comum.

Ao jurista deve exigir-se uma participação, *de jure condendo* (ou seja, do ponto de vista do Direito a criar), no domínio da Política Legislativa. Porque as considerações juscientíficas não esgotam a sua função social. Há que pedir-lhe a opinião sobre a valia das soluções que analisa. E que deixar espaço a posteriores movimentos de reforma ou de renovação jurídica.

O Direito não deve ser apenas porque é, ou porque está. O conformismo deve ser absolutamente alheio às razões de uma qualquer ordem positiva. É preciso criticar, propor, construir.

Ponderar o que o Direito deve ser. E também o jurista parece estar na posição ideal para, com autoridade, o dever fazer. Não lhe cabe a decisão - essa é, por natureza, do poder político. Mas cabe-lhe a proposta de decisão.

Aliás, não é só a evolução legislativa que deve ocupar o jurista, em termos prospectivos. Ele é desafiado a debruçar-se, de igual modo, sobre outras formas de criação de Direito pelo poder político - desde a função administrativa à actividade jurisdicional. Daí o relevo da apreciação e anotação da jurisprudência, visando a sua própria mutação.

44 -As profissões jurídicas

44. 1. Ao leitor mais curioso interessa, decerto, saber em que medida o Direito pode condicionar opções de vida. Nomeadamente no campo profissional.

Tendo em conta tudo o que atrás ficou escrito, a primeira ideia parece agora óbvia. O Direito fornece os grandes quadros mentais da integração social da pessoa. De qualquer pessoa.

Por isso, estudar Direito, conhecer o Direito, pode revelar-se útil numa qualquer actividade. Pode ser jurista o administrador de uma empresa, o presidente de um clube desportivo, o chefe de redacção de um jornal ou de uma revista, o presidente de uma fundação com preocupações culturais ou o responsável pela direcção de pessoal de uma sociedade. A todos, o Direito apoia um dia-a-dia de escolhas e decisões que nem sempre são fáceis.

E porque é assim, também não se estranha que a vida pública receba grande número de juristas. A política atrai os que estudaram o Direito. É natural e é saudável. Porque a política precisa dos juristas. Por um lado, os juristas serão, seguramente, dos técnicos mais aptos à preparação e formulação de muitas das mais fundamentais opções da colectividade.

Mas, por outro lado, a verdade é que tudo reclama a sua intervenção - as questões económicas, científicas e técnicas precisam, para serem socialmente operantes, de assumir uma dimensão jurídica; e a dimensão jurídica adequada. Ora, só aos juristas ela pode ser pedida. Os economistas, os médicos, os engenheiros, os investigadores, os arquitectos são técnicos preparados para as suas respectivas funções e que, por isso, podem ter um papel significativo no processo decisório da comunidade. Mas, na maior parte das vezes, a última palavra deve caber ao jurista. Foi ele quem estudou para saber fazer as leis, foi ele quem estudou para saber traçar ou, pelo menos, propor as grandes linhas da organização social. E deve-se-lhe pedir, exactamente, aquilo que ele sabe fazer.

44.2. Ora bem, mas vamos ao ponto. Quando se decide cursar Direito quais os horizontes profissionais que se perfilam?

O leitor responde de imediato. Mas talvez não esgote as possibilidades...

Vamo-nos concentrar apenas nas profissões essencialmente jurídicas.

A primeira é, tradicionalmente, a advocacia. Trata-se de uma das mais antigas profissões livres que é, naturalmente, escusado caracterizar aqui. Todos conhecem advogados, todos vêem filmes sobre advogados, todos contam histórias de advogados. Em Portugal, o seu número cresce. Sobretudo, em Lisboa e no Porto. E numa época em que a advocacia tende a mudar.

Surgem inúmeras sociedades de advogados, surgem grandes escritórios com uma estrutura de tipo empresarial, surgem ligações internacionais e, ao mesmo tempo, redes nacionais com estruturas descentralizadas. O advogado é, cada vez mais, um profissional de tempo inteiro e especializado.

Os negócios e a advocacia preventiva conquistam parte do espaço que ontem pertencia ao tribunal. O que não quer dizer que, pelo tribunal, não passem sempre questões essenciais de Direito Criminal ou Penal, de Direito Administrativo e até de Direito Civil, para as quais a prevenção ou a concertação se revelam impossíveis ou insuficientes.

Outra via é a magistratura. O licenciado em Direito pode optar entre ser juiz ou magistrado do Ministério Público. Ora, se toda a gente sabe o que é e o que faz um juiz, talvez nem todos saibam o que é um magistrado do Ministério Público.

No exercício da função jurisdicional, muitas vezes o Estado e o interesse público têm de estar representados nos tribunais - é preciso acusar um criminoso, defender um ausente ou um incapaz, prosseguir os interesses do Estado. E é precisamente o magistrado do Ministério Público quem se encarrega de o fazer. Mas, sejam judiciais ou do Ministério Público, os magistrados terão uma pós-graduação adequada, em regra da responsabilidade de magistrados mais velhos. Depois, iniciarão a sua carreira percorrendo várias comarcas ao longo do País. E só mais tarde virão as promoções. Na magistratura judicial, a progressão típica começa no tribunal de comarca ou de círculo, passa pelo Tribunal da Relação (Lisboa, Porto, Coimbra e Évora) e termina no Supremo Tribunal de Justiça. Isto, sem esquecer a magistratura que exerce funções nos tribunais especiais - como são os administrativos, os fiscais ou os de trabalho. Na magistratura do Ministério Público, começa-se por procurador-adjunto e, no fim da carreira, pode, em tese, chegar-se a Procurador-Geral da República... Em qualquer dos casos, o magistrado é sempre uma figura socialmente respeitada e influente. No virar do século, o nosso País assiste a uma valorização do papel criador do Direito, por parte da Jurisprudência, ou seja, da função social das magistraturas.

Terceira possibilidade é, obviamente, a carreira administrativa. O licenciado em Direito pode preferir optar pela segurança de uma carreira de funcionário público. O seu grau académico dá-lhe acesso a uma categoria de técnico superior e, depois, só o passar dos anos permite ir mais longe. É uma opção de muitos que, sempre que o regime das incompatibilidades não o proíbe, tem a vantagem de deixar algum tempo livre para uma advocacia de fim de tarde à maneira dos dias de ontem. No entanto, crescentemente se exige dedicação exclusiva ao funcionalismo público, em particular ao mais responsável.

Mas é possível uma escolha diferente. Mais específica. O jurista que goste de estabilidade e calma pode preferir uma carreira de conservador. Nos registos centrais, no registo civil, no registo comercial ou no registo predial. Ou, então, abdicando de algum

sosego, pode pretender uma carreira de notariado. Num ou noutro caso, carreiras com características próprias dentro da actividade administrativa, e fundamentais na certeza do Direito, na disciplina jurídica concreta das situações da vida. Da vida de todos nós. E carreiras que, noutros ordenamentos jurídicos, são, ao menos em parte, privadas.

Finalmente, alguns licenciados em Direito têm um percurso diferente. Mais interessados pelo estudo e pelo aprofundamento das grandes questões, dedicam-se a dar pareceres em situações de especial complexidade. Em regra, são docentes universitários que à vida académica aliam esta outra actividade. Os chamados jurisconsultos. O seu papel é relevante e não está, naturalmente, ameaçado pela pressão dos tempos modernos.

Ao contrário, a crescente dificuldade da vida só potencia a descoberta de novos e insuspeitados problemas. E é aos jurisconsultos que se pede o esclarecimento sobre aqueles dos seus aspectos que se revelem mais intrincados. No entanto e paralelamente, o futuro parece poder abrir novas portas. E, assim, permitir descobrir novos caminhos. É bem possível que surjam, aqui, esquemas de trabalho desconhecidos. Tudo parece apontar para a viabilidade das sociedades de consultoria jurídica. Aí, os juristas organizar-se-ão em função das respectivas especialidades e, nos seus sectores próprios, responderão às consultas que lhes forem sendo solicitadas. Só o evoluir da vida dirá do seu futuro.

44.3. Em suma, o estudo do Direito Permite inúmeras saídas profissionais. Pode ser-se advogado, magistrado, técnico administrativo, conservador, notário e jurisconsulto. Pode, ainda, sem cunho necessariamente jurídico, abraçar-se uma outra carreira privada ou uma actividade política. No plano interno, como no plano internacional. Por exemplo, o licenciado com um maior gosto pela política internacional, pelo convívio entre os povos e as culturas, não será decerto advogado, funcionário público em geral, notário ou conservador. Ele não hesitará. O seu caminho é a diplomacia. A carreira começa com um concurso para adido, no Ministério dos Negócios Estrangeiros, com a espera pela primeira vaga e com a primeira colocação. Depois, de terceiro-secretário a embaixador pode ser quase uma vida. Mas aqui deparamos já com uma profissão não essencialmente jurídica.

Que presente e que futuro para os licenciados em Direito?

As saídas profissionais parecem muitas e atraentes.

Contudo, as facilidades são hoje bem menores do que há uns anos. As escolas de Direito multiplicaram-se. A oferta de juristas é excessiva. Os mercados urbanos estão saturados, ou muito próximos da saturação. Inúmeros licenciados em Direito trabalham em funções não diferenciadas e, por isso, são subaproveitados. O tempo parece de crise.

A evolução próxima será decisiva. E, nela, é evidente que, passado o tempo em que a

formação jurídica subalternizava na vida comunitária outras formações universitárias e não universitárias, será da qualidade dessa formação que dependerá o peso efectivo dos juristas na sociedade portuguesa. Formação a nível de licenciatura e, cada vez mais, de pós-graduação e mestrado. A qualidade em termos absolutos, e também a qualidade em termos relativos comparada com a proporcionada noutras sociedades, em especial na União Europeia, onde a circulação de pessoas e a concorrência de habilitações será uma realidade.

45 - O essencial...

Há uma juridicidade latente nos mais insignificantes actos do nosso quotidiano. E, no entanto, é tão difícil definir o Direito.

noção de Direito supõe a síntese de quatro dimensões distintas. normativa, a volitiva, a estrutural e a axiológica.

Porque o Direito é um conjunto de regras que, prossequindo determinados valores considerados essenciais, é o resultado de uma manifestação de vontade do poder político no sentido de resolver conflitos de interesses numa sociedade.

São três as características fundamentais do Direito. A sociabilidade, a imperatividade e a coercibilidade material.

Mas existem várias ordens normativas de conduta social. A ordem moral, a ordem religiosa, a ordem de trato social e a ordem jurídica. Delas fazem parte regras com conteúdos e fins totalmente diversos. Hoje, é forçoso distingui-las.

Assim como não se confunde com as demais ordens normativas, a ordem jurídica distingue-se claramente da ordem científica e da ordem técnica.

A dimensão normativa do Direito garante à regra jurídica um papel determinante. Contudo, só uma ponderação à luz da unidade do sistema potencia as suas virtualidades.

A regra jurídica, na sua estrutura típica, apresenta-se bifronte- É previsão e estatuição.

E a sua caracterização discute-se. Hipoteticidade, generalidade, abstracção, bilateralidade e imperatividade. No fim, pode dizer-se que a regra é hipotética, que é tendencialmente geral e abstracta, bem como exprime a sociabilidade e a imperatividade do sistema.

Existem inúmeras classificações de regras jurídicas. E outras tantas distinções. Regras principais ou originais e regras derivadas ou secundárias. Regras inovadoras e regras interpretativas. Regras gerais, especiais e excepcionais. Regras comuns e regras

particulares. Regras nacionais ou globais, regionais e locais. Regras preceptivas, proibitivas e permissivas. Regras injuntivas e regras dispositivas. Regras autónomas e não autónomas. Finalmente, regras gerais e abstractas ou normas jurídicas.

A vocação do Direito é servir um projecto colectivo que resulta de conflitos e tensões ultrapassados ou disciplinados de modo mais ou menos consensual. E reconhecer que sociedade significa interdependência - entre os indivíduos e entre os interesses.

Daí que a intervenção jurídica na gestão do conflito seja eminentemente pacificadora.

Mas a intervenção do poder na regulação do conflito implica quase sempre o reconhecimento de um interesse prevalecente.

E de outros interesses subordinados.

Situações jurídicas activas e situações jurídicas passivas são expressão dessa regulação jurídica dos conflitos de interesses.

Direito subjectivo, poder ou faculdade, protecção indirecta, protecção reflexa e expectativa jurídica são diferentes categorias de situações jurídicas activas.

Nas situações jurídicas passivas, três categorias são de fixar: o dever, a sujeição e o ónus.

A situação jurídica é, assim, sempre, o resultado da juridificação de uma situação concreta da vida. É a própria realização do Direito.

São referências obrigatórias no estudo da situação jurídica: os sujeitos, o conteúdo, o objecto, o facto e a garantia.

As situações jurídicas muitas vezes representam faces diversas do tratamento pelo Direito de uma mesma realidade social, integrando relações jurídicas.

O Direito é uma realidade social. É, por isso, historicamente enquadrável. O Direito é sempre o Direito do momento e do lugar.

É possível fazer-se a História do Direito. Porque a plena compreensão de um Direito supõe sempre o conhecimento e a reflexão da sua História.

O actual Direito português tem dois grandes antecedentes históricos. O Direito Romano. E o Direito Português anterior.

Mas pode ir-se mais longe na averiguação das razões de um qualquer Direito.

Espacializar a análise e culturalizar a discussão. Por isso, é decisiva a abordagem do Direito Comparado.

Grandes sistemas de Direito correspondem a parte significativa do rosto do mundo de hoje: o sistema romano-germânico, o sistema da *common law* (englobáveis numa mesma matriz ocidental), o sistema marxista-leninista, o sistema muçulmano e o sistema extremo-oriental.

A matriz cultural com que nos identificamos é, naturalmente, o quadro de referência ocidental, na família romanística e no sistema romano-germânico.

A ordem jurídica é uma realidade unitária, mas o seu estudo obriga a traçar fronteiras. No plano interno, é básica a distinção entre Direito Público e Direito Privado. E o critério do interesse tem aí um papel determinante. Mas é também patente uma interpenetração crescente entre Direito Público e Direito Privado, bem como entre os respectivos ramos. Os códigos são um instrumento precioso na estruturação do Direito. E o movimento codificador foi, a partir dos finais do século XVIII, decisivo no desenvolvimento da técnica jurídica. Hoje, com mais vantagens que desvantagens, exige do jurista uma atitude activa, empenhada e criadora.

O Direito pode ser objecto de inúmeros saberes. Cada um com os seus métodos e os seus objectivos. São fundamentais a Ciência do Direito, a Sociologia do Direito e a Filosofia do Direito. Também, e embora numa outra perspectiva, a Política Legislativa.

O Direito fornece ao interessado os grandes quadros mentais de integração na sociedade e na vida. Mas, para além disso, faz dos juristas técnicos habilitados a inúmeros desempenhos profissionais. Advogados, magistrados, técnicos administrativos, conservadores, notários ou jurisconsultos são, porventura, as principais opções de natureza substancialmente jurídica. A qualidade é o imperativo perante a multiplicidade de escolas e a inflação de formados.

46 - Principais sugestões bibliográficas e questões para reflexão e revisão

46. 1. Para apoio da reflexão e desenvolvimento do estudo, sugerem-se, das obras referidas nos pontos 11 e 29:

Andrade, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 1.º vol., reimp.,

Coimbra, 1997; 2.º vol., reimp., Coimbra, 1992.

Cordeiro, António Menezes, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.º vol., 2.ª ed. (reimpressão), Lisboa, 1994.

Lima, F. A. Pires / Varela, J. M. Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. 1, 4.ª ed., Coimbra, 1987.

Mendes, João Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.ª vol. (reimpressão), Lisboa, 1997; 2.ª vol. (reimpressão), Lisboa, 1995.

Pinto, C. A. da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed. (1ª 1.ª reimpressão), Coimbra, 1999.

46.2. Para avaliação da reflexão e revisão feita, propõe-se breve comentário às seguintes questões-frases:

30. 1. "Todos nós aplicamos Direito sem o sabermos. E, de algum modo, o enriquecemos, mesmo sem termos a exacta ideia daquilo que ele

30.2. "O não saber, em pormenor, o que é o Direito não significa não ter uma intuição de fronteiras de comportamentos sociais admissíveis."

30.3. "O Direito exige rigor no seu tratamento técnico e essa é a missão dos técnicos."

30.4. "O Direito objectivo disciplina o direito subjectivo e é objecto da disciplina do Direito."

30.5. "A visão que cada qual tem do Direito depende da visão que possui da vida e do mundo."

