

VITOR MIGUEL CARDOSO ARAÚJO APRL 2004

<http://paginas.ispgaya.pt/~vmca>

Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador – Baptista Machado (págs 7-15; 22-44; 50-80; 82-98; 113-120; 125-139; 144-149; 153-171; interpretação e integração.

Código Civil

Direito

Direito : autoridade, algo que se impõe pela força. O Direito só se consegue ser direito, se tiver a força de se impor. Mas as mais das vezes, nós obedecemos naturalmente ao Direito. O Direito vigente (se é vigente, se é cumprido) é um bom Direito. Há leis que não tem vigência real, podemos questionar se é direito (em termos materiais).

Mas encontrar Direito através do critério da força – se tem condições de se impor pela força, se há um mecanismo de força, é uma expressão exterior do Direito.

O Homem é o ser mais imperfeito de todos os animais, somos os seres que demoram mais tempo a autonomizar-se, precisamos da mais apoios, embora sejam os dominantes no planeta. Conhecemos a história dos homens-lobos (tarzan) o instinto ocupa a primazia em detrimento da aprendizagem.

Esta realidade que leva ao Direito. Face as necessidades biológicas podemos ver que existem várias camadas. A incomplitude e abertura natural são supridas pela sociogénese, daqui nasce as normas jurídicas (no mundo simbólico ou cultural). Meios que são os complexos de normas com uma estrutura e organização, i é, as instituições que nos vamos enquadrar por ex, a família onde o ser humano se integrar.

Vamos encontrar determinadas formas de conduta que nos condiciona o relacionamento com outras pessoas. Ao nascermos, já adquirimos personalidade jurídica, mas isto seria antes desnecessário para sabermos quem somos. São os momentos protogénicos, que nos damos conta que existe Direito por ex, nas situações de litígio. Porque passamos o dia sem nos apercebermos que cumprimos o Direito e que ele não existe.

Mas está aonde o Direito ? “podemos... pag 12 – 1 e 2º paragrafo)

Estrutura social → várias sub-estruturas entre as quais o Direito, temos de conseguir de determinar o que é o Direito (Hegel, Max Weber, Stuart Mill). O Fenómeno jurídico é mais um fenómeno de entre todos os fenómenos sociais (factos sociais da sociologia). É um erro que caiem os doutrinadores – padrões de comportamentos semelhantes.

Empirismo (positivismo que se impôs no domínio das ciências – através da experimentação de determinados comportamentos podemos fazer uma certa lei geral).

O método empírico é um método valioso de investigação e como forma válida de aprendizagem de conhecimentos. A única forma, as outras não eram válidas. Está na essência dos “ismos” levado ao extremo conduziu que não era necessário os resultados que se chegaram desde que tenham respeitado as regras de observação e experimentação. Afastou os critérios éticos da vida

social. Agora a teoria neopositivistas conduziu a vida social fosse vista como uma perspectiva prática, autonomizando as razões e fundamentos. Não podemos separar a forma da substância (pag 26). O que a Sociologia determina o que é facto social não é o facto social. Isso seria confundir nuvem com Juno. Os factos sociais não podem ser vistos como factos da natureza, isto é susceptível de conhecimento, mas nós é que nos elegemos ou criamos os factos sociais.

Direito : facto social

– como mero facto – sociologia, antropologia, necessidades de Direito.

Sabemos o que é o Direito

Numa visão sociológica, há padrões de comportamento na sociedade que se foram vistos numa perspectiva externa à esses fenómenos. Podemos encara-los como um mero facto social (sem aprofundarmos porque é essa atitude). Não temos necessariamente seguir os mesmos padrões ex, gravata, não é necessário usar nos lugares mais formais.

Temos de explicar porque este fenómeno é assim e não de outro modo. Daqui constatamos a insuficiência da sociologia. Transporta-nos para a dimensão do mundo jurídico leva-nos para a circunstância se analisarmos sob a perspectivas jurídicas, vamos encontrar o fundamento de muitas regras de conduta. A partir de certo comportamento podemos retirar uma norma. Porque os comportamentos da sociedade estão motivados.

Se insistirmos na visão externa do Direito (sociologia do positivismo) o que distinguirá o Direito de outro tipo de ordens (por normas de cortesia, moral), a circunstância de ao Direito estar associado ao uso da força e da coacção (o que se impõe pela força).

O Direito só é lembrado em situações de crise e que passamos maior parte do nosso tempo a passar sem deixar de cumprir (questão da saúde e da doença)

Qual é a relação entre o Direito e a força ? Temos duas hipóteses:

1. Ou se confundem o Direito com a força
2. Ou o Direito está ligado a força, mas a força não é essencial ao Direito.

Exemplo: Robison Crusoe, enquanto não existir uma relação social não é possível determinar os direitos e deveres dessa pessoa em relação a mim. Não se justifica o Direito nesta circunstância. O direito é fruto do relacionamento humano.

Colocamos a 1ª hipótese – caso de confusão entre o Direito e a força, vigora a lei do mais forte.

Somos dominados às ideias justificam tudo. Direito – valores, “certo sentido” não está desprovido de valores, legitimar a força.

Direito não precisa da força. Quando o Direito é justo, ele vigora, senão, não vigora. Não é pela circunstância de praticarmos determinado acto que passa a ser válido, porque todos temos consciência que o acto está incorrecto, mesmo que façamos todos.

O Direito tem uma ordem de valores, que tem um sentido de justiça. O Direito depende da força, não na sua essência, mas no seu lado prático e de exercício, e ao mesmo tempo é o Direito que vai legitimar o uso da força. Isso vai permitir limitar o poder político, temos de respeitar estes valores, sob pena de ser legítimos.

O Direito legitimo é o direito vigente, tido como válido, quando ele não é legitimado.

A validade da Norma jurídica e a legitimidade e a legitimidade da norma jurídica são conceitos distintos. Uma NJ pode ser válida pois feito pela entidade que formalmente pode emití-la. Mas será que é legítima ou vice-versa. Se dissermos que eram equivalentes, sempre que uma entidade fosse indicada, o critério de legitimidade da NJ será a circunstância de a entidade emissora de NJ emitir (i.e., válido). A legitimidade é o facto de ser válida ex, uma lei que estabelece a pena de morte. Porque até os próprios líderes num golpe de estado vão buscar legitimidade para além da validade formal (pág 264).

Max Weber "existe direito quando..." (pág 31) na esteira da sociologia do Direito, o direito provém da força.

Karl Larenz (pág 32) flexão no pós-guerra – o Jusnaturalismo dos juristas alemães, referem-se muito a justiça. A justiça é relativa. Estamos a falar de justiça em razão abstracta e não concreta (de cada país). Ambos fazem apelo a ideia de justiça. Se não procurarmos legitimar pela justiça, nós estamos a legitimar pela força. (visão sociológica de Max Weber e a visão jurídica de Larenz – opinião de B Machado).

O Direito na sua essência não precisa de força, mas o Direito parte da realidade dos bens escassos, foram criadas regras espontaneamente. O Direito é instrumento ao nosso serviço do bem-estar e qualidade de vida, tem de ser vigentes.

O Direito é uma forma de limitar a vida (heteronomia, conflito ou desajuste) pag 34 – não conseguimos ser livres se não tivermos regras que limitam a nossa liberdade. Viver com autonomia de decisão, sem prejudicar a forma dos outros de viver a vida. A minha liberdade termina quando começa a liberdade de outrem. É uma exigência da própria sociabilidade do Homem.

Eu tenho liberdade de desrespeitar as normas (num sentido filosófico e religioso, livre-arbítrio), é possível esta liberdade, mas esta realidade não é que estamos a estudar.

Para que haja liberdade é necessário uma ordem de normas para limitar. " sua raiz profunda". Não somos capazes de viver sozinhos. O Direito é justificado pela necessidade de convivência social "status quo ante".