30.6. "Para Kelsen, o Direito é uma realidade pura, asséptica, não contaminável pelo contexto social envolvente. Para Hart é também essencialmente normativo. Para ambos não se define, em primeira linha, pelos valores veiculados."

30.7. "Direito sem primado dos valores não é Direito."

30.8. "O Direito sem valor é torto. O Direito sem sociedade é inútil. O

Direito sem vontade política é ineficaz. O Direito sem norma é inarticulado."

30.9. "Se a sociedade é multi-problemática, como não há-de sê-lo o Direito?"

30. 10. "O Direito é social, pretende ser respeitado e ameaça com o uso da força para garantir esse respeito."

3 1. 1. "Ao agirmos acatamos ou violamos regras de conduta. Mas nem todas são Direito."

31.2. "São múltiplas as ordens ou conjuntos de regras que impõem comportamentos no nosso dia-a-dia. E, apesar de se cumularem, são entre si diversas."

31.3. 1. "O mais difícil - e estimulante - na Moral é a ligação entre a sua dimensão subjectiva e a sua dimensão objectiva."

31.3.2. "O que o Direito, normalmente, tem de diverso da Moral são os outros como razão de ser, a atenuação da justificabilidade subjectiva contra o império da sua objectividade e a susceptibilidade do uso da coacção física ou material."

31.4. 1. "A Moral não supõe a Fé em Deus. A Religião exige-a."

31.4.2. "A dimensão ser humano-divindade, que legitima as regras religiosas, falta ao Direito. E tem de ser suprida por valores socialmente consensualizados e servidos pela ameaça de coacção."

31.5. 1. "O convívio social faz-se do respeito de regras, que nem todas têm de ser acolhidas pelo Direito."

31.5.2. "Se uma regra social não é verdadeiramente essencial, não é jurídica."

31.6. 1. "O Direito entrelaça-se em a Ciência e a Técnica. Mas não se confunde."

31.6.2. "O Direito disciplina relações sociais, não explica factos, conceitos ou relações entre eles; o Direito impõe condutas violáveis, não consagra ligações inevitáveis ou altamente prováveis; o Direito supõe a liberdade humana, não dá expressão à inevitabilidade natural."

31.6.3. "No Direito, a vantagem resulta da não verificação da previsão da regra. Na técnica, ela resulta da verificação da previsão da regra."

32. 1. "No Direito, cada peça tem um lugar. O lugar é que pode variar no tempo e há sempre aberturas não preenchidas para o sistema poder respirar."

32.2. "A previsão e a estatuição da regra de Direito são jurídicas, embora a pensar em situações e efeitos materiais."

32.3. "O Direito é sociável e imperativo. As suas regras são-no em geral. Mas podem não sê-lo, uma a uma."

33. 1. "As regras jurídicas são diversas entre si e, por isso, enquadráveis em várias classificações."

33.2. "Há regras que nascem por si próprias, e outras que nascem daquelas."

33.3. "Umhas regras de Direito recaem imediatamente sobre a realidade social, outras só mediatamente, por interpostas regras interpretadas."

33.4. "O geral é normalmente comum, em Direito. O particular tanto pode ser especial como excepcional."

33.5. "As regras regionais são as que vigoram numa ou nas duas regiões autónomas. E apenas essas."

33.6. "O que distingue a regra proibitiva da preceptiva é que uma impõe um *nonfacere* e a outra *urnfacere*. Já a permissiva não impõe conduta, autoriza-a."

33.7. "No fundo, a regra supletiva segue-se sempre a uma manifestação de vontade que lhe abre caminho."

33.8. "A ficção sabe do que parte, a presunção desconhece-o."

33.9. "As leis-medida não são normativas se olharmos a situações e pessoas destinatárias."

34. 1. "Os princípios jurídicos podem inspirar uma ou várias regras, mas não se consomem nela ou nelas."

34.2. "Princípio vale o mesmo que regra. São ambos Direito."

35.1 "Sem interesses, sem raridade de bens e sem conflitos de interesses, o Direito seria um luxo."

35.2. "Um interesse só é relevante para o Direito se é susceptível de envolver, na sua realização, conflito com outro interesse."

35.3. "A solidariedade social tanto se exprime através de interesses similares como mediante interesses diversos, embora complementares."

35.4. "Composição de interesses conflitantes significa atribuição de situações jurídicas activas e imposição de situações jurídicas passivas."

36. 1. "Em regra, o Direito sacrifica alguém para beneficiar alguém. Nesse sentido, é bifronte."

36.2. "Como os conflitos de interesses são múltiplos, mesmo relativamente a cada pessoa, múltiplas são as situações jurídicas activas e passivas de que cada um é titular."

36.3. "A protecção pelo Direito de certo interesse tem graus. O seu escalonamento e a sua diferenciação justificam diversas categorias de situações jurídicas activas."

36.4. "No direito subjectivo, a protecção jurídica é directa e a título principal."

36.5. "O poder está para o direito subjectivo como uma bala está para um conjunto de balas em arma automática."

36.6. "A vacinação geral contra certa doença prossegue, antes de mais, um interesse público - de saúde pública. Mas também um interesse de cada cidadão à sua saúde. Sem que haja um interesse subjectivo à vacinação."

36.7. "O benefício que eu retiro de uma imposição legal genérica, ditada apenas por um interesse colectivo, pode respeitar a um interesse reflexamente protegido se for especificamente conexo com a intervenção do Direito."

36.8. "A expectativa jurídica tutela ou protege alguém em virtude do futuro, mas de um futuro que já começou."

36.9. "Também os sacrificios impostos pelo Direito conhecem graus. Daí as categorias de situações jurídicas passivas."

36.10. "Onde há direito subjectivo, há deveres."

36.11. "A obrigação liga pessoas determinadas ou determináveis. O dever genérico não."

36.12. "Na sujeição jurídica, por uma vez, o Direito ignora a vontade do sujeito passivo."

36.13. "O ónus será uma verdadeira situação jurídica passiva ou uma componente negativa de uma situação jurídica activa."

36.14. "A vida tem benefícios e sacrificios, vantagens e privações. Também neste particular o Direito segue a vida."

37.1. "Estudar a situação jurídica é estudar o Direito em concreto."

37.2. "Toda a situação jurídica exige sujeito, conteúdo, objecto e garantia."

- 37.3. "A personalidade jurídica é uma qualidade. A capacidade jurídica é uma medida."
- 37.4. "O conteúdo da situação jurídica é uma realidade puramente jurídica, o objecto - imediato e mediato - é uma realidade material juridicamente qualificada."
- 37.5. "A situação jurídica é uma criação do Direito. Nasce, transmite-se, modifica-se e morre, portanto, em função desse Direito."
- 37.6. "O facto jurídico de tal forma condiciona a situação jurídica que faz sentido dizer que esta não é compreensível sem aquele."
- 37.7. "O facto jurídico antecede a situação jurídica, ao menos antecede-a na sua feição inicial. Nesse sentido é mais um pressuposto do que um elemento. Mas, assim encaradas as coisas, só o conteúdo e a garantia seriam seus elementos."
- 37.8 "Ver o Direito como ameaça de punição é mais fácil mas menos enriquecedor do que vê-lo como promessa de recompensa. Mas é mais fácil."
- 37-9. "O ilícito criminal lesa valores fundamentais da colectividade, o civil interesses relevantes das pessoas, o administrativo interesses públicos não fundamentais, o disciplinar interesses organizativos mercedores de protecção."
- 37.10. "O Direito sancionatório começou por ser compulsório, passou a compensatório e, depois, a reconstitutivo. Tende hoje a ser preventivo."
- 37.11.-"A inexistência ou a invalidade de um acto jurídico é uma sanção, ou pode sê-lo. Estritamente jurídica."
- 37.12. "A adequação dos meios é um travão essencial no uso da auto-tutela pelos privados."
- 38.1. "Tempo e matéria também valem para afeiçoar o Direito."
- 38.2. "Se o Direito vive na História, há uma História do Direito."
- 3 8.3. "Fazer História do Direito vale por si. Mas vale mais pelo presente e pelo futuro."
- 38.4. "Somos o que fomos. Desde sempre. Incluindo os romanos que nunca deixámos de ser, embora longe de Roma e, muitas vezes, contra Roma."
- 3 8.5. 1. "Do costume às grandes codificações, passando pela doutrina e os tribunais, assim nasceu e cresceu o Direito Romano."

3 8.5.2. "Costume mais entre privados, lei nas coisas públicas - curiosa forma de delimitar fronteiras no Direito Romano..."

38.5.3. "A doutrina faz lei no Império. Defesa da lei ou sua fraqueza."

3 8.5.4. "A força da conversão em Império e a influência de novas crenças (como o cristianismo) e novas realidades explicam muito diferentes conteúdos para o Direito."

38.5.5. "Hoje, o Direito é territorial. O Direito nacional como que pára nas fronteiras do Estado. Em Roma, era pessoal. Acompanhava a pessoa do cidadão onde ela estivesse."

38.5.6. "Como pode ser coerente o que é pragmaticamente maleável? Talvez só vivendo, em quase um milénio, tudo aquilo que outras sociedades viveram noutra."

3 8.6. 1. "Romanos e visigodos marcaram muito do nosso Direito. Mas não em regime de exclusivo."

38.6.2. "O Direito Canónico unifica a Europa partilhada. Mas não consome costumes antigos e leis novas."

38.6.3. "A nostalgia do Império e a primazia do rigor ajudam à recepção do Direito Romano Imperial."

38.6.4. "A certeza e a funcionalidade do Direito depressa convertem leis avulsas em compilações."

38.6.5. "Nada como umas boas "Ordenações" para facilitar o caminho à centralização do poder real."

38.6.6. "As consecutivas "Ordenações" seguem uma linha sequencial dominante. Para além dos sobressaltos do poder político."

38.6.7. "Apesar de subsidiário, o Direito Romano é formativo e enquadrante."

38.6.8. "Nada como a razão iluminada para substituir a inspiração divina na legitimação do despotismo esclarecido."

38.6.9. "Separar poderes, declarar liberdades, redigir Constituições - é o sonho individualista liberal em acção."

38.6.10. "Sucessão de Códigos Administrativos, relativa acalmia constitucional, estabilidade legislativa no Direito Privado e no Direito Criminal - estes os traços marcantes da segunda metade do Século XIX.11

38.6.11. "Cem anos com três novas Constituições, Códigos em todos os domínios básicos (com inúmeras alterações) e sendo os derradeiros os atinentes a matéria administrativa ou processual administrativa - eis o Século XX português em matéria de Codificação.---

39.1. "O Direito vive num certo tempo e num certo espaço e não os pode ignorar."

39.2. Integrar um Direito nacional num sistema não perinite compreender tudo, mas abre caminho a alguma compreensão."

39.3. "Cinco sistemas cobrem boa parte dos antecedentes e dos dados actuais dos Direitos nacionais. Mas eles evoluíram já internamente nos últimos 20 anos e essa evolução vai acelerar ao longo da primeira década do Século XXI.,,

39.4. "Pragmatismo e dogmatismo, empirismo e nacionalismo. sociologismo e normativismo, sociedade civil e Estado - dois trilhos diversos, que se aproximaram dos anos 50 até à mudança de século.9

39.5. "Em menos de 15 anos um sistema que prometia fazer vergar os demais regressa, na Europa, às suas raízes romano-germânicas."

39.6. "O confessionalismo do Direito e do Estado conhece, no sistema muçulmano, expressão que evoca outro confessionalismo de há largos séculos atrás."

39.7. "A recente experiência económica e política do Japão confirmou os inevitáveis limites da exportação e da importação de modelos jurídicos."

39.8. "O tempo real começa a chegar ao Direito."

"Comparar Direitos implica sabermos vestir a pele de cada qual e não o querermos ver o Direito alheio com os óculos do nosso próprio Direito."

40. 1. "Somos europeus, e continentais. No Direito, como no resto."

40.2. "A cultura é razão de ser de uma pertença."

40.3. "História, conteúdo e modo de criação afeiçoam a definição romano-germânica do nosso Direito."

41.1. "Ramificar o Direito auxilia a localização, mas ilude a complexidade."

41.2. "O interesse primacial explica a distinção entre Direito Público e Direito Privado."

O que é natural, já que é a resolução de conflitos de interesses que explica o papel do Direito.”

41.3. ”Cada vez mais, o futuro é de cruzamento entre Público e Privado.”

41.4. ”Não é impunemente que o Direito Civil tem bem mais de um milénio de História e de elaboração dogmática.”

41.5. ”O Direito Internacional ou Internacional Público ultrapassa a lógica estadual de Público e Privado.”

42.1. ”O modernismo ampliou o apreço pelos Códigos e o pós-modernismo informatizou-o.,,

42.2. ”Unidade, cientificidade, sistematização - e o Código aparta-se da colectânea de legislação.”

42.3. ”A Codificação é, essencialmente, na sua origem, um fruto do Estado Liberal.”

42.4. ”A certeza do Direito não tem preço. Sobretudo em sociedades complexas e mudanças aceleradas.”

42.5. ”O Código é o ponto de partida, mas nunca é o ponto de chegada.”

42.6. ”Cento e setenta anos de codificação moldam-se bem ao nosso vez o românico-germânico.”

43. 1. ”Interdisciplinaridade - a melhor forma de abarcar o Direito.

43.2. ”O Direito como realidade normativa - o mais sedutor apelo do jurista. Mas não é o único.”

43.3. ”O Direito como realidade social - o campo de análise inevitável do sociólogo.”

43.4. ”O Direito como ordem de valores - uma perspectiva do filósofo.11

43.5. ”A multi-dimensionalidade do Direito convida à sua inter-disciplinarietà.”

43.6. ”Estudar Direito é também estudar o Direito que há-de ser.”

44.1. ”Estudar Direito é estudar leis, poder político, eficácia social, valores inspiradores, interesses e conflitos a dirimir. Num tempo de especialistas, é um exercício de generalista. O que não é nada indiferente para equacionar problemas gerais como são os colectivos e os de integração dos especialistas na vida colectiva.”

44.2. "São diversificadas as profissões jurídicas. E vão conhecer alterações sensíveis num futuro relativamente próximo."

44.3. "A quantidade afecta a qualidade, mas a qualidade acabará por sobressair."

45. 1. "O essencial no Direito é somar valores, interesses, vontades e normas."

CAPÍTULO IV

47 - O Direito e a Justiça. O Direito Natural

47-1. O Direito regula relações da vida social, compondo interesses conflitantes. Essa composição pode revestir, essencialmente, duas formas. A compatibilização dos vários interesses em jogo. O sacrifício do interesse que deve ceder em homenagem a outro, ou outros, julgados mais importantes.

Mas a ponderação dos interesses e o seu tratamento pelo Direito através de situações jurídicas obedece a valores, que não são necessariamente os mesmos em todos os ordenamentos estaduais.

De facto, embora os fins do Estado sejam hoje universalmente os mesmos, o seu entendimento varia em função de opções essenciais da colectividade. Algumas dessas opções são relativamente estáveis, encontrando-se corporizadas na Constituição. Pode ser o caso do regime económico e do regime político. Outras mudam com a revisão constitucional. É muitas vezes o caso do sistema de governo ou do sistema eleitoral.

Outras, ainda, alteram-se em obediência às preferências doutrinárias ou ideológicas dos partidos com maior peso no Parlamento ou no Governo e que vão imprimindo uma tonalidade mais favorável à autoridade do Estado ou aos direitos dos cidadãos, à intervenção estadual na economia e na sociedade ou à livre iniciativa dos indivíduos e dos seus agrupamentos. Tudo a repercutir-se nas decisões políticas e nas leis.

Apesar de, como já se sabe, haver fenómenos de aproximação e mesmo integração de ordenamentos jurídicos estaduais diferentes, estamos ainda longe do sonho ou da utopia de um Direito positivo universal.

Há que ter a humildade de aceitar a relatividade de muitas decisões jurídicas encontradas para enfrentar problemas sociais que, as mais das vezes, variam de comunidade para comunidade.

47.2. E, no entanto, há fins do Estado que aparecem como constantes, um pouco por toda a parte. Um deles é o da Justiça, nas suas vertentes comutativa e redistributiva.

Quase todos os Estados reclamam este fim da Justiça, mesmo quando se recusam a retirar os correspondentes corolários.

A justiça comutativa implica que não haja situações de dependência ou desigualdade inaceitáveis nas relações entre as pessoas (por exemplo, na celebração de um contrato).