O Direito administrativo tem uma vertente menos interessante normas que regulam o funcionamento do Estado (os trabalhadores e o seu estatuto) e tem outra vertente as normas que regulam a relação do Estado enquanto pessoa colectiva, com os cidadãos. Como o estado regula a sua própria força, pois é mais forte que o privado. É nestes momentos que vai mostrar que é autoritário. A forma como regula a força – vê-se nas leis da Organização política por ex, se é aceitável ou não a pena de morte, transforma essa decisão em lei. A política tem de sempre sujeitar-se a estes limites. Não vamos encontrar limites no Direito positivo (formas de limitação do poder político) "se apenas a força exprime o Direito, já temos o poder" (pag 37), mas o Direito não pode substituir.

A legitimidade encontra-se num conjunto de valores (Direito natural) e não Direito positivo.

Direito natural (pag 264) juspositivas ≠ jusnaturalistas

Rousseau (pag 264/266) livres mas condicionado pelo social, não conseguimos viver sozinhos. A nossa liberdade fica limitada pela teia social que nos envolve. O Direito só se quando a nossa necessidade social limita a nossa liberdade individual. Esta não deve ser levado ao extremo ao ponto de aniquilar a liberdade de outrem, impõe limites para acautelar essa liberdade. O Princípio democrático tem limites, não precisa de estar positivado, é natural ao homem quando procura manter a liberdade individual. Mas tem limites de molde a não-anular Tudo tem haver com história impõe limites materiais a revisão da CRP. Mas esta é a vontade soberana, não posso criar uma coisa e depois impedir que ela se desenvolva, seria contraditório do próprio princípio

democrático.

Matéria que interessa (pag 50) – relação entre o Direito e o Estado, como pessoa tal como nos entendemos na realidade. Relação que existe entre o Direito do Estado.

Já existia Direito, antes do Estado ex, existe nas tribos amazónicas; o Direito Público Internacional não provém do Estado; o Direito anterior a fundação do Estado. O inverso é verdadeiro, o Estado é dominado pelo Direito (Estado de Direito), que surgiu com a ascensão da Burguesia, sedenta de lucro e de liberdade. Surge como acção contra a limitação a burguesia. Primeiro foi criado para retirar poderes a classe aristocracia (feudais). Forma de impedir os abusos de poder político, impedir a tirania, defesa do próprio cidadão do próprio Estado.

A ligação entre a Justiça e a Segurança (pag 55)

Direito Natural e os Ramos de Direito

O Direito tem objectivos: o que ele faz é regular as relações entre as pessoas, comandos e directivas, se for necessário aplica a força para se fazer efectivo, é uma mera face externa do Direito que ele não precisa para existir mas se aplicar.

Quais os valores que o Direito deve guiar-se para seguir os objectivos. Para ser efectivo, precisa ser compreendido, útil, válido por todas as pessoas, por ex, direito que se não se aproxima a noção de Direito.

Para que o Direito seja aplicado são precisos dois valores:

1. Justiça – tem mais facilidade de ser aceites. Podemos confundir o Direito com a Justiça, porque nem sempre o Direito não é justo de uma forma intencional. O 1º dever é fazer obedecer as pessoas para elas acatarem.
2. Outro papel é dar garantias de Segurança, o homem é um ser ontologicamente imperfeito, precisamos de interacções uns dos outros, preciso de todos os profissionais ou quase todos. Estamos seguros porque existe NJ.

Ambos os valores fornecem-nos certezas: Acontece muitas vezes que a segurança e a Justiça colidem por ex, norma segura procura uma injustiça ou é injusta. Por vezes, a Justiça tem de ceder a segurança – quando a segurança impõe outro caminho e porque estamos interdependentes uns dos outros que o valor da segurança é importante, é preciso de encontrar um ponto de equilíbrio.

Direito e Moral

Saber qual é a relação que deve existir o Direito e a Moral.

O Direito é um conjunto de normas sistematizadas e ordenado. A melhor forma de definir – é uma ordem (um conjunto de normas) normativa (i é, que impõe normas).

Tb a Moral impõe-nos normas de conduta, que tb estão sujeitos à uma mera ordenação, tal como o Direito.

Agora como é possível, se intercepta entre si (Direito e a Moral). Houve vários autores que analisaram estes conflitos.

Houve 3 critérios que pretendiam liga o Direito e a Moral.

1. O Direito não é moral. Tem de dar confiança e segurança. Mas há um conjunto de valores morais aos quais o Direito não pode ser indiferente (é o mínimo ético), exactidão, rectidão, é o círculo de valores morais aos quais o Direito não pode ser indiferentes. Não se podia desligar-se da Moral. Cabia em cada momento histórico dizer quais eram os valores.
2. Outra perspectiva, crítica do mínimo ético (e diziam quais eram os valores morais a respeito. O Direito não se interessa pelo lado interno. Critério da exterioridade da conduta, o Direito só se interessa pela conduta externa.
3. Outro critério parecido com este, a forma como interiorizamos as normas, mas é indiferente para o Direito, aderimos ou não aderimos, mas temos de nos conformar-nos com as normas que não aceitamos. Adesão a norma, o seu processo psicológico.

O 2 e 3º são parecidos. O critério mais válido é o critério de mínimo ético. O Direito tem de cumprir um mínimo de normas morais para o Direito ser aceite, mas o Direito aceita como suas, não precisa de ser moral, pode ser amoral. (mas não imoral).

A crítica ao 2º critério – não é verdade que o Direito não se importa pelos motivos da Adesão ao Direito, mas não é verdade ex, responsabilidade é um julgamento ético – o conceito de culpa, adesão que fazemos um certo facto ilícito. É importante que as pessoas aderiam as normas.

Moral é importante.

Moral → sanção (interior) da mente

Direito → exteriorização (caos social, interfere nos direitos do cidadão).

Ligação umbilical entre Direito e Moral, mas são coisas distintas.

Divisão do Direito (Ramos de Direito)

(pag 63) Ramos de Direito – organizar compartimentos, fazer associações, organizadas com elementos comuns.

O Direito é genericamente uma ordem normativa, um conjunto de normas ordenada de acordo com uma estrutura. Mas há normas que tem pontos em comum, permite fazer a classificação para simplificação.

O Direito estruturou-se em Ramos, por tradição, lecciona-se o curso de Direito por cadeiras, cada cadeira corresponde à um ramo de Direito. (novos direitos- direito urbanístico, ambiente). Partimos do esquema mental, partir do género (genericamente ex, mamíferos) para a espécie (especificamente ex, homens)

As características comuns – uma das características que se consegue autonomizar das NJ:

1. Relações de igualdade dos sujeitos e relações de supremacia dos sujeitos. No Direito há normas em que um das partes tem prevalência de um sobre outro, e outras de igualdade. Nas relações de supremacia normalmente regulam a relação entre sujeitos públicos e sujeitos privados, em regra são sempre entes públicos. Os sujeitos públicos tem poder de autoridade, representam o colectivo e o Estado.

A 1ª macro-divisão do Direito distingue o Direito público e Direito privado, estamos a analisar as características externas do NJ, e não por dentro:

- O direito que regula as relações entre Estado (está investido do poder público) e os particulares – normas de direito público.
- O Direito em que ambos sujeitos aparecem igual – normas de direito privado.

Contrata como um particular (direito privado) mas antes de cumprir formalidades (direito público) ex, aceita várias propostas. Publica potestas, ius imperium (força do mando).

Não interessa a qualidade dos sujeitos, mas saber se um deles está imbuído de ius imperium.

A 1ª grande divisão que se faz do Direito, foi possível fazer sub-ramos com finalidades distintas, mas com poder de autoridade.