A justiça redistributiva significa que os bens económicos, sociais e culturais não podem ficar distribuídos por cidadãos, classes e regiões de modo assimétrico, por isso violentar a idêntica natureza do ser humano ou, melhor dizendo, a dignidade da pessoa humana (por exemplo, exigindo políticas fiscais de correcção das desigualdades).

47.3. Essa Justiça implica, portanto, o reconhecimento do princípio da igualdade. O reconhecimento de que há que tratar igualmente o que é igual na sua essência e desigualmente o que é substancialmente dissemelhante.

E o que é ser igual na essência?

Ora bem, hoje a discussão é pacífica. Os seres humanos não podem ser discriminados por razões de sexo, de idade, de raça, de religião, de estado, de situação económica e social, ou de ideologia ou actividade política.

Mas não é suficiente uma igualdade meramente formal, que impede que se instalem discriminações com base naqueles factores.

É que as sociedades são, todas elas, inigualitárias.

Tratando apenas de proibir a introdução da desigualdade onde ela não existe, está-se a ignorar a realidade quotidiana.

Por isso, o princípio da igualdade impõe que se proíba o agravamento de desigualdades já existentes. E é mais ambicioso: acarreta que sejam introduzidas desigualdades correctivas das que existem, como única forma de, pelo menos, as mitigar. É, como sabemos, a chamada discriminação positiva.

1 E assim que as leis fiscais podem tributar mais os mais ricos, como forma de esbater as assimetrias económicas. É assim que as leis do investimento podem criar incentivos para as zonas mais pobres para onde, naturalmente, é menos atractiva a canalização de capital.

47.4. Outro corolário (ou será componente?) do fim da Justiça é o princípio da proporcionalidade.

O que encerra ele?

Pois bem, supõe a ideia de que cada regra de Direito escolha os meios adequados ao fim que visa, não optando por meios excessivos para esse fim. Porque inadequados, desnecessários ou mesmo excessivos em sentido mais restrito.

47.5. Outro ainda é o princípio da imparcialidade.

Ou seja, o princípio que impede que os titulares dos órgãos do poder político do Estado beneficiem eles próprios e beneficiem parentes, sócios ou correligionários políticos ao definirem as regras de Direito.

47.6. Outra, e bem mais importante, consequência da consagração do fim da Justiça é o reconhecimento e efectiva tutela dos direitos dos cidadãos. Incluindo os direitos pessoais, políticos, económicos, sociais e culturais.

Não há Justiça se o Estado ignora ou limita, no seu núcleo essencial, os direitos à afirmação dos indivíduos como pessoas e os direitos de intervenção, pelos quais fazem valer a sua cidadania, participando politicamente. Mas esses direitos civis e políticos para se efectivarem supõem uma igualdade mínima de oportunidades, que explica o relevo dos direitos económicos, sociais e culturais.

47.7. Como resulta desta referência muito breve, não é nem pacífica, nem fácil, a concretização do fim da Justiça.

Não é pacífica, porque há visões muito diversas sobre o seu alcance.

Para uns, o princípio da igualdade deve ir muito longe, sacrificando mesmo direitos políticos ou pessoais (como a liberdade económica). Para outros, a liberdade não pode ser preterida em função da igualdade.

Para uns, a introdução de discriminações positivas deve ser amplíssima. Para outros, traz consigo o perigo de fomentar desigualdades desnecessárias.

Para uns, a igualdade pretendida deve ser radical, não só de oportunidades, como de situação final. Para outros a igualdade de oportunidades é a desejável ou é a única possível, atendendo a que os homens são inevitavelmente diversos.

Por outro lado, mesmo sem estas cambiantes, não é fácil concretizar *a Justiça. Evoque-se só, por exemplo, o princípio da imparcialidade. A sua coexistência com o funcionamento de qualquer sistema partidário - em democracia ou em ditadura - coloca sempre problemas quase insolúveis.

47.8. Para muitos, a Justiça é um valor fundamental mas contingente, no tempo e no

espaço.

No entanto, há quem pense que se trata de um valor absoluto universal e intemporal. Defendem-no os cultores do Direito Natural.

Até aqui estudámos o Direito criado pelas sociedades, sobretudo o Direito criado pelo poder político. É o que se chama o Direito positivo, que varia ao longo do tempo e de lugar para lugar.

O Direito Natural é algo de diverso. E foi equacionado e teorizado longamente desde Roma antiga.

Então, o Direito Natural (ou conjunto de normas de Direito meta-Positivo ou supra-positivo) era visto como um Direito universal e intemporal inerente à natureza humana (*ius naturale*), que se distinguia, portanto, do Direito dos romanos (*ius civile*) e do Direito dos estrangeiros (*ius gentium*).

Na Idade Média a influência do Cristianismo e da Igreja Católica levou a identificar o núcleo essencial do Direito Natural com os princípios da mensagem cristã.

Com a Idade Moderna e o absolutismo monárquico, o Direito Natural continua a ter inspiração divina, só que precipitada directamente no monarca.

No final da Idade Moderna, com o iluminismo e o racionalismo de primeira fase, o Direito Natural é atingido pela razão, que deve decifrar e acolher o seu conteúdo na regulação das sociedades. Com uma tal formulação, serve então para substituir a inspiração divina e legitimar o despotismo iluminado, o governo de um só, aconselhado pela *elite* intelectual mais apta a conhecer aqueles princípios.

A segunda onda de racionalismo setecentista já é individualista e liberal. O Direito Natural, nessa altura, comporta, antes de tudo o mais, o acolhimento dos direitos do homem e do cidadão - nomeadamente, os direitos civis e políticos, bem como os direitos económicos mais caros à burguesia - e da separação dos poderes do Estado e sua limitação por regras constitucionais escritas.

Surge mesmo a crença na durabilidade indefinida das Constituições liberais criadas após as Revoluções Americana e Francesa, tidas como expressão de princípios universais e intemporais - princípios de Direito Natural.

A crise constitucional no século XIX, sobretudo a partir de metade do século, e a afirmação de novas realidades económicas, sociais e políticas, revelam a transitoriedade das soluções adoptadas e abrem caminho à descrença num Direito Natural imutável, aplicável a todos os tempos e sociedades.

Para os chamados positivistas ele não existe - todo o Direito é positivo ou criado pelo homem.

Para alguns cultores do Direito Natural, persistentes ainda, aquele passa a ter um conteúdo parcialmente variável, adaptável no tempo e no espaço. Só grandes princípios - «não matarás», «não furtarás», por exemplo - seriam universais e intemporais, mas a sua concretização já assumiria feição mutável.

O fim do século XIX e a primeira metade do século XX permitiram o desenvolvimento de diversas correntes de pensamento que negaram a existência do Direito Natural.

Foi o caso do historicismo - que defendeu que o Direito nascia do génio ou espírito de cada povo, era afeiçoado pela sua História e encontrava expressão efectiva nos seus costumes -, do positivismo normativo - para o qual o Direito era o Direito escrito e sobretudo a lei -, do positivismo sociológico - que via o Direito como realidade dependente, nas suas génese e aplicação, da evolução dos factos sociais -, dos marxismos - que encararam o Direito como realidade super-estrutural determinada pelas infra-estruturas económicas, em particular pela forma de propriedade e de gestão dos meios de produção -, ou do decisionismo - que concebeu o Direito como um somatório de decisões ou de actos do poder político do Estado.

É certo que, já em pleno século XX, o jusnaturalismo, ou crença num Direito Natural, renasceu.

Nuns casos, um Direito Natural revelado. Tratava-se de um conjunto de princípios inerentes a uma crença no sobrenatural, numa ordem divina e, eventualmente, numa fé religiosa.

Noutros casos, um Direito Natural inerente à natureza e dignidade da pessoa humana, acompanhando-a através de latitudes e longitudes e através do devir das sociedades.

Um Direito Natural, que uns viam mais como conjunto de regras e outros mais como núcleo de princípios.

Houve ainda quem recusasse um Direito Natural, mas admitisse uma Filosofia dos Valores, pela qual o homem iria ascendendo a uma participação em valores cada vez mais relevantes.

À entrada do Século XXI, a luta pela afirmação dos direitos fundamentais dos cidadãos na esfera interna e dos direitos humanos na ordem internacional é um dos traços contemporâneos do renascimento de valores universais ligados à dignidade da pessoa humana.

No fundo, é o Direito Natural a renascer das cinzas a que muitos o haviam reduzido.

48 - O Direito e a segurança. A segurança e a justiça

48. 1. Um segundo fim do Estado contemporâneo e, mais do que isso, do Direito é o da Segurança. Sendo um fim recebido do Estado Liberal, a Segurança compreende uma faceta interna e outra externa.

A primeira supõe a ordem e a tranquilidade públicas, mas também a estabilidade e a certeza do Direito.

A segunda implica a paz nas relações internacionais, a não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e, portanto, o respeito pelo princípio da independência nacional.

A Segurança pode respeitar a cada cidadão ou à sociedade como um todo, existindo óbvias conexões entre a Segurança individual e a colectiva.

48.2. Sendo um dos fins do Estado, a Segurança não é facilmente compatibilizável com a Justiça.

E, no entanto, o Direito tem de procurar essa harmonia.

Por vezes, tem de sacrificar a Segurança à Justiça. Outras a Justiça à Segurança.

Em qualquer das eventualidades, o sacrifício tende a ser parcial e deve obedecer a uma certa racionalidade na criação do Direito. Sacrifício parcial, já que o desígnio é de conjugar ambas, o que significa não postergar totalmente qualquer delas. Racionalidade na criação do Direito, pois supõe a procura de regras que conciliem, de modo racional, os dois objectivos, procurando soluções que, com cedência maior ou menor de um deles ou dos dois, se integrem na lógica global do sistema. Contudo, a alusão a esta racionalidade é, necessariamente, mitigada - na criação do Direito, de uma forma ou de outra, o peso de factores socio-económicos e políticos vai impondo soluções casuísticas nem sempre coerentes com a unidade, sistemática.

Por isso se diz que, para além da busca da conciliação entre Justiça e Segurança, outro desafio maior envolve a criação do Direito o equilíbrio entre o peso dos factores concretos, que apontam para medidas casuísticas, e a ponderação do geral e abstracto, que convida à sua integração numa lógica global comum a cada ordenamento jurídico.

49 - Direito e Bem-Estar económico, social e cultural

49.1. Além da Justiça e da Segurança, o Direito, e, com ele, o Estado dos nossos dias, prossegue ainda um terceiro grande objectivo - o do Bem-Estar económico, social e cultural.

Diversamente do Estado Liberal do século XIX e do começo do século XX, o Estado de hoje «suja as mãos» na vida económica, nas relações sociais e até na actividade cultural.

Fá-lo, porque concluiu que os meros mecanismos do mercado não asseguram, necessariamente, por si só, a superação ou a redução das desigualdades existentes na colectividade.

Apesar de investigações recentes e fundamentadas admitirem que o óptimo económico e social pode ser obtido, em condições pré-determinadas, com maior probabilidade, mediante a lógica do mercado, não só essas condições não se encontram sempre preenchidas, como as assimetrias pessoais, funcionais e regionais exigem do Estado intervenções visando garantir um patamar mínimo de Bem-Estar.

É este objectivo que, por exemplo, justifica regras de Direito estabelecendo níveis salariais mínimos, pensões sociais ou a tendencial gratuitidade de graus de ensino correspondendo à escolaridade obrigatória.

49.2. O fim do Bem-Estar económico, social e cultural é indissociável,1 acha-se intimamente da Justiça em geral, e, de forma especial

gado à Justiça redistributiva. Mesmo autores de base liberal, como John Rawls, o defendem. Mas, hoje, entende-se também que a salvaguarda do Bem-Estar constitui um contributo essencial para a Segurança interna e externa. A primeira é mais facilmente concretizável numa colectividade onde o Bem-Estar esteja genericamente partilhado pelos cidadãos. A segunda fica reforçada por um grau de adesão e de consenso que o Bem-Estar propicia.

49.3. Também aqui se coloca a questão do equilíbrio entre a racionalidade global e a pressão, por vezes não totalmente racional, das estruturas sociais sobre o poder político do Estado.

49.4. A conjugação dos fins do Estado - Segurança, Justiça e Bem-Estar -, além de obrigar a um esforço de racionalidade global do sistema, suscita o problema das formas de racionalidade.

Já atrás, a propósito da conciliação entre Justiça e Segurança, falámos de racionalidade na criação do Direito.

Em rigor, deveríamos ter falado nas diversas formas de racionalidade na criação do

Direito.

Pelo menos, é possível apontar três modelos de raciocínio na criação do Direito, nomeadamente, em economias de mercado.

O primeiro é o modelo da subsunção, que obedece a uma racionalidade formal e respeita os valores da previsibilidade e da Segurança. O Direito deve preencher a certeza e evitar a insegurança quer na criação da lei, quer na actuação da Administração Pública ou do juiz que a aplicam. O Direito e a sua aplicação são apresentados como um silogismo cuja concretização depende de um processo lógico conhecido, certo, repetido e automático.

O segundo modelo é o do fim racional, que obedece a uma racionalidade substancial, e pretende sopesar Segurança e Justiça na resolução dos conflitos de interesses em sociedade. A lei, tal como o acto de administração ou o acto jurisdicional, deve proceder a essa ponderação cuidadosa.

O terceiro é o modelo da necessidade racional, no qual a Justiça redistributiva e o Bem-Estar pesam mais do que a Segurança. Nele, o que importa não é tanto a harmonização de interesses conflitantes quanto a satisfação de necessidades concretas de categorias de cidadãos.

Como diz Lars Eriksson, o modelo do fim racional é orientado para a razão global do sistema. O modelo da necessidade racional para a razão específica das necessidades consideradas.

Quanto ao modelo de subsunção, acrescentamos nós, é essencialmente um modelo de conservação que mitiga os outros dois.

50 - O sistema económico e o regime económico

50. 1. Até aqui mencionámos os valores de que é portador o Direito. Aludimos ainda, de passagem, aos condicionamentos sociais que rodeiam a criação e a vigência do Direito.

Fizemo-lo de forma geral e abstracta.

É, talvez, chegado o momento de descer um pouco mais ao concreto.

Sem substituir o estudo que melhor cabe em disciplinas como Economia Política ou Ciência Política. Mas apenas para que o leitor realize que o Direito não nasce do vazio, não representa sequer uma mera precipitação de ideais socialmente desencamados.

Nasce numa sociedade, num certo tempo e num certo espaço.

Depende, por exemplo, do regime económico existente na sociedade encarada.

50.2. O que é um regime económico?

Um regime económico é a concretização, no tempo e no espaço, de um sistema económico.

Mas o que é, então, um sistema económico? Um sistema económico é o conjunto de princípios e de regras que presidem à organização da vida económica, que o mesmo é dizer, o modo social de produção, envolvendo a propriedade e a gestão social dos meios de produção e de distribuição dos bens económicos.

Na verdade, a actividade económica pode desenvolver-se num quadro em que a propriedade de todos ou dos principais meios de produção e de distribuição é colectiva e a sua gestão social obedece à prossecução de interesses colectivos - fala-se então em sistema económico socialista.

Pode, porém, conceber-se outro quadro de organização e funcionamento da vida económica. Com propriedade privada de todos ou dos principais meios de produção e de distribuição. E com a realização de interesses particularistas, como o lucro, a expansão, a superação de entidades concorrentes. Fala-se em sistema económico capitalista.

Os dois sistemas económicos anunciados são modelos, arquétipos abstractos.

Os regimes económicos representam a concretização dos sistemas económicos num determinado momento e num certo lugar.

O regime económico atende ao modo social de produção e distribuição dominante numa sociedade específica.

Este pode ser socialista - com propriedade colectiva e gestão social também para fins colectivos dos principais meios de produção -, e então o regime económico é socialista.

Ou pode ser capitalista - com propriedade privada e gestão também privada dos principais meios de produção -, e, nesse caso, o regime económico é capitalista.

Mas pode ser híbrido, misto de capitalismo e socialismo, e, em tal contexto, a tendência dominante será a da prevalência de um ou de outro. O regime económico será de transição para o capitalismo ou de transição para o socialismo conforme for um ou outro o modo social de produção apontado como desiderato da evolução em curso.

50.3. Na generalidade dos Estados contemporâneos são estes quatro os regimes económicos normalmente considerados como vigentes: capitalista, socialista, de

transição para o capitalismo e de transição para o socialismo.

O primeiro vigora sobretudo na Europa e na América, conhecendo uma função mais pura ou liberal nos EUA e mais corrigida ou mitigada em diversos Estados europeus, onde os excessos da livre iniciativa são, internamente, disciplinados e mesmo contrabalançados pela intervenção económica do poder político do Estado.

O segundo vigorou, até há poucos anos, em inúmeros Estados da Europa Central e do Leste, e conhece sobretudo forte incidência nos continentes africano e asiático (neste é de realçar, ainda e até ver, a República Popular da China). Nos últimos anos verificou-se uma redução do elenco de Estados com este regime económico. Por outro lado, a nosso ver, mesmo no passado, muitos dos Estados que se reclamavam de um regime económico socialista dele só tinham uma das características - a propriedade colectiva dos principais meios de produção.

Quanto à outra - uma gestão orientada para o interesse colectivo -, essa era e é inexistente. A gestão daqueles sectores ou empresas acabou, ou acaba, por obedecer a interesses particularistas de uma minoria dirigente.

Estamos mais perante um regime económico capitalista de propriedade estadual do que em face de um regime económico socialista.

O regime económico de transição para o capitalismo encontra-se na ordem do dia em Estados da Europa Central e do Leste, nos quais se assiste à introdução da lógica da propriedade e da gestão privada dos meios de produção após décadas de colectivização económica.

Marcelo Rebelo de Sousa - Sofia Galvão

O regime económico de transição para o socialismo conheceu experiências concretas diversas nas décadas de 70 e de 80, entre as quais a portuguesa a partir do final de 1974 e antes da clarificação no sentido do regime económico capitalista, que hoje vigora.

Por definição, os regimes económicos de transição representam fórmulas de curta duração, após o que prevalecem os elementos definidores próprios de um regime capitalista ou de um regime socialista.

É assim prematuro profetizar se um novo regime económico misto nascerá, no futuro, da tão falada convergência de capitalismo e socialismo, a que se referiram, trinta anos atrás, François Perrotix e, entre nós, Teixeira Ribeiro.

Não é, pelo contrário, despiciendo lembrar que o Direito criado em certa colectividade reflecte naturalmente o regime económico nela vigente. E, se mencionamos o regime económico, fazemo-lo por uma questão de importância relativa. Mas que fique claro que, para além do regime económico, o Direito experimenta a influência das estruturas económicas concretas existentes. Quadros de necessidades económicas, elenco de bens aptos a satisfazê-las, localização de umas e de outras, mobilidades dos factores produtivos e meios de circulação dos bens produzidos, grupos económicos - privados ou públicos -, *lobbies* empresariais, e laborais, confederações patronais ou sindicais, são algumas dessas estruturas que pesam na opção entre criar ou não Direito, no instante da criação, no conteúdo, nas condições da sua vigência.

A economia não determina, a título exclusivo, o Direito, mas exerce sobre ele inequívoca influência.

51 - O sistema político, o regime político, o sistema de governo, o sistema de partidos e o sistema eleitoral

5 1. 1. Não são apenas o regime e as estruturas económicas que condicionam o Direito criado em determinada sociedade.

Este também é influenciado pelo sistema social e pelas estruturas sociais em geral e culturais em particular, que não vamos aqui desenvolver. Sofre ainda o enquadramento do sistema político, a que dedicaremos uma breve referência pela importância da sua relação com o poder político do Estado.

É que -já o dissemos atrás - todo o Direito tem uma componente política. Em especial, o Direito gerado pelo poder político do Estado.

Ora, o poder político varia de Estado para Estado, de acordo com o sistema político nele

existente. O que abarca, no essencial, o regime político, o sistema de governo, o sistema de partidos e o sistema eleitoral.

51.2. Começemos a abordagem, necessariamente sumária, destes tópicos pelo regime político.

Este atende ao conteúdo substancial que preside à actuação do poder político - ou colocando o acento tónico no serviço dos cidadãos como pessoas ou na afirmação do Estado ou de valores trans-personalistas sobre eles prevaletentes.

Diz-se democrático o regime político que coloca o poder político do Estado ao serviço dos cidadãos, em homenagem à primazia da essência e da dignidade da pessoa humana. No fundo, o regime democrático encerra sempre uma visão personalista da sociedade e do Estado.

Por isso, o regime político democrático consagra o pluralismo ideológico, de expressão do pensamento e de organização política, o respeito e efectiva tutela dos direitos de participação política e, nomeadamente, a livre designação e controlo dos governantes pelos governados. O regime político português é, hoje, democrático.

As democracias conhecem graus de efectividade, atendendo ao preenchimento, maior ou menor, dos traços que as definem.

Diz-se ditatorial o regime político que afirma a primazia do Estado, da Nação, de uma raça ou de uma classe sobre os cidadãos. Em qualquer dos casos, sacrifica as pessoas concretas a realidades ou mitos que justificam a sua subalternização. Em síntese, a uma visão transpersonalista da vida comunitária.

Daí que o regime político ditatorial adopte uma ideologia exclusiva e dominante, suponha um aparelho destinado a impô-la, proíba o pluralismo nas ideias como na organização política, condicione os direitos de participação dos cidadãos e controle o voto na escolha dos governantes.

Também as ditaduras são entre si diferenciadas, avultando a distinção entre totalitárias e autoritárias consoante o poder político suprima, absorvendo-a, a autonomia da sociedade civil, ou a condicione, controlando-a, sem a suprimir.

Ditaduras e democracias têm-se repartido por todo o globo.

Cruzando as classificações de regimes económicos com as de regimes políticos, encontramos capitalismo com democracia política, capitalismo com ditadura, transição para o socialismo com democracia e ditadura, transição para o capitalismo com democracia e ditadura e, finalmente, socialismo com ditadura. Na prática, os regimes

ditos socialistas, todos eles, têm coexistido com a ditadura do proletariado, fórmula de ditadura apresentada como transitória, nascida de fenômenos revolucionários e visando superar a chamada «ditadura da burguesia».

51.3. Se o regime político nos diz qual a tonalidade substancial que impera na relação Estado-cidadão, o sistema de governo retrata a forma como se encontra estruturado o poder político em cada Estado. órgãos que o compõem, suas competências e inter-relações, sua composição e forma de designação dos titulares, controlo da respectiva actividade.

Onde o regime político é ditatorial, o sistema de governo é também ditatorial. E se o poder político se acha concentrado numa minoria de cidadãos, o sistema é autocrático. Se, mais longe ainda, tal concentração se verifica num só cidadão, o sistema é monocrático. Monocrática é a monarquia absoluta, com um rei hereditário que cria o Direito e preside à sua aplicação. Monocrático é o bonapartismo, com um ditador gerando o Direito escrito e querendo controlar a sua aplicação.

Onde o regime político é democrático, o sistema de governo é igualmente democrático. Não sendo possível, nem mesmo em Estados minúsculos, a democracia directa - em que todos os cidadãos exercem, em assembleia, todas as funções do Estado -, dois tipos de sistemas democráticos avultam.

Um é a democracia representativa, na qual os cidadãos elegem os governantes, que os representam politicamente, exercendo as funções do Estado. Em caso de reprovação da sua conduta, os governados podem não os reeleger, no termo do mandato. Por isso se diz que este mandato é representativo.

O outro é a democracia semi-directa ou referendária, na qual, além de elegerem os seus representantes, os governados podem manifestar directamente a sua vontade, votando em referendos acerca de opções políticas e jurídicas fundamentais para a colectividade. E o referendo distingue-se do plebiscito por ser democrático, comportando o pluralismo ideológico e organizativo e os direitos fundamentais que àquele faltam.

Quer a democracia representativa, quer a referendária - por natureza de divisão de poderes - comportam três modalidades distintas: Parlamentarismo, presidencialismo e semi-presidencialismo.

Sistema de governo parlamentar é aquele em que o centro do poder é o Parlamento, e nele a câmara eleita, sendo apagado o papel do chefe de Estado (hereditário ou eleito por um colégio restrito), dependendo o governo da confiança parlamentar. O exemplo clássico é o britânico e hoje o parlamentarismo vive sobretudo na Europa e em Estados de outros continentes com raiz britânica.

Sistema de governo presidencialista é aquele em que o chefe do Estado é eleito por sufrágio universal, e, por isso, dispõe da mesma legitimidade política do Parlamento; além de que é, simultaneamente, chefe de Estado e chefe do Governo e dispõe de poderes relevantes, como o de vetar suspensivamente as leis votadas pelo Parlamento ou Congresso. O exemplo praticamente único é o dos EUA, tendo-se revelado difícil a «importação» do presidencialismo norte-americano por outras sociedades.

Sistema de governo semi-presidencial é o que combina aspectos do parlamentarismo - como a responsabilidade política do Governo perante o Parlamento e a distinção entre chefe de Estado e chefe do Governo - com outros, próprios do presidencialismo - como a eleição do chefe de Estado por sufrágio universal e os seus poderes sobre o próprio Governo. É uma fórmula já do século XX, que conhece algum curso na Europa e mesmo fora dela, e que tenta atenuar excessos do parlamentarismo e do presidencialismo ou, pelo menos, conjugar as virtualidades de um e do outro.

O sistema de governo português actual é democrático, referendário, semi-presidencial.

Fácil é de compreender de quanto fica dito que a criação do Direito - a começar na feitura das leis - depende do sistema de governo.

Dele decorre a existência ou não de referendo e o peso relativo do Chefe de Estado, do Parlamento e do Governo na produção jurídica.

51.4. Mas a prática do sistema de governo depende, entre outros factores, do sistema de partidos. Ou seja, do conjunto dos partidos existentes em certa colectividade.

Sem entrarmos em pormenores incompatíveis com a índole desta «Introdução», cumpre referir quão variados são os sistemas de partidos.

Se a sociedade em que se inserem é culturalmente homogénea, diz-se que o sistema de partidos é não fragmentado. Se clivagens linguísticas, culturais, étnicas a dividem, o sistema de partidos reflecte-as, sendo altamente fragmentado.

Se a visão que os cidadãos têm dos partidos (e que condiciona a sua estratégia) os coloca nos extremos de uma escala direita-esquerda, o sistema de partidos é muito polarizado. Se os cidadãos tendem a não descortinar grandes diferenças ideológicas entre eles, então o sistema é pouco polarizado.

Se as votações partidárias revelam grande mudança no tempo, o sistema de partidos é volátil. Não o é se o eleitorado revela grande estabilidade.

Quanto ao seu número e peso relativo, os sistemas partidários podem ser: de partido único (próprio de regime ditatorial, como na URSS até aos anos 90); de partido

liderante (em teoria existindo vários partidos, mas por força do regime ditatorial só um exercendo o poder político de facto, como na RDA, até à reunificação); bipartidário perfeito (com dois grandes partidos a dominarem o Parlamento ou a sua câmara electiva, podendo qualquer deles governar com maioria absoluta, como no Reino Unido); bipartidário imperfeito (existindo um terceiro pequeno partido, indispensável à formação de maiorias governativas com qualquer dos dois principais, como na RFA); multipartidário imperfeito (com três ou mais partidos, sendo que um deles, pelo seu peso eleitoral, sem ter maioria absoluta, domina o sistema partidário, como em Itália, nos tempos das coligações dominadas pela Democracia Cristã); multipartidário perfeito (com três ou mais partidos, sendo que um deles, pelo seu peso eleitoral, sem ter maioria absoluta, domina o sistema partidário, como no Benelux); bipartidário ou multipartidário condicionados (com dois ou mais partidos enquadrados por um regime não democrático, como no Brasil, antes de 1988, e em Portugal, em 1974 e 1975, sob a tutela militar do MFA).

Nos últimos vinte e cinco anos, o sistema de partidos português oscilou entre multipartidário imperfeito e perfeito e revelou-se não fragmentado. Demonstrou ainda uma redução da polarização desde 1983 e um sinal acrescido de volatilidade a partir de 1985. De então para cá, o sistema estabiliza - permite maiorias parlamentares absolutas, permite a alternância, sem sobressaltos.

Só para exemplificar a importância do sistema de partidos na prática do sistema do governo, recordamos que no parlamentarismo com bipartidarismo perfeito o centro real do poder é o Primeiro-Ministro, pois os eleitores, ao votarem, escolhem entre dois candidatos ao cargo; no parlamentarismo com multipartidarismo perfeito, o voto é um cheque em branco aos líderes partidários para que componham coligações pós-eleitorais e o centro da gravidade política será sempre o Parlamento.

51.5. Uma curtíssima derradeira referência deve ser feita ao sistema eleitoral.

É que se o sistema de governo depende muito do sistema de partidos, este, por seu turno, pode depender do sistema eleitoral.

Um sistema eleitoral compreende um mundo de componentes. Recenseamento, círculos eleitorais, candidaturas, campanha eleitoral, regras sobre o voto, modo de escrutínio são algumas das principais.

Tomemos duas delas. A divisão em círculos eleitorais e o modo de escrutínio.

A primeira varia imenso. Pode haver um só círculo nacional.

Ou só círculos locais, ou círculo nacional e círculos locais. E a

dimensão dos círculos locais é muito diversa - podem ser uninominais ou plurinominais,

consoante lhes correspondam um mandato ou mais do que um. Os plurinominais podem ser amplísimos ou restritos.

Um exemplo de como a divisão eleitoral não é neutra?

Quanto mais numerosos (e mais pequenos) são os círculos, maior é a concentração do voto, o apelo do voto útil e, por isso, a tendência para a redução do número de partidos.

Ao invés, menos e maiores círculos convidam à pulverização partidária.

Isto para já não falar no traçado dos círculos, que pode ser feito de molde a equilibrar eleitorado urbano e rural, favorecendo ou desfavorecendo certos partidos.

Falemos agora do modo de escrutínio ou relação entre o número de votos validamente expressos e o número de mandatos parlamentares atribuídos.

Se só recebe mandato ou mandatos a candidatura mais votada, o sistema é de representação maioritária.

Se os mandatos são repartidos proporcionalmente aos votos recolhidos pelas diversas candidaturas, o sistema é de representação proporcional.

A representação maioritária pode coexistir com uma só volta ou com duas, passando à segunda só as candidaturas mais votadas na primeira.

E quer ela, quer a representação proporcional, desdobram-se em múltiplos subsistemas, mais ou menos destinados a esbater os efeitos negativos de uma e de outra. A saber, a falta de veracidade do sistema maioritário e a dispersão instável do sistema proporcional.

Que o modo de escrutínio também influencia o sistema de partidos parece indiscutível. Recordemos um pouco o que nos diz a lição de Maurice Duverger, ao menos em parte.

A representação maioritária a uma volta convida à concentração partidária, tal como a representação proporcional não facilita, normalmente, essa concentração. A representação maioritária a duas voltas, essa, pode permitir multipartidarismo com alianças na segunda volta, para a qual se formam blocos partidários em tomo dos dois candidatos em presença.

Uma nota última sobre o sistema eleitoral português desde 1976. Ele é de representação proporcional, na modalidade de Hondt, o que favorece o partido ou coligação mais votados. Os círculos são locais e, os mais importantes deles, grandes, respeitando estritamente a distribuição geográfica do eleitorado. Os cinco maiores (Lisboa, Porto,

Setúbal, Braga e Aveiro) correspondem a mais de metade dos mandatos parlamentares e a sua dimensão favorece, em teoria, um certo multipartidarismo.

Com a revisão constitucional de 1997 ficou, definitivamente, aberto caminho a uma revisão do sistema eleitoral, de modo a cumular um círculo nacional plurinominal e círculos uninominais. Um sistema misto, portanto, embora com prevalência da representação proporcional. De modo a permitir a escolha do partido que governa, no voto no círculo nacional, e a selecção do candidato personalizado, no voto no círculo local.

A todo o momento se espera que a lei consagre esta mudança no sistema eleitoral.

51.6. O leitor tê-lo-á compreendido. Não custa, porém, insistir. Uma vez mais.

O Direito nasce e vive numa sociedade.

Onde existem um regime económico, um regime político, um sistema de governo, um sistema de partidos e um sistema eleitoral.

Nenhum deles é estranho ao Direito criado, embora nenhum deles seja, por si só, decisivo.

Da conjugação de todos, e ainda de tantos outros factores sociais, económicos, políticos e culturais decorrem enormes influências.

Não é possível estudá-las em pormenor neste ensejo.

Fica, assim, apenas um apontamento breve a lembrar em que contexto surge e vigora o Direito. Uma realidade que nenhum jurista pode ignorar.

52 - As principais tendências do pensamento jurídico no século XX

52. 1. Encontramo-nos quase no termo desta primeira aproximação ao estudo do Direito.

Uma aproximação que se quis acessível a não juristas, ainda que útil para quem inicia as suas investigações numa licenciatura em Direito.

Vimos como é gerado o Direito, o que o define, como é estudado, que valores o inspiram e que condicionamentos o enquadram.