1. Direito constitucional – é o direito supremo de todos os direitos, grandes fundamentos de Estado, princípios básicos aos quais os outros devem obedecer. Organização de poder político i é , os poderes deste.
2. Direito administrativo - regula a org e a actividade do Estado, não enquanto órgão político, mas enquanto org executiva, todos os estados consagram, a separação de poderes (executivo, judicial, legislativo). Define a actividade de Estado, enquanto órgão executivo, e tb regula as relações entre particulares e o Estado, aparece com ius imperium.
3. Direito processual – para se estar em juízo, há regras, o Estado enquanto órgão judicial está investido de autoridade seja processual administrativo, fiscal, penal ou civil.
4. Direito fiscal – regula a forma como o Estado vai arrecadar as suas receitas, actividade do fisco, de fiscalização das actividades dos particulares e da incidência dos impostos através da força.
5. Direito penal – regras da sociedade que são obrigatórias na sociedade, porque há bens jurídicos fundamentais para se viver na sociedade (valores que visam proteger toda a comunidade), reserva de integridade física, defesa de património, símbolo de segurança económica. Uma ofensa à esses bens jurídicos, é entendido como ofensa a toda a comunidade, tem de ter mecanismos para perseguir e punir através de Penas de prisão por ex. Ao Estado incumbe acusar e punir o infractor. Envolve sempre o MP, mesmos nos crimes particulares.
6. Direito Internacional público – regula as relações entre os Estados soberanos, estados não abdicam do seu ius imperium.

No direito privado, os cidadãos aparecem em pleno plano de igualdade. No direito romano, as relações com privados, porque se um fosse superior a outro, não fazia sentido falar-se em direito. Os burgueses começaram a desconfiar do direito privado, divide-se direito civil e direito comercial. No sec XIX, liberalismo, injustiças, direito do trabalho regula as relações entre patrão e trabalhador, é um direito social, desigualdades económica.

Ramos de Direito

Direito civil (sub-ramos do direito civil, Cod civil, Napoleão).

Com o advento do comércio, em especial do comércio internacional, com as fronteiras, espaços europeus definidos. Passou a existir a classe da burguesia, desenvolvimento da moeda, títulos de credito (letras, livranças e cartas de conforto). Esta classe começou a sentir a necessidade de autonomizar-se, o direito civil não conseguia responder. Temos de ter em linha de conta que é preciso celeridade, mais eficiente, com maior confiança vai autonomizar a actividade comercial (incluindo a industrial) para o direito – um conjunto de princípios sistematizados (direito comercial, comerciante, acto comercial). Dentro do direito civil, nasceu o comercial. O direito

consegui soluções especiais por ex, o mutuo (é preciso escritura pública, fungibilidade da coisa) ≠ comodato. Numa transação comercial isto era inaceitável, baseado na confiança mutua.

O Liberalismo puro e formal conduziu a desigualdades graves ex, horários de 18 horas de trabalho, remunerações baixas, o direito não serve para regular.

Direito de trabalho autonomizou-se do direito civil em nome de desigualdade material entre trabalhador e entidade patronal, e não face a igualdade formal da lei. Podemos que o Direito de trabalho faz parte de um direito social ou direito de mera ordenação social e não direito público ou direito privado.

Com intervenção de Estado (porque antes tinha um papel passivo, limita-se a estabelecer as regras – o estado intervém na economia como um privado) surgiu o direito económico, por ex, programas com condições especiais de crédito.

Outro ramo é o Direito comunitário tem princípios de direito público e direito privado, embora se dirija aos estados e não aos cidadãos. Quando os estados-membros instituíram o Tratado de Roma, fizeram-no com uma perspectiva económica, era criar um mercado alargado, por força de mecanismos jurídicos, aumentar o n.º de consumidores e que as regras económicas fossem semelhantes, ex, Pauta alfandegária comum por ex, um automóvel importado do Japão teria a mesma taxa entre Espanha e a França.

Impedir que as restrições qualitativas e quantitativas de pessoas e bens obrigou a criação de princípios, nomeadamente, o Princípio de igualdade dos cidadãos dentro destes estados dentro da CEE.

Todos estes princípios insitos (implícitos) e explícitos para regulamentar os diferentes litígios foi criado o Tribunal de Justiça das Comunidades (que controlar a aplicação do direito comunitário e dirimir conflitos entre estados) e o Conselho de Ministros, Comissão , Parlamento europeu. E o tribunal começou a fazer a apologia dos princípios, que conduziu ao Primado de Direito comunitário (se o acto de adesão aos estados era voluntário, aceitaram os princípios do Direito comunitário, mas podem ser invocados pelos estados, mas em especial pelos cidadãos). Isto conduziu a primazia do direito comunitário sobre os nacionais, segundo a leitura do tribunal, imbuído do espírito comunitário. Foi imposto pelas inúmeros acórdãos e não querido pelos estados contraentes, inclusive impõe-se aos princípios constitucionais dos estados por ex, jurisprudência italiana. Fez surgir uma norma nova, o direito comunitário.

Distingue-se o direito publico e privado depende da forma como ela intervém e não da qualidade dos sujeitos por ex, Estado intervém com ius imperium, investido de poder de autoridade.

Analizamos a macro-estrutura do direito (observação externa do fenómeno), agora a micro-estrutura (observação do interior do fenómeno, i é composição das células).

O Direito sendo uma ordem normativa, é um conjunto de normas sistematizadas e por ordenação, impõe-nos formas de agir, as suas células são essas normas.

NORMA JURIDICA

O que é uma norma ?

A norma é acima de tudo um comando ou instrução, mas não é uma instrução qualquer, ex, instrução da moral dá-nos toda a liberdade, o Direito ao invés, tem mecanismos de força que não permitem essa liberdade. Mas nós só estamos dispostos a aceitar, depende da forma como reconhecemos à autoridade e legitimidade para emanar a norma, tem haver com uma questão de competência, tem poderes sobre a forma de avaliação e não por forma de vestir a roupa.

A norma jurídica tem 2 características :

1. É um comando ou instrução
2. Imposto pela força (i é, coercitivas) ou seja, impostos se necessários.
3. Ditado por uma autoridade com legitimidade.
4. A validade da norma depende da igualdade e se aplica a todos os casos que sejam semelhantes. Para ser aceites tem de ser gerais (devem aplicar-se a um conjunto de pessoas indiscriminadamente que estejam previstos naquela situação e sejam abstractas devem aplicar-se todos os casos concretos que caiam na sua alçada ou previsão), não podem ser individuais e concretos.
5. E vai dar uma característica fundamental para o Direito administrativo. Administração pública quando actua, actua sobre este pressuposto. O acto administrativo é um acto individual e concreto (também são comandos autoritários e emanada da autoridade, mas faltam as 2 características : generalidade e abstracção. O Governo pode na sua qualidade do órgão executivo (pode emitir normas jurídicas) e órgão superior da administração pública (pode emitir também os actos administrativos). Se for normas jurídicas, os tribunais não tem competência para aprecia-las, ao contrário do acto administrativo ex, efeito negativo em Barrancos.

NJ é a célula fundamental do Direito. E como um organismo também as células desempenham funções distintas entre si. Decompõe uma norma jurídica como ela é feita – art 227 CC (...) a forma como devemos comportar-nos nas preliminares, como na formação do contrato e diz-nos quais são as consequências para aquele que não age de boa-fé.

“Quem negoceia com outrem para a conclusão de um contrato (i é abstracto) deve, tantos nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, **sob pena da responsabilidade pelos danos que culposamente causar à outra parte** (estatuição)”

É uma norma jurídica típica – qualquer pessoa i é geral.

A NJ deve dirigir-se à um destinatário – todas as pessoas a que ela se aplica e deve abranger uma situação de facto, da vida quotidiana a qual ela se deve aplicar, i é, a negociação para a conclusão do contrato.

As NJ todas elas constituem hipóteses i é, situações possíveis de situação concreta (é quando se vende, quando se compra). Isto é, tem de prevenir uma situação através de hipóteses “se” ou pode ser “quem”.

As normas tecnicamente perfeitas prevêm-se sempre hipóteses (se acontecer determinada coisa) são condicionantes. A norma tem por começar a prever uma situação de facto e essa prevê uma consequência. Podemos dividir esta NJ em duas partes, deve fazer-se uma previsão de uma

situação factual (que exige intervenção no domínio do Direito) pode não haver intervenção do Direito.

Todas as NJ deviam começar ou inicializar-se pelas hipóteses e a previsão (1º elemento) quais são as consequências que advém do cumprimento e incumprimento, e esta parte chama-se sanção ou estatuição. Tem duas partes. A NJ é sempre um elemento lógico constituído por um antecedente e um conseqüente.

O Direito como ciência do dever-ser, o que nós interessa é o dever-ser , e não o ser.

A ordem dos factores é válida na mesma, podemos começar como uma estatuição e depois por uma previsão.

Como se aplica na prática : entre os indivíduos a negociar-se entre si, sabe que ambos tem de ter boa-fé. Como é o raciocino de aplicação desta ?

No processo lógico-indutiva funciona através de experimentação ou experiência, procura-se fazer uma lei geral " o perigo é quando atribuímos ao efeito à uma causa que não estamos ver. Na experimentação do concreto faz-se uma lei geral ex, medicina, biologia, genética.

Na lógica dedutiva nós já temos uma lei, temos de aplicar ao caso concreto, temos de seleccionar a lei que se adequa aquele caso concreto. O silogismo é o método que a lógica-dedutiva se serve para atingir ao conhecimento chegar à uma conclusão:

1. Premissa maior (temos uma lei genérica, i é, a norma geral e abstracta que vale para tudo, É a regra para todos.
2. Premissa menor (ou situação concreta)
3. Conclusão

Aplicação da lei geral para uma situação concreta, tal como numa equação.

O silogismo judiciário – é a forma de aplicação de Direito. Numa sentença aparece uma descrição de factos provados (premissa menor, para fixar matéria de facto). Depois vai buscar as normas, quando infringir com estes factos incorrem nestas sanções. A estatuição é uma clausula geral "sob pena de responder" porque antecipadamente a lei não pode prever que tipos de danos. Num caso de terceiros de boa-fé que só servem de estímulo ao negocio, entretanto este faz uma serie de despesas, porque no fim diz que estava a negociar.

Se fosse matemático não haveria erros judiciários e diferenças de critérios de interpretação entre juizes. Mas o método matemático-lógico e a sua forma de aplicar esse método, são distintos, pois esses métodos lógicos são aplicados por homens, essa conduzia a resultados dispares.

- ❑ Na interpretação de premissa maior (uns juizes são mais ou menos benevolentes).
- ❑ Ou até a selecção da própria premissa maior
- ❑ Não provar os factos (premissa menor não consegue integrar a premissa maior).

Mesmo se ambas tiverem aplicação e pode o juiz divergir na conclusão, porque a vida não é possível de prefigurar, a vida é mais complexa. (1º parágrafo, pág 80, secção 2, devemos ler ate ao

ponto 3. O ponto 3 é só para ler até estes efeitos.

Facto jurídico ≠ RJ ≠ acto jurídico

Importante - Direitos subjectivos

O Direito refere-se a factos. A previsão refere-se a factos, então o Direito refere-se a factos.

Podemos confundir a previsão com a estatuição

1. Premissa maior – é a Norma jurídica →previsão
2. Premissa menor – é o facto→estatuição
3. Conclusão

A conclusão é mais específica que a estatuição da NJ, por ex., vai indemnizar num certo valor.

Nós temos um conceito de factos naturalísticos, é o Direito que vai seleccionar os factos que são relevantes ex, uma trovoadas não tem importância nenhuma, mas se uma pessoa ficar impossibilitada por ela, já passa a ter relevância.

Celebrar um contrato não é um facto naturalístico, mas para o Direito já é facto. Tem para o Direito um significado diferente que tem para o senso comum.

Factos são aqueles que produzem efeitos jurídicos, quando se constituem, modifica-se ou extingui-se uma situação jurídica.

Todos os comandos atribuem direitos e deveres (por ex, dever de realizar de boa-fé) – porque só há Direito quando se fala em 2 pessoas pelo menos.

DIREITOS SUBJECTIVOS

Estes direitos consistem situações de privilégio de uma pessoa sobre a outra, em faculdade de exigir dos outros comportamentos e esse direito que é meu – é o direito subjectivo. (as normas, com previsão e estatuição, tem comandos que concedem privilégios.

Direito subjectivo – é o poder ou faculdade de exigir de outrem um comportamento ex, o direito de um cônjuge exigir um determinado comportamento do outro cônjuge.

Em contraposição ao direito subjectivo, falamos em direito objectivo – as normas do Direito que nos atribuem direitos subjectivos através de comandos.

TIPOS DE NORMAS

Direitos subjectivos em relação ao