A concluir, não é deslocado mencionar, em duas palavras, as principais tendências do pensamento jurídico no século XX.

52.2. O século começou sob o signo do positivismo jurídico, associado ao Estado liberal de legalidade.

Do positivismo sociológico, por um lado, sobretudo no domínio do Direito Público.

Positivismo, porque só existe o Direito criado, positivado pelo homem. Sociológico, porque compreender o Direito é entendê-lo como fenómeno social e como tal explicá-lo. Nas suas causas sociais, económicas e políticas.

Mas, além do positivismo sociológico, décadas foram marcadas pelo positivismo normativo ou metodológico. Para este, Direito é só o positivo. Mas diversamente do positivismo sociológico, o Direito é algo de qualitativamente autónomo dos fenómenos sociais.

Situa-se no plano do dever ser e não do ser. Compreende princípios e regras entre si ligadas por relações de validade e não de eficácia. O sistema jurídico é um todo coerente, caracterizado pela sua unidade, plenitude e generalidade. Direito é sinónimo de lei, não merecendo relevo sensível o costume e cabendo à Administração Pública e aos Tribunais aplicar a lei mediante operações essencialmente intelectivas e não volitivas.

Apesar de outras correntes avessas aos extremos do positivismo normativo, como o institucionalismo, o decisionismo e o neoJusnaturalismo (reafirmando a existência e a importância do Direito Natural), seria aquele a orientação dominante no Direito europeu na primeira metade do século XX.

Atingiria especial repercussão a sua formulação radical, chamada Teoria Pura do Direito, devida ao já referido professor austríaco Hans Kelsen.

Em Portugal, o positivismo normativo dominaria o Direito Privado desde os anos 30 aos anos 70, e coexistiria com o positivismo sociológico e o institucionalismo no estudo do Direito Público na mesma época.

O renascer do Direito Natural conheceria, entre nós, alguns cultores entre os anos 30 e 60, mas mais como invocação filosófica do que como matriz científica.

Do positivismo normativo ficariam, como facetas positivas, a exegese da lei, a atenção técnica colocada na sua feitura, a preocupação com o rigor dos conceitos. Como coordenadas negativas mereceria destaque a afirmação do primado da autoridade da norma sobre o seu conteúdo.

52.3. Se no continente europeu o positivismo normativo dominou, com o seu racionalismo sistemático, até aos anos 50, o mesmo se não passou na família anglo-saxónica.

Aí a tradição analítica, empírica e utilitarista dirigiu-se em sentido oposto.

A recusa do sistema, do culto da norma, do paradigma da lei conduziu à relevância do costume e à criatividade da jurisprudência.

Enquanto que na família romanística vingava o normativismo e na família marxista-leninista (então também dita soviética) o marxismo rapidamente dera lugar a um positivismo ainda mais extremo, na família anglo-saxónica (por simplicidade de expressão às vezes também designada por sistema anglo-saxónico) afirmavam-se linhas que chegariam ao continente europeu a partir dos anos 60.

52.4. Não é que, mesmo neste, as debilidades do positivismo normativo e da chamada jurisprudência conceptual (ou primado dos conceitos, das classificações e do dedutivismo) não tivessem cedo motivado reacções.

Uma delas foi a jurisprudência dos interesses, ou a atenção ao papel do Direito na composição de conflitos de interesses, que conheceu acolhimento entre nós, sobretudo a partir do final dos anos 50, sem nunca lograr vencer o normativismo.

Outra seria a jurisprudência dos valores ou orientações anti-conceptualistas, embora não defensoras de um Direito natural. Quer estas orientações, quer as neojusnaturalistas conheceram grande impulso depois da 2.ª Guerra Mundial.

O contacto com os custos do formalismo positivista subvertido por ditaduras afrontosas, como o nacional-socialismo e o estalinismo, suscitou uma viragem entre os anos 50 e 60, com destaque para a doutrina alemã.

E compreende-se que assim fosse.

O normativismo dominara nos estertores do Estado Liberal e nos tempos atribulados da sua sucessão. Mal se compreendia que perdurasse em plena ascensão do Estado social, quando o Direito ostensivamente deixava de poder ser olhado como instrumento neutro ou puro. Com o Estado Social, o Direito abandonava essa neutralidade, para lá dos que acreditavam nela (Estado Liberal) e para lá dos que queriam usá-la sem nunca confessar o seu esvaziamento (Estado de inspiração fascista e Estado «de legalidade socialista»).

Continuar a fazê-lo com o Estado Social era impossível - como explicou o insuspeito neoliberal Hayek. Tanto mais que o Estado social rapidamente se converteu em Estado-Providência, ou seja, em Estado já não regulador do mercado para obviar às suas injustiças, mas prestador de serviços crescentes à comunidade, garantindo, em tese, a satisfação das necessidades colectivas básicas.

52.5. Os anos 60 e 70 conhecem, portanto, uma certa falência do positivismo normativo (mais no estrangeiro do que entre nós ...) e a tentativa de percursos axiológicos, uns, sociológico-economicistas, outros.

O Estado-Providência quer mais lei, embora mais económica, mais social, mais política, mais cultural.

Do normativismo fica o mito da lei.

De novo surgem a decadência da generalidade e da abstracção e o triunfo da lei-medida, o «social *engineering*» ou a engenharia jurídica, ao serviço da crença no planeamento e na programação regida por objectivos.

É o mergulhar do Direito no social, mas sem a humildade de o assumir como é, antes vendo-o à luz das suas utopias explicativas.

O Direito deprecia-se sem com isso se revelar um instrumento socialmente eficaz.

52.6. É no final dos anos 70 que ganha novo fôlego um processo curiosíssimo de interdependência acrescida entre a tradição anglo-saxónica e a dogmática europeia continental.

Diversas foram as linhas dessa interdependência e sobretudo o seu reflexo no Direito romano-germanico. Chegariam a Portugal na segunda metade da década de 80.

Crise do paradigma da lei e sua maior aproximação da realidade, pelo recurso frequente a cláusulas gerais e a conceitos indeterminados.

Alargamento do papel criador da jurisprudência e valorização quer da justiça do caso concreto, quer da relevância do Direito na sua aplicação às situações da vida.

Controlo acrescido da Administração Pública pelos tribunais, como contraponto da componente volitiva ampliada da sua actuação.

Ultrapassagem da estanquicidade público-privada, paralela à substituição da separação vertical de poderes do Estado pela divisão de poderes. Afirmção da separação horizontal de poderes que surgirá com o «Estado de partidos», mas se reforça com o peso da cartelização partidária, dos grupos de interesses e do neocorporativismo. Relevância crescente das magistraturas e dos condicionamentos mediáticos.

Atenção acrescida à inter-relação entre lei e sociedade, ponderando cuidadosamente os efeitos sociais, económicos, políticos e culturais da lei no momento da sua criação. E

atendendo às lições da respectiva aplicação jurisdicional (jurisprudência reflexiva).

Desenvolvimento da análise económica da lei.

Desregulação a todos os níveis.

A noção de sistema jurídico como sistema passível de efeitos de *feed-back*, ou seja, sofrendo alterações pela própria repercussão da sua existência e eficácia autopoietica.

o questionar do Direito como sistema rígido e autónomo, com a adopção de sistemas móveis e sinais de perda de autonomia material, institucional e metodológica do Direito. Amiúde a preferência pela tópica ou raciocínio jurídico anti-sistemático ou pelo menos assistemático.

52.7. Com a recentíssima crise do Estado-Providência e do chamado Estado de Legalidade Socialista, e com o movimento expansionista da desregulação, um novo tempo abre-se aos anos 90, seguindo o trilho aberto na década anterior.

Apelos diversos têm que ver com o abuso do poder político do Estado e a procura de critérios da legitimidade do Direito, que já não o da aferição da bondade do conteúdo, com base apenas em juízos de natureza eleitoral e, menos ainda, o da sua interpretação pelas classes políticas dominantes.

Apelos que têm ainda que ver com o sacrifício excessivo da Segurança à Justiça e ao Bem-Estar, mas, ironicamente, sem que estes objectivos tenham vingado. Percebe-se, hoje, a exacta medida do exagero dedicado à ponderação dos efeitos do sistema jurídico no económico e social, em vez de se encarar o sistema jurídico como auto-referencial (como o chama Teubner, na sequência de Luhman). A desregulação demonstrou os excessos do centralismo estatal, mas também as insuficiências do mercado.

Para uns é forte a tentação de superar este tempo de mudança pela negação do Direito como sistema, pela ideia de um caos jurídico de que nascerá uma nova ordem. Os sistemas móveis não seriam senão a comprovação de que não há sistema algum.

É ainda uma postura racionalista, embora niffista.

Para outros, mais pragamaticamente, a lição anglo-saxónica é sempre um bom socorro.

O Direito tem de recuperar da imersão social a que esteve sujeito, dos excessos de intervencionismo económico e político, da ambição do planeamento rígido e da programação legislativa, do vício do centralismo e da concentração do poder político. Tem de equilibrar o seu compromisso social com a reafirmação da sua autonomia e da sua auto-referência, ao mesmo tempo.

Tem de preferir ao fixismo da lei-programa a flexibilidade dos chamados programas ajustáveis. Tem de aceitar a distinção entre princípios e regras de gestão estadual bem como a ampliação crescente das zonas de criação não estadual do Direito, quer pela descentralização territorial e institucional, quer pela acção dos parceiros sociais. Sem necessidade do excesso de presença absorvente e tantas vezes ineficiente do poder político do Estado.

53 - O essencial...

O essencial deste capítulo final foi a evocação de que o Direito é o portador de valores.

O Direito estadual, naturalmente, Prossegue os fins do Estado. Que são, no Estado dos nossos dias, três: Justiça-comutativa e redistributiva; Segurança interna e externa; Bem-Estar económico, social e cultural.

A sua conjugação exige, as mais das vezes, uma racionalidade própria na actuação do poder político. Racionalidade que pode assumir diversas formas.

O Direito é ainda influenciado por realidades sociais, económicas, culturais e políticas.

Não podendo estudá-las todas, mencionámos algumas das mais importantes.

O regime económico é uma delas, concretizando o sistema económico no tempo e no espaço. Capitalismo, socialismo, transição para um ou para o outro, condicionam o Direito criado em certa sociedade.

O mesmo acontece com o sistema político. Nele distinguimos o regime político, o sistema de governo, o sistema de partidos e o sistema eleitoral.

Democracia e ditadura são modalidades de regimes políticos.

Monocracia e autocracia, democracia directa, referendária e representativa, parlamentarismo, presidencialismo e semi-presidencialismo são espécies de sistemas de governo.

Fragmentação, polarização, volatilidade, número e peso relativo dos partidos políticos são critérios de classificação dos sistemas partidários.

Os regimes políticos influenciam o conteúdo do Direito estadual, tal como os sistemas de governo enquadram a sua forma de criação.

Os sistemas de partidos, ao projectarem-se na prática dos sistemas de governo, também

se repercutem nos processos de formação do Direito escrito de origem estadual.

Por seu turno, os sistemas de partidos dependem, em larga medida, dos sistemas eleitorais, nomeadamente da divisão eleitoral e do modo de escrutínio, e, neste, da preferência pela representação maioritária ou pela representação proporcional.

O Pensamento jurídico no século XX - aqui, de modo muito conciso, com a preocupação de não complicar matéria que melhor cabe num estudo de Filosofia do Direito e melhor corresponde a um estágio bem mais avançado de conhecimentos jurídicos.

BLIOGRÁFICAS

54 - Principais sugestões bibliográficas e questões para reflexão e revisão

54- 1. Para aprofundamento do estudo, sugerem-se, além das obras já mencionadas nos pontos 11, 29 e 46:

Cabral Moncada, Luís, *Problemas de Filosofia Política*, Coimbra, 1963.

Cordeiro, Antônio Menezes, *Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos Finais do Século XX*, separata da revista da Ordem dos Advogados, ano 48, Lisboa, 1988 («Introdução» à edição portuguesa de Claus-Wilhelra Canaris).

- *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, 1989.

Miranda, Jorge, *Ciência Política - Formas de Governo*, Lisboa, 1996.

Sousa, Marcelo Rebelo de, *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*, Braga, 1983.

- *O Sistema de Governo Português Antes e Depois da Revisão Constitucional*, 4.ª ed., Lisboa, 1992.

Partidos Políticos, in Enciclopédia Pólis, 1993, 2. ed., 2000.

54.2. Para reflexão e revisão da matéria estudada comente as seguintes questões-frases:

47. 1. "As escolhas de conteúdo do Direito têm que ver com valores e, nestes, há uma inevitável, embora não total, relatividade."

47.2. "Não basta a justiça liberal bilateral. Importa, também e muito, a justiça social multidimensional."

47.3. "Discriminação positiva é a insuperável decorrência das desigualdades

intoleráveis.”

47.4. ”O que não é adequado, necessário, equilibrado no ajustamento entre meios e fins deixa de ser Direito justo.”

47.5. ”Imparcialidade é não aproveitamento de funções públicas para fins privados.”

47.6. ”O máximo de justiça reside na garantia dos direitos das pessoas.⁵⁵

47.7. ”A ponderação das várias componentes da Justiça não é neutra. Supõe preferências e escolhas.”

47.8. ”De cada vez que se pensa ter morto o Direito Natural ele renasce. Como não havia de ser assim se há valores supremos inerentes à dignidade da pessoa?”

48. 1. ”A certeza do Direito anda paredes meias com a segurança, na vida das pessoas como na das sociedades.”

48.2. ”Umas vezes, a certeza impõe que se retardem mudanças justas em homenagem à segurança. Outras vezes, a justiça implica alterações rápidas no Direito, ainda que à custa da segurança.”

49. 1. ”A Justiça acarreta, hoje, a definição de, pelo menos, um patamar mínimo de Bem-Estar económico, social e cultural.”

49.2. ”Uma sociedade é tanto mais estável quanto mais justa, mas também quanto mais económica e socialmente homogénea.”

49.3. ”A racionalidade global nem sempre coincide com racionalidades concretas e, menos ainda, com a irracionalidade de interesses parcelares na sociedade.”

49.4. ”Não há um modelo de racionalidade jurídica. Há tantos quantos os necessários para compatibilizar fins do Direito (e do Estado).”

50. 1. ”Direito não é só economia. Mas também é economia.”

50.2. ”O sistema é a construção pura, o regime é a sua corporização no tempo e no espaço.”

50.3. ”Os regimes económicos variam no espaço. Mas também evoluem no tempo, como a Europa Central e do Leste se tem encarregado de confirmar.”

51. 1. ”Se o Direito é, por definição, expressão da Política, como não querer perscrutar

o sistema político com o qual convive?”

51.2. ”A fronteira entre democracia e ditadura é a fronteira do primado da pessoa. Mas, dentro de uma e outra, há graus bem diversos de caracterização.”

51.3. ”As leis traduzem, na sua criação, em boa parte, a lógica do sistema de governo vigente.”

51.4. ”O sistema de partidos não determina, mas influencia a prática do sistema de governo.”

51.5. ”A representação proporcional exprime, com razoável verdade, o peso relativo das diferentes correntes políticas. A representação maioritária pode facilitar a estabilização dos Governos. Mas, entre nós, isso mesmo aconteceu em representação proporcional. Contra esta permanece, no entanto, a crítica do distanciamento entre eleitores e eleitos.”

51.6. ”Jurista alheio ao regime económico e à realidade política pode ser um bom normativista. Não é um bom jurista.”

52. 1. ”O pensamento sobre o Direito também faz Direito.”

52.2. ”O positivismo normativista e a sua atonia ética convinham à realidade política e jurídica portuguesa nas décadas até 1974.”

52.3. ”Anglo-saxónico é sinónimo de empírico e analítico. Pelo menos, em princípio.”

52.4. ”Conceitos, interesses ou valores - as realidades não se excluem. Mas há hierarquias a estabelecer, e estas ditam prevalências dos valores sobre os interesses, e destes sobre os conceitos.”

52.5. ”O Estado-Providência confere ao Direito o máximo de preocupação social comportável pelo Estado Social.”

52.6. ”Direito é sistema aberto e móvel, ou melhor, sistema formado por sistema abertos e móveis.”

52.7. ”Relativização das formas, dos modos, dos enquadramentos. Mas procura de valores e não apenas recondução a interesses ou a casuísmos, inevitáveis mas redutores - será este o caminho do início do novo século.”

52.8. ”Saber Direito é também saber pensar sobre ele.”

Para além das obras citadas no final dos capítulos, seleccionou-se uma curta Bibliografia Complementar, em língua alemã, italiana, francesa e inglesa.

A) Em língua alemã:

Alexy, Robert, «Theorie der Juristischen Argumentation», 8 Aufl., Frankfurt a. M., 1983.

Bidlinsk, Franz, «Fundamentale Reclitsgrundsätze», Wien/New York, 1988.

- «Methodenlehre und Rechtsbegriff», Wien, New York, 1982.

Christensen, Ralph, «Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung», Berlin, 1989.

Engisch, Karl, «Einführung in das Juristische Denken», 8 Aufl., 3 Ausdruck, Stuttgart/Berlin/KoIn, 1989. (Há tradução portuguesa da 6.ª ed., com o título *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 1983.)

Herberger, Maximilian, «Generalisierung und Individualisierung im Reclitsdenken», Saarbrücken, 1992.

Koch, Hans-Joachim/Rüssmann, Helmut, «Juristische Begründungslehre», München, 1982.

Larenz, Karl e Canaris, Karl Wilhelmin, «Methodenlehre der Reclits Wissenschaft», 7 Aufl., Wien/New York, 1990. (Há tradução portuguesa da 5.ª ed., com o título *Metodologia da Cincia do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, 1989).

Miffler, Friedrich, «Juristische Methodik», 6 Auff, Berlin, 1995.

Pawloswki, Hans-Martin, «Methodenlehre für Juristen», München, 2 Aufl., 1990.

Peczenick, Aleksander, «Grundlagen der Juristischen Argumentation», Wien/New York, 1983.

Rehbinder, Manfred, «Einführung in die Rechtswissenschaft», 7 Aufl., Berlin/New York, 1991.

Teubner, Gunther, «Recht als Autopoietisches System», Frankfurt, 1989.

Westerhoff, Rudolf, <<Die Elemente des Beweglichen System>>, Berlin, 1991.

B) Em lingua italiana:

Barbero, Domenico, <<Il Sistema del Diritto Privato>>, A cura di *Antonio Lisserrel* *Giorgio Floridia* - Torino, 1990.

Irti, Natalino, <<I:Eta della Decodificazione>>, 3.' ed., Milano, 1989.

Gazzoni, Francesco, oManuale di Diritto Privato>>, 3.'ed., Napoli, 1992.

Tarello, Giovanni, <<UInterpretazione della Legge>>, Milano, 1980.

Q Em linguafrancesa:

Bergel, Jean-Louis, <<Th6orie g6n6rale du droit>>, 2.' ed., Paris, 1990.

Carbonnier, Jean, oFlexible droit>>, 6.' ed., Paris, 1988.

Cerexhe, Etienne, oIntroduction d l'6tude du Droit)>, Bruxelles, 1991.

Chevallier, Jean/Louis Bach, <<Droit Civil>>. T. 1. - <<Introduction A l'6tude du Droit>>, I O.a ed., Paris, 1989.

Cornu, G6rard, oVocabulaire Juridique>>, 2.' ed., Paris, 1989.

- oLinguistique Juridique>>, Paris, 1990.

G6rad, Philippe/Ost, Francois/van der Kerchone, Michel, <<Droit et int6r&>>, 3 Vols., Bruxelles, 1990.

Ghestin, J./Goubeaux, G., oTrait6 de Droit Civil>>. T. 1. oIntroduction g6n6rale>>, 3.' ed., Paris, 1990.

Ivanines, Charles, <<L'interpr6tation des faits en droit>>, Paris, 1988.

- oLes notions fondamentales du droit>>, Archives de Philosophie du Droit, Paris, 1990.

Marty, Gabriel/Raynaud, Pierre, <<Trait6 de droit civil. Introduction g6n6rale A l'6tude du droit>>, 3.' ed., Paris, 1991.

Roland, H./Boyer, offitroduction au droit>>, 3.a ed., Paris, 199 1.

D) Em lingua inglesa:

Bradney, Affisher, V./Masson, J./Neal, A./Newell, D., <<How to study law>>, 2.'ed., Oxford, 1991.

Dworkin, Ronald, oLaw's Empire>>, New York, 1986.

Farrar, J. H./Dugdale, A. M., <<Introduction to legal metho&, 3. ed., Oxford, 1990.

Finnis, John, oNatural Law and Natural Rights>>, Rep., Oxford, 1986.

Hood, Phillips/A. H. Hudson, oFirst book of English Law>>, 8. a ed., Oxford, 1988.

Martin, Rex, «A System of Rights», Oxford, 1992.

Nagel, Thomas, «Equality and Partiality», New York, 199 1.

Rawls, John, «Theory of Justice», New York, 197 1.

- «Polifical Liberalism», New York, 1993

Williams, G., «Leaming the law», 1 1.a ed, Oxford, 1982.

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Abrogação: 21.8

Abstracção e individualização: 20.10,
20.11,20.13

Acção directa: 37.12

Acordo internacional em forma simplificada: 26.5

Actos da Administração: 23.3

- actos administrativos: 23.3, 27.8

- actos de gestão privada da Administração: 23.3

contratos administrativos: 23.3, 27.8 regu

lamentos administrativos: 23.3 a 23.5, 27.8

Actos equiparados aos da Administração pública: 23.6

Actos jurisdicionais concretos e normativos: 22.3

Acto único Europeu: 26.9

Alcorão: 39.6

Analogia juris: 17.9, 17.11

Analogia legis: 17.8, 17.11

Aplicabilidade directa e efeito directo do

Direito Comunitário: 26.10 e 26.11

Aplicação da lei no espaço: 19.1 a 19.10

Aplicação da lei no tempo: 18.3 a 18.8

Aplicação da lei em geral: 20.1 a 20.13

Aplicação *ope legis*: 20.4

Assentos do S.T.J: 22.3, 22.6

Atribuições: 15.8

Auto-interpretação e hetero-interpretação: 16.12.1

C

Caducidade: 21.7

Capacidade de gozo e de exercício da pessoa colectiva: 37.3

Capacidade jurídica: 37.3

Capacidade jurídica de exercício: 37.3

Capacidade jurídica de gozo: 37.3

Carta Constitucional de 1826: 3 8.6.9

Causalidade jurídica: 20.8

Ciência do Direito: 43.2,43.5

Ciência da Legislação: 43.6

Cláusula geral de recepção plena: 26.7

Cláusulas gerais: 16.13.6,20.3

Marcelo Rebelo de Sousa ~ Sofia Galvão

Cláusula de salvaguarda: 26.12

Código Administrativo de Passos Manuel: 38.6.10

Código Civil de 1867: 3 8.6. 10

Código Civil de 1966: 3 8.6. 11

Código Comercial de Ferreira Borges:
38.6.10

Código Comercial de Veiga Beirão:
38.6.10

Código do Contencioso Administrativo de 2000: 38.6.11

Código (definição): 42.2 e 42.3, 42.6

Código Penal de 1982: 3 8.6. 11

Códigos Penais de 1852 e 1886: 38.6.10

Código do Procedimento administrativo:
38.6.11

Código de Processo Civil de 1995:
38.6.11

Código das Sociedades Comerciais:
38.6.11

Codificação - vantagens e desvantagens:
42.4e42.5

Coercibilidade: 3.2, 4.5, 30.10, 31.3.2,
31.5.2, 37.8

Coercibilidade e coacção: 4.2

Coercibilidade material: 4.2, 3 O. 10

Colecção de Duarte Nunes de Leão:
38.66

Coisas corpóreas e incorpóreas: 37.4

Coisas móveis e imóveis: 3 7.4

Cominunis opinio: 38.6.7

Comissão Europeia: 26.12

Competência: 15.5,15.8

Conceitos indeterminados: 16.13.6, 20.3

Condição resolutiva: 21.6

Concílios de Coiança e Oviedo: 38.6.2

Condição suspensiva: 21.7

Conflitos positivos e negativos na aplicação da lei: 20.9

Conselho Europeu: 26.12

Constituição escrita e nascida do costume: 12.4

Constituição flexível, rígida e hiper-rígida: 13.2

Constituição formal: 12.2

Constituição instrumental: 12.2

Constituição material: 12.3

Constituições de 1911, 1933 e 1976:
38.6.11

Constituição de 1838: 38.6.10

Contrato social: 2.1

Convenção internacional: 26.5

Corpus Iuris Canonici: 3 8.6.4

Introdução ao Estudo do Direito

385

Corpus Iuris Civilis: 3 8.6.3

Costume: 24.1 a 24.7

Costume *contra legem*: 21.7

Costume - elementos material e psicológico: 24.2

Costume internacional: 26.5, 27.8

Costume *secundum legem, praeter legem e contra legem*: 24.4 e 24.5

Cúria de Leão: 38.6.2 D

Decisões do Tribunal Constitucional com força obrigatória geral: 22.3 a 22.5, 22.7 e 22.8

Decretos legislativos regionais: 15.5, 19.9, 27.8

Decreto regulamentar (vd. regulamentos administrativos)

Democracia representativa e referendária: 51.3

Derrogação: 21.8

Desconhecimento da lei: 20.5

Desvio de poder: 15. 8

Desuso: 24.7

Direito - dimensões normativa, volitiva, estrutural e axiológica: 30.8 e 30.9

Direitos adquiridos e expectativas jurídicas: 18.8

Direito e Bem-Estar: 49.1 e 49.2

Direito Canónico: 3 8.6.2

Direito (características) - sociabilidade, imperatividade e coercibilidade:
30.10

Direito e conflito de interesses: 3.1, 4.3,
35.1 e 35.2, 35.4

Direito comparado: 39.8, 43.2

Direito Comunitário: 26.8 a 26. 10

Direito Comunitário originário e derivado: 26.9

Direito Comunitário - relação com o Direito português: 26.11

Direito - disciplina científica: 30.4

Direitos estadual, infra-estadual e supraestadual: 6.2, 19.8 a 19.10, 26.1,
26.14

Direito Internacional Privado: 19.6 e 19.7

Direito e interesses individuais, colectivos e conexos: 35.3

Direito internacional público: 19.8, 26.2 a 26.5, 26.7

Direito internacional público e direito português-Art. 8.º C.R.P: 26.7,26.11

Direito e Moral: 3 1 .1 e 31.2,31.3.1 e 31.3.2

Marcelo Rebelo de Sousa - Sofia Galvão

Direito Natural: 8.4,47.6

Direito objectivo: 1. 1, 9.5, 30.4

Direito e ordem científica e técnica: 3 1.6. 1 a31.6.3

Direito e ordem de trato social: 31.5.1 e
31.5.2

Direito e poder: 3.1, 4.6, 5.1, 6.1

Direito e poder político: 4.1, 4.3 e 4.4

Direito português:

- pré-história: 38.6.1

- independência e reconquista: 3 8.6.2

- recepção do Direito Romano:
38.6.3

-Ordenações Afonsinas: 38.6.5

-Ordenações Manuelinas: 38.6.6

-Ordenações Filipinas: 38.66

-Iluminismo e Lei da Boa Razão:
38.6.8

Liberalismo: 38.6.9

Século XX: 38.6. 11

Direito português e sistemas de direito:
39.2, 40.1, 40.3

Direito positivo: 8.4

Direito público e Direito privado: 41.2 e 41.3

Direito- regra e Direito no caso concreto: 20.3,20.13

Direito e Religião: 31.4.1 e 31.4.2

Direito de resistência: 3 7.12

Direito de retenção: 37.10, 37.12

Direito Romano e Direito português passado: 38.4

Direito Romano Justinianeu: 38.6.3

Direito Romano quiritário, nacional e universal: 38.5.1

Direito Romano vulgar: 38.6.2

Direito e sociedade: 2.1

Direito subjectivo: 1.2, 30.4

Direito visigótico: 38.6.2

Doutrina: 21 .1 a 21.3, 27.7

E

Efeito directo vertical e horizontal: 26. 10

Eficácia do Direito Comunitário: 26. 10

Eficácia da lei: 21.6,21.10,37.5

Empirismo utilitarista: 52.3

Equidade ou justiça no caso concreto: 20.12, 20.13, 27.7

Estado:

Introdução ao Estudo do Direito

387

- definição: 7.2 elementos:
- povo: 7.4
- território: 7.5
- poder político: 7.6 fins:
- segurança: 8.2
- justiça: 8.2
- bem-estar: 8.2 funções:
 - administrativa: 9.2,9.4,23.1
 - constituinte: 9.2, 9.4
 - jurisdicional: 9.2,9.4,21.1 a 21.7
 - legislativa: 9.2,9.4,15.1,15.9
- política: 9.2,9.4,15.1
- de revisão constitucional: 9.2, 9.4
- Estado auto-qualificado de legalidade socialista: 8.5, 52.7
- Estado de inspiração fascista: 8.5
- Estado liberal: 8.4
- Estado liberal de direito e social de direito: 8.5
- Estado de necessidade: 37.12
- Estado pós-liberal: 8.5

Estado-providência: 8.6, 52.4 e 52.5, 52.7

Estado social: 8.5

Excesso de poder: 15.8

Execução específica: 37. 10 F

Factojurídico: 37.6

-ri *Factojurídico strictu sensu, actoju ' dico strictu sensu* e negócio jurídico: 37.7

Falta de consciência da ilicitude: 20.5

Ficçãojurídica: 33.8

Filosofia do Direito: 43.4 e 43.5

Fim diverso (realização de): 15.8

Fiscalização sucessiva abstracta da

constitucionalidade: 22.5

Fontes de Direito: 27.3 a 27.6

Formas de criação do Direito no Direito português actual: 27.7

Função administrativa (noção): 23.1

Função constituinte: 9.2, 9.4

Função jurisdicional (noção e características): 22.1 e 22.2

Função legislativa: 9.2, 9.4, 15.1, 15.9

Função política: 9.2,9.4,14.1

Marcelo Rebelo de Sousa - Sofia Galvão

Função jurisdicional e criação do Direito:
22.4,22.8

Função de revisão constitucional: 9.2, 9.4

Fundações: 37.3

G

Garantia da situação jurídica - sanções

negativas e prémios: 37.8,37.9,37.11

H

Hans Kelsen: 30.6, 52.2

Herbert L. A. Hart: 30.6

Hipótese, generalidade, abstracção,

bilateralidade e imperatividade da regra jurídica vd. Regra jurídica (características)

Hierarquia das fontes e hierarquia das formas de criação do Direito: 27.6, 27.8

História do Direito: 38.2 e 38.3, 43.2

Ignorância da lei: 20.5

Inabilitação: 37.3

Inconstitucionalidade formal, orgânica e material: 21.3

Ineficácia originária e superveniente: 21.5 a 21.7

Inexistência de lei: 21.2

Inferência de regras implícitas: 16.14

Institutos: 37.3

Integração de lacunas: 17.1 a 17.11

- lacuna de costume: 17.3

- lacuna de previsão e lacuna de estatuição: 17.4

- impossibilidade de integração:
17.12

- noção: 17.2

- processo de integração: 17.6 a
17.11

Interdição: 37.3

Interpretação (noção): 16. 1 e 16.2

Interpretação (elementos): 16.3 a 16.6,
16.8, 16.13.1 e 16.13.2

Interpretação (objecto): 16.13.1

Interpretação (posição subjectivista e objectivista): 16.6, 16.12.2 a 16.12.5,
16.13

Interpretação (historicismo e objectivismo): 16.7, 16.12.2 a 16.12.5, 16.13

Interpretação correctiva e abrogante:
16.13.4 e 16.13.5

interpretação declarativa, extensiva, restritiva e enunciativa: 16.133,16.14,
17.1

Interpretação autêntica: 16.12.1

Introdução ao Estudo do Direito

389

Ius civile: 3 8.5.4

Ius gentium: 38.5.1, 38.5.5

Ius honorarium: 38.5.1

Jurisprudência comunitária: 26.9

Jurisprudencia como modo de criação do

Direito Romano: 38.5.3

Jurisprudência dos valores e jurisprudência dos interesses: 52.4

Jus cogens: 26.5

Jus imperii: 41.2

Jusnaturalismo: 52.2

Justiça comutativa: 8.2, 8.4, 47.2

Justiça distributiva: 8.2, 8.5, 47.2

Justiça e Direito Natural: 47.6

Justiça e Segurança: 48.1

L

Leges datae: 38.5.2

Leges rogatae: 38.5.2

Legítima defesa: 37.12 Lei:

- elementos: 15.4, 15.6

- fim: 15.8

- noção: 15.2

- pressupostos: 15.4, 15.5

Lei-acto, lei texto e lei conteúdo normativo: 15.3

Lei das citações: 38.5.3

Lei das XII Tábuas: 38.5.2

Lei comum e lei reforçada: 15.7,15.9

Lei genérica e abstracta: 15.7

Lei geral, especial e excepcional: 16.3.3

Lei geral e lei especial: 21.9

Lei formal e lei material: 15.7

Lei interpretativa: 1 S. 11 e 18.12

Lei orgânica: 15.7

Limites ao poder de revisão constitucional (formais, temporais, circunstanciais, materiais e meta-positivos): 13.2

Livro das Leis e Posturas: 38.6.4

Luis Antônio Verney: 38.6.8 M

Moral -teoria do mínimo ético e teoria da exterioridade: 31.3.2

Modelos de racionalidade jurídica: 49.3

Mores inaiorin: 38.5.1 e 38.5.2

390

Marcelo Rebelo de Sousa - Sofia Galvão

Mouzinho da Silveira: 38.6.8 N

Nascituro: 37.3

NaturezaJ urídica da União Europeia: 26.13

Negócio jurídico obrigacional, real, familiar ou sucessório: 37.7

Negóciojurídico oneroso e gratuito: 37.7

Negóciojurídico unilateral e bilateral: 37.7

Norma de direito e regra de direito: 33.9

Norma que o intérprete criaria (recurso à): 17.10 e 17.11

o

Objecto imediato e mediato da situação jurídica: 37.4

Occasio legis: 16.13.1

Ordenações Afonsinas: 38.6.5

Ordenações de D. Duarte: 38.6.4

Ordenações Filipinas: 38.6.6

Ordenações Manuelinas: 38.6.6

órgão do Estado e titular: 7.6

óptimo económico e social: 49.1

p

Parlamentarismo, presidencialismo e

semi-presidencialismo: 51.3

Parlamento Europeu: 26.12

Pensamentoj urídico no século XX: 52.1

Personalidade jurídica: 37.3

Personalidade jurídica da pessoa colectiva: 37.3

Pessoa colectiva:

- pública associativa não lucrativa:
37.3

- pública associativa de fins lucrativos: *idem*

- pública institucional de fins não lucrativos: *idem*

- pública institucional de fins lucrativos: *idem*

- privada associativa não lucrativa: *idem*

- privada associativa lucrativa: *idem*

Pessoa colectiva (órgãos): 3 7.3

Poder constituinte: 12.1

Poder de influência: 4.1

Poder de injunção: 4.2

Poder político (estadual, infra-estadual e supra-estadual): 5.1, 5.2

Poder político e Estado: 5.1

Introdução ao Estudo do Direito

391

Poder político e legitimidade de exercício:
4.3,4.6

Poder político e legitimidade de título: 4.4

Poder potestativo: 36.5

Poder de revisão constitucional: 13.1

Portaria (vd. regulamento administrativo)

Praetorperegrinus: 38.5.5

Prestações de *facere*, *de non facere*, *de pati* e *de dare*: 37.4

Prestação fungível e infungível: 37.4

Presunção *juris et de jure*: 3 3.8

Presunção juris tantum: 33.8

Previsão e estatuição da regra jurídica (vd. regra jurídica - estrutura)

Princípio da garantia dos direitos dos cidadãos: 47.6

Princípio da igualdade: 47.3

Princípio da imparcialidade: 47.5

Princípio da proporcionalidade: 47.4

Princípios gerais de Direito Comunitário:

26.9, 26.12 e 26.13

Princípio jurídico: 34.1 e 34.2

Profissões jurídicas: 44.2 e 44.3

R

Ramos do Direito português: 41.1, 41.3

Ratio legis: 16.13.1

Recepção material e formal de Direito estrangeiro: 19.4 a 19.6

Recurso: 22.2

Referendo administrativo local: 2 1.11

Referendos legislativos: 2 1. 11

Referendo nacional: 21.11

Regime económico e sistema económico:
50.1 e50.2

Regime económico socialista, capitalista e de transição: 50.3

Regime político e Direito: 51.2

Regras de conflitos: (vd. Direito Internacional Privado)

Regras de Direito autónomas e não autónomas: 33.8

Regras de Direito gerais, especiais, excepcionais, comuns e particulares:
33.4

Regras de Direito individuais, abstractas e concretas: 33.9

Regras de Direito injuntivas e dispositivas: 33.7

Regras de Direito inovadoras e interpretativas: 33.3

Regras de Direito nacionais, regionais e

locais: 33.5

Regras de Direito principais e secundárias: 33.2

Regras de Direito proibitivas, preceptivas e permissivas: 33.6

Regra jurídica: 32.1

- características: 32.3

- estrutura: 32.2

- tipos: 33.1 a 33.9

Regulamentos administrativos das associações públicas (vd. regulamentos administrativos)

Regulamentos administrativos das autarquias locais (vd. regulamentos administrativos)

Regulamentos autónomos (vd. regulamentos administrativos)

Regulamentos de execução (vd. regulamentos administrativos)

Regulamento, directiva e decisão: 26.9

Relação de consunção, de cumulação e de incompatibilidade na aplicação das leis: 29.9

Relevância do costume e da doutrina: 24.5 e 24.6, 25.2 e 25.3

Repristinação: 2 1. 10

Respublica Christiana: 38.6.2

Reserva de competência absoluta e relativa: 15.5, 27.8

Resolução do Conselho de Ministros (vd. regulamentos administrativos)

Retroactividade extrema, quase extrema, agravada e ordinária: 18. 10

Retroactividade da lei: 18.5 e 18.6

Retroactividade da lei penal: 18.5 e 18.7

Revogação e suas modalidades (expres-

sa, tácita, global, individualizada, total, parcial): 2 1.7 a 2 1. 10

s Sanções:

- compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas (vd. garantia da situação jurídica)

- disciplinares, administrativas, civis e criminais (vd. garantia da situação jurídica)

Sistema de coramon law: 39.4

Sistemas de Direito: 39.2

- anglo-saxónico: 39.3 e 39.4

- extremo-oriental: 39.3, 39.7

- marxista-leninista: 39.3,39.5

- muçulmano: 39.3,39.6

- romano-germânico: 39.3 e 39.4,40. 1,
40.3

Sistemas de Direito (sua convergência):
52.6

Introdução ao Estudo do Direito

393

Sistema eleitoral: 5 1.5

Sistema de governo: 51.3

Sistema de partidos: 51.4

Situação jurídica: 37.1

- conteúdo e objecto: 37.4

- elementos: 37.2 e 37.3

Situação jurídica (sua garantia): 37.8

Situações jurídicas activas: 36.1 a 36.14

- direito subjectivo: 36.4

- expectativa jurídica: 36.8

- poder ou faculdade: 36.5

- protecção indirecta: 36.7

- protecção reflexa: 36.8

Situações jurídicas passivas: 36.1 a 36.14

- dever jurídico: 36.10 e 36.11

- ónus jurídico: 36.13

- sujeição jurídica: 36.12

Sociedades (anónimas, por quotas, em nome colectivo e em comandita): 37.3

Sociedades e associações: 37.3

Sociedades civis e comerciais: 37.3

Sociologia do Direito: 43.3,43.5

T

Teoria monista do Direito interno: 26.6

Teoria monista e dualista de Direito Internacional: 26.6

Teoria pura do Direito e positivismo metodológico: 30.6 e 30.7, 52.2

Teoria da relação legal entre factos e efei-

tos jurídicos, ou de Enneccerus, e Artigo 12.º do Código Civil: 18.8 e 18.9, 18.13

Termo certo e incerto: 21.6 e 21.7

Termo resolutivo: 21.7

Termo suspensivo: 21.6

Territorialidade da lei: 19.3

Tratado de Amsterdão: 26.9, 26.12

Tratado CECA: 26.8 e 26.9

Tratado CEE: 26.8 e 26.9

Tratado de Maastricht: 26.9, 26.12

Tratado de Paris: 26.9

Tratado de Roma: 26.9

Tratado solene: 26.5

Tribunal de Haia: 26.5

Tribunal de Nuremberga: 26.5

Tutela estadual e auto-tutela: 37. 2

U

União Europeia (estrutura orgânica): 26.12

Uso e costume: 24.7

V

Vacatio legis: 21.6

Validade e invalidade da lei: 21.3

- anulabilidade: 21.4

- invalidade mista: 21.4

- nulidade: 21.4 e 25.5

- nulidade e anulabilidade atípicas: 21.4 e 21.5

Visconde de Seabra: 38.6. 10

INDICE SISTEMATICO

Explicação Prévia7

CAPÍTULO I

A SOCIEDADE, O PODER E O DIREITO

1 - O nosso quotidiano e o Direito	9
1. 1. Direito objectivo como regra ou conjunto de regras	9
1.2. E Direito subjectivo como poder das pessoas ou das entidades por elas criadas	9
1.3. Direito objectivo como disciplinador do direito subjectivo	10
1.4. Direito e alteridade	10
2 - O Direito e a sociedade	11
2. 1. Direito e sociedade	11
2.2. Sociedade e fins comuns	12
2.3. Fins comuns, durabilidade e Direito	12
3 - O Direito e o poder .	12
3. 1. Sociedade, interesses, conflitos de interesse e poder	12
3.2. Poder de influência e poder de injunção	13
4 - O Direito e o poder político	14
4. 1. Poder político	14
4.2. Poder político e coercibilidade material	14
4.3. Poder político e conflitos de interesses	15
4.4. Poder político e legitimidade de título e de exercício	16

4.5. Legitimidade de exercício e coercibilidade .. .	17
4.6. Poder político e Direito -Avenida de dois sentidos .. .	18

Marcelo Rebelo de Sousa - Sofia Galvão

- 5 - O poder político e o Estado
- 5. 1. Poder político estadual, infra-estadual e supra-estadual.
- 5.2. Papel ainda central do Estado
- 6 - Direito estadual, infra-estadual e supra-estadual
- 6. 1. Ainda poder e Direito
- 6.2. Direito estadual, infra-estadual e supra-estadual
- 7 -A ideia de Estado
- 7. 1. Estado
- 7.2. Estado-definição
- 7.3. Elementos do Estado
- 7.4. Povo
- 7.5. Território
- 7.6. Poder político, órgão e titular
- 8 - Ainda a ideia de Estado - os fins prosseguidos
- 8. 1. Fins do estado
- 8.2. Segurança, Justiça e Bem-Estar
- 8.3. Fins abstractos e fins concretos
- 8.4. Estado Liberal, Segurança e Justiça comutativa
- 8.5. Estado Pós-Liberal, Justiça redistributiva e Bem-Estar
- 8.6. Estado contemporâneo e evolução recente

9 - Ainda a ideia de Estado - as funções exercidas
9. 1. Funções do Estado - definição
9.2. Funções constituinte, de revisão constitucional, política, legislativa,
jurisdicional e administrativa
9.3. Relação entre funções do Estado
9.4. Funções primárias e secundárias

18
18
19
21
21
21
22
22
22
22
22
23
23
25
25
25
26
26
27
27
28
28
29
29
30

9.5. Funções do Estado e Direito.

31

10 - O essencial..

10.1. Síntese.

31

31

11 - Principais sugestões bibliográficas e questões para reflexão e revisão 33

11. 1. Sugestões bibliográficas 33

11 .2. Questões para reflexão e revisão 34

CAPÍTULO

ACRIAÇÃO DO DIREITO ESTADUAL

12 - O poder constituinte e a Constituição

12. 1. Poder constituinte e Constituição

12.2. Constituição formal e Constituição instrumental

12.3. Constituição formal e Constituição material

12.4. Constituição escrita e Constituição nascida do costume,

12.5. Constituição portuguesa actual - 1976

39

39

39

40

40

41

13 - O poder de revisão constitucional 41

13. 1. Poder de revisão constitucional 41

13.2. Limites ao poder de revisão constitucional e Constituição flexível, rígida e hiper-rígida.....	42
13.3. Constituição de 1976 - Constituição hiper-rígida,	43
14 - A função política e o acto político..	.44
14. 1. Função política e o acto político	44
14.2. Acto político e não repercussão directa e indirecta nas relações sociais	44
15 - A função legislativa e a lei.	
45	

15. 1. Função legislativa e lei.. .. .	45
15.2. Lei e sua definição - conteúdo político, mas com disciplina directa e imediata das relações sociais	45
15.3. Lei-acto, lei-texto e lei-conteúdo normativo	47
15.4. Lei - pressupostos e elementos	47
15.5. Pressupostos da lei - órgão, competência e outros pressupostos	48
15.6. Elementos da lei - vontade, forma e conteúdo	50
15.7. Leis comuns e leis reforçadas. Leis só formais e leis também chamadas materiais	51
15.8. Elementos da lei - o fim	53
15.9. Leis comuns e leis reforçadas	54
16 - A interpretação da lei	55
16. 1. Sociedade, comunicação e interpretação	55
16.2. Interpretação e tipo de mensagem	56
16.3. Elementos da interpretação	56
16.4. Sujeito da interpretação	56
16.5. Momento da interpretação	56
16.6. Fim da interpretação	57
16.7. Historicismo e objectivismo	58
16.8. Objecto da interpretação, elemento literal e elementos extra-literais	

- histórico, sistemático e teleológico	59
16.9. Interpretação da arte e interpretação da lei	60
16. 10. Lei e certeza do Direito	60
16.11. Momento da interpretação da lei	61
16.12. 1. Sujeito da interpretação da lei.	61
16.12.2. Fim da interpretação da lei - subjectivismo, objectivismo, historicismo e actualismo	*O 63
16.12.3. Aplicação das classificações sobre fins da interpretação d	
Art.º9.º do Código Civil	63

Introdução ao Estudo do Direito

399

16.12.4. Críticas ao subjectivismo e ao historicismo	65
16.12.5. Objectivismo e actualismo em geral e no Código civil português	65
16.13. 1. Objecto da interpretação da lei, elemento literal e elementos extra- -literais	66
16.13.2. Elementos da interpretação da lei e Art.º 9.º do Código Civil	67
16.13.3. Interpretação declarativa, interpretação extensiva e interpretação restritiva	69
16.13.4. Interpretação correctiva	70
16.13.5. Interpretação abrogante	71
16.13.6. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados	72
16.14. Inferência de regras implícitas	73

17 - A integração de lacunas	76
17. 1. Interpretação, inferência de regras implícitas e integração de lacunas.	76
17.2. Lacuriajurídica	77
17.3. Lacuna de lei e lacuna de costume	78
17.4. Lacuna de previsão e lacuna de estatuição	78
17.5. Dever de integrar lacunas	78
17.6. Integração como processo normativo mas não necessariamente genérico e definitivo	79
17.7. Situações em que não há integração de lacunas	80
17.8. Analogia legis - definição, âmbito de aplicação e relevância	81
17.9. Analogiajuris - definição, âmbito de aplicação e relevância	83
17.10. Recurso à norma que o intérprete criaria dentro do espírito do sistema	85
17.11. Degraus de integração de lacunas	86
17.12. Impossibilidade de integração de lacunas	87
18 - A aplicação da lei no tempo.	

400

Marcelo Rebelo de Sousa - Sofia Galvão

Introdução ao Estudo do Direito

401

88

89

90

91

18. 1. Aplicação da lei	88
18.2. Aplicação da lei no tempo e no espaço.....	
18.3. Aplicação da lei no tempo	
18.4. Quatro momentos lógicos da aplicação da lei no tempo	
18.5. Primeiro momento - saber se é proibida a aplicação ao passado	
18.6. Segundo momento - saber se disposições transitórias prevêm a aplicação ao passado	91
18.7. Terceiro momento - saber se no ramo ou domínio em que se insere a lei há critério específico sobre a aplicação da lei no tempo	92
18.8. Quarto momento - saber o significado de a lei só dispor para o futuro. Artigo 12.º do Código Civil. Teoria da relação entre os factos e os seus efeitos jurídicos	93
18.9. Leitura do Artigo 12.º do Código Civil	96
18. 10. Graus de retroactividade, no caso de ela existir - extrema, quase extrema, agravada e ordinária	97

18.11. Lei interpretativa e retroactividade agravada	99
18.12. Lei alegadamente interpretativa mas que o não é	100
18.13. Pistas concretas de aplicação do Art.o 12.'	100
19 - A aplicação da lei no espaço	
19. 1. Aplicação da lei no espaço e relevância jurídica do território	
19.2. Território e Direito estadual	
19.3. Territorialidade e eficácia da lei. Aparentes excepções	
101	
101	
102	
102	
19.4. Aplicação de Direito estrangeiro pelos tribunais e a Administração	
Pública nacionais	103
19.5. Recepção material e recepção formal	103
19.6. Direito Internacional Privado, regras de conflitos e recepção formal ..	104
19.7. Direito Internacional Privado, em regra, nem internacional nem	
só privado	105
19.8. Direito supra-estadual Internacional ou Internacional Público	106
19.9. Direito infra-estadual	
19. 10. Direito estadual como ordenamento jurídico padrão	
20 - A aplicação da lei - soluções abstractas e individualização	
20. 1. Aplicação da lei à realidade social	
20.2. Aplicar a partir da lei ou a partir a situações de facto	
20.3. Direito-regra ou Direito-no caso concreto... ..	
20.4. Aplicação da lei sem e com intervenção humana	

.....	107
108	
.....	109
109 .109	
....	110
113	
20.5. Ignorância da lei, sua indesculpabilidade e atenuações excepcionais	114
20.6. Proibição de aplicação correctiva	116
20.7. Aplicação da lei e correspondência entre regra e facto	117
20.8. Causalidade jurídica	117
20.9. Conflitos positivos e negativos na aplicação da lei	118
20. 10. Aplicação da lei, abstracção e individualização	119
20.11. Graus de individualização	120
20.12. Individualização e equidade	121
20.13. Abstracção e certeza, individualização e justiça	122
21 - A existência, a validade e a eficácia da lei. A suspensão e a cessação de vigência da lei	123
2 1. 1. Existência, validade e eficácia da lei	123
21.2. Inexistência da lei	123
21.3. Validade da lei	124
21.4. Graus de invalidade - nulidade, invalidade mista e anulabilidade. Nulidade e anulabilidade típicas e atípicas	126
21.5. Invalidade das leis - nulidade atípica	128
21.6. Eficácia da lei. Ineficácia originaria	129
21.7. Ineficácia superveniente	131
21.8. Revogação. Modalidades de revogação	132
21.9. Revogação e relação entre lei geral e especial	133

2 1. 10. Revogação, cessação de eficácia da lei e reprivatização..	
2 1.11. Referendo e eficácia da lei	
21.12. Existência, validade e eficácia de outros actos jurídicos	
134	
135	
136	
22 - A função jurisdicional. O acto jurisdicional normativo e não normativo	137
22. 1. Função jurisdicional e actos jurisdicionais	137
22.2. Características da função jurisdicional	137
22.3. Actos jurisdicionais concretos e normativos	139
22.4. Função jurisdicional e criação do Direito	139
22.5. Actos jurisdicionais normativos e fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade	140
22.6. Assentos do Supremo Tribunal de Justiça	141
22.7. Acórdãos do Tribunal Constitucional com força obrigatória geral e criação do Direito	142
22.8. Tribunais e criação do Direito	142
23 - A função administrativa. O acto de administração normativo e não nor- mativo	142
23. 1. Função administrativa	142
23.2. Actos de administração.. ..	144

23.3. Regulamentos administrativos, actos administrativos, contratos administrativos e actos de gestão privada	144
23.4. Regulamentos administrativos	145
23.5. Regulamentos autónomos e regulamentos de execução ou complementares	147
23.6. Actos equiparados aos da Administração Pública	148
24 - O uso e o costume	
24. 1. Direito estadual não escrito	
24.2. Costume, elemento material e elemento DSiCOLóQiCO	
149	
149	
149	
<i>Introdução ao Estudo do Direito</i>	
403	
24.3. Alegados elementos irrelevantes	150
24.4. Costume e lei - costume <i>secundum legem, praeter legem e contra legem</i>	151
24.5. A lei portuguesa e o costume	
24.6. Relevância efectiva do costume na actualidade.	
24.7. Uso e costume	
153	
154	
155	
25 - A doutrina	

25. 1. Doutrina	
25.2. Relevância da doutrina	
25.3. Justificação da relevância da doutrina	
156	
156	
156	
158	
26 - O Direito supra-estadual e o Direito infra-estadual	
26. 1. Direito supra-estadual	
26.2. Direito Internacional Público e definição pelo modo de criação.	
26.3. Não definição pelo objecto das regras	
158	
158	
159	
160	
26.4. Não definição pelos destinatários	161
26.5. Formas de criação do Direito Internacional Público	161
26.6. Relações entre Direito Internacional Público e Direito interno	163
26.7. Direito Internacional Público e Direito Português	164
26.8. Direito Comunitário	165
26.9. Formas de criação do Direito Comunitário - Direito Comunitário originário e derivado - regulamento, directiva e acto	166
26. 10. Eficácia do Direito Comunitário	167
26.11. Relações entre Direito Comunitário e Direito Português	169
26.12. Orgânica Comunitária Europeia .. .	169

26.13. Princípios fundamentais de Direito Comunitário e natureza jurídica da União Europeia	171
26.14. Direito infra-estadual	173

Marcelo Rebelo de Sousa - Sofia Galvão

27 - A comparação entre as diversas formas de criação do Direito e o conceito de fontes do Direito

27. 1. Comparação entre formas de criação do Direito

27.2. Formas intencionais e não intencionais

27.3. Criação e aplicação do Direito

27.4. Sentidos da expressão fontes de direito

27.5. Alegado elenco de fontes de direito

27.6. Recusa da ideia de hierarquia de fontes de direito

27.7. Formas de criação no Direito Português actual

27.8. Hierarquia das formas de criação do Direito em Portugal hoje

28 - O essencial.

174

174

174

174

175

177

177

178

180

184

29 - Principais sugestões bibliográficas e questões para reflexão e revisão 191

29. 1. Sugestões bibliográficas

29.2. Questões para reflexão e revisão

CAPÍTULO I

O DIREITO-O QUE É E COMO REGULA

AS RELAÇÕES DA VIDA SOCIAL

3 O - A ideia de Direito e as suas características essenciais.....

3 O. 1. Direito -o que é

3O.2. Sentimento jurídico colectivo

30.3. Análise científica do Direito	
30.4. Direito objectivo, direito subjectivo e Direito - disciplina científica ..	
30.5. Pano de fundo filosófico e Direito	
30.6. Teoria Pura do Direito e Positivismo normativista ou metodológico.-	
30.7. Crítica do Positivismo normativista ou metodológico	

207
207
208

.209

. 2 10
211
211
213

Introdução ao Estudo do Direito

405

30.8. Direito - dimensões normativa, volitiva, estrutural e axiológica	214
30.9. Perspectiva multiproblemática do Direito	215
30.10. Características do Direito: sociabilidade, imperatividade e coercibili-	

dade.

31 - O Direito, a Moral e as outras ordens de conduta social.

31.1. Direito e ordens normativas

31.2. Ordens moral, religiosa e de trato social

31.3. 1. O que é a ordem moral ou Moral

31.3.2. Distinção entre moral e Direito

31.4. 1. O que é a Religião

31.4.2. Distinção entre Religião e Direito

31.5. 1. O que é a ordem de trato social

31.5.2. Distinção entre ordem de trato social e Direito	
31.6. 1. Direito e ordem científica e ordem técnica	
31.6.2. Direito e Ciência	
31.6.3. Direito e Técnica	
216	
219	
219	
220	
220	
222	
225	
226	
227	
228	
228	
228	
229	
32 - Definição e características da regrajurídica	231
32. 1. O Direito como sistema, as regras e os princípios	231
32.2. Regrajurídica, previsão e estatuição	232
32.3. Regrajurídica: hipoteticidade, generalidade, abstracção, bilateralidade	
e imperatividade	234
33 - Os tipos de regras jurídicas	237
33. 1. Classificações de regras de Direito	237
33.2. Regras principais ou primárias e regras derivadas ou secundárias	237
33.3. Regras inovadoras e regras interpretativas	237
33.4. Regras gerais, regras especiais e regras excepcionais. Regras comuns	

33.5. Regras nacionais, regras regionais e regras locais	239
33.6. Regras proibitivas, regras preceptivas e regras permissivas	239
33.7. Regras injuntivas e regras dispositivas	240
33.8. Regras autónomas e regras não autónomas. Ficções e presunções	240
33.9. Regras gerais e regras individuais. Regras abstractas e regras concretas	242
34 - A definição e a relevância do princípio jurídico	
34. 1. Princípio jurídico	
34.2. Relevância dos princípios jurídicos	
243	
243	
243	
35 - O direito e as relações sociais de interesses	244
3 5. 1. Direito e conflitos de interesses	244
3 5.2. Interesses juridicamente relevantes	244
35.3. Interesses individuais, interesses colectivos e interesses conexos	245
35.4. Resolução de conflitos de interesses, situações jurídicas activas e situações jurídicas passivas	247
36 - O Direito e as situações da vida	249
36. 1. Direito e relação entre situação jurídica activa e situação jurídica passiva	249

36.2. Multiplicidade de situações jurídicas activas e passivas	249
36.3. Categorias de situações jurídicas activas	249
36.4. Direito subjectivo	250
36.5. Poder ou faculdade	250
36.6. Protecção imediata mas indirecta de um interesse	251
36.7. Protecção mediata e reflexa de um interesse	252
36.8. Expectativa jurídica	252
36.9. Categorias de situações jurídicas passivas	254
36.10. Dever jurídico	254

Introdução ao Estudo do Direito

407

36.11. Deveres globais ou complexos e deveres específicos. Obrigação e dever generico..

36.12. Sujeição jurídica

36.13. ónus jurídico

36.14. Dois lados da vida.

255

256

256

257

37 - A situação jurídica

37.1. Situação jurídica

37.2. Elementos da situação jurídica

37.3. Sujeito da situação jurídica. Personalidade jurídica, capacidade jurídica de gozo e de exercício. Pessoas singulares e colectivas

37.4. Conteúdo e objecto da situação jurídica

37.5. Direito, situação jurídica e eficácia	269
37.6. Factojurídico	270
37.7. Facto jurídico <i>stricto sensu</i> , acto jurídico <i>stricto sensu</i> e negócio jurídico	271
37.8. Garantia da situação jurídica. Sanções negativas e prêmios	274
37.9. Sanções disciplinares, administrativas, civis e criminais	275
3 7. 10. Sanções compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas	277
37.11. Sanções jurídico -materiais ejurídicas	281
37.12. Tutela estadual e autotutela. Direito de retenção, legítima defesa, es- tado de necessidade, acção directa e direito de resistência	282
38 - O Direito, a História e a história do Direito	
3 8. 1. Direito e tempo	
38.2. História do Direito	
38.3. História do Direito e Direito actual	
38.4. Direito Romano e Direito Português passado	
38.5. 1. Direito Romano - quiritário, nacional, universal.	
284	
284	
284	
285	
285	
286	

Marcelo Rebelo de Sousa - Sofia Galvão

3 8.5.2. Costume e lei em Roma	287
38.5.3. Doutrina - do concreto ao abstracto	288
38.5.4. Da escravatura à libertação, da cidadania paroquial à imperial	289
38.5.5. Personalidade do Direito	289
3 8.5.6. Coerência, maleabilidade e ligação à vida... ..	290
3 8.6. 1. Direito português - a pré-história	290
38.6.2. Independência e reconquista - costume, lei, Direito Canónico e autonomia municipal	291
38.6.3. Recepção do Direito Romano	292
38.6.4. Compilação das leis	292
38.6.5. «Ordenações Afonsinas»	293
38.6.6. «Ordenações Manuelinas» e «Ordenações Filipinas»	293
38.6.7. Direito Português, Direito Romano e <i>coniniunis opinio</i>	295
38.6.8. Iluminismo e «Lei da Boa Razão»	295
38.6.9. Liberalismo, Constituição de 1822 e Carta Constitucional de 1826	295
38.6. 10. Constituição de 1838, novas vigências da Constituição de 1822 e da Carta Constitucional de 1826. Códigos Comercial (1833 e 1838), Civil (1867), Penal (1886) e Administrativos	296
38.6.11. Constituição de 1911,1933 e 1976. Novos Códigos Civil (1966), Pe- nal (1982), das Sociedades Comerciais (1986), do Procedimento Admi-	

nistrativo (199 1), de Processo Civil (1995), de Processo Penal (1999) e do Contencioso Administrativo (2000).	298
39 - Os sistemas actuais de Direito	
39. 1. Direito, tempo e espaço	
39.2. Direito português e sistemas de Direito	
300	
300	
301	
39.3. Sistemas romano-germânico, anglo-saxónico, marxista-leninista, mu- çulmano e extremo-oriental	302
39.4. Sistema romano-germânico e sistema anglo-saxónico	303
39.5. Sistema marxista-leninista	305
<i>Introdução ao Estudo do Direito</i>	
409	
39.6. Sistema muçulmano	306
39.7. Sistema extremo-oriental	307
39.8. Convergência de sistemas de Direito. Direito Comparado, macrocom- paração e microcomparação	307
40 - O Direito português e os sistemas de Direito	309
40. 1. Direito português e sistema romano-germânico	309
40.2. Uma pertença cultural	310
40.3. Três razões explicativas: formação, estrutura e modos de criação	310

41 - Os ramos do Direito português	312
41.1. Ramos do Direito português	312
41.2. Direito Público e Direito Privado - critérios de distinção	312
41.3. Ramos de Direito Público e do Direito Privado. Ramos de con- fluência	315
41.4. Papel central do Direito Civil.....	317
41.5. Relativização da divisão em ramos de Direito	317
42 - A codificação	
42.1. Codificação e códigos	
42.2. Definição de Código	
42.3. Movimento codificador	
42.4. Vantagens da codificação	
42.5. Desvantagens da codificação	
42.6. Codificação em Portugal - o arranque.	
43 - As ciências que estudam o Direito.....	
43.1. Direito como objecto de saberes	
43.2. Ciência do Direito, Direito Comparado e História do Direito.	
43.3. Sociologia do Direito	
318	
318	
318	
319	
319	
320	
321	

321

321

322

322

43.4. Filosofia do Direito

43.5. Inter-relações de saberes

43.6. Política Legislativa

323

323

324

44 - As profissões jurídicas 325

44. 1. Direito, formação jurídica e actividade profissional. 325

44.2. Profissões jurídicas 326

44.3. Profissões não estritamente jurídicas, obstáculo e desafios de qualidade
na formação jurídica 329

45 - O essencial..

330

46 - Principais sugestões bibliográficas e questões para reflexão e revisão 333

46. 1. Sugestões bibliográficas 333

46.2. Questões para reflexão e revisão 334

CAPÍTULO IV

DIREITO, VALORES E OPÇÕES

47 - O Direito e a Justiça. O Direito Natural 345

47. 1. Direito, opções e valores 345

47.2. Justiça comutativa e redistributiva 346

47.3. Princípio da igualdade	346
47.4. Princípio da proporcionalidade	347
47.5. Princípio da imparcialidade	347
47.6. Princípio da garantia dos direitos dos cidadãos	347
47.7. Concretização da Justiça	348
47.8. Justiça e Direito Natural	348

48 - O Direito e a Segurança. A Segurança e a Justiça,

351

Introdução ao Estudo do Direito

411

48. 1. Direito e a Segurança. Segurança interna e externa, individual e exclusiva

48.2. Segurança e Justiça

351

352

49 - Direito e Bem-Estar económico, social e cultural

49. 1. Direito e Bem-Estar económico, social e cultural

49.2. Bem-Estar económico social e cultural. Justiça e Segurança.

49.3. Racionalidade global e estruturas sociais

49.4. Modelos de racionalidade jurídica

50 - O sistema económico e o regime económico

50. 1. Direito e regime económico

50.2. Sistema económico e regime económico

50.3. Principais regimes económicos contemporâneos.

353
353
353
354
354
355
355
355
357

51 - O sistema político, o regime político, o sistema de governo, o sistema de partidos e o sistema eleitoral	359
5 1. 1. Direito e sistema político	359
51.2. Regime político	359
51.3. Sistema de governo	360
5 1.4. Sistema de partidos	363
5 1.5. Sistema eleitoral	364
51.6. Direito e contexto envolvente	366
52 - As principais tendências do pensamento jurídico no século XX	367
52. 1. Direito e pensamento jurídico no século XX	367
52.2. Positivismos sociológico e metodológico ou normativo. Neojusnaturalismo	367
52.3. Empirismo utilitarista e marxismos	369

412 Marcelo Rebelo de Sousa - Sofia Galvão

52.4. Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores	369
52.5. Estado-Providência e Direito	370
52.6. Convergência de Sistemas de Direito	371
52.7. Crise do Estado-Providência e do chamado Estado de Legalidade Socialista	372
53 - O essencial	373
54 - Principais sugestões bibliográficas e questões para reflexão e revisão	375
54. 1. Sugestões bibliográficas	375
54.2. Questões para reflexão e revisão	376
BIBLIOGRAFIACOMPLEMENTAR	379
ÍNDICEANALÍTICO	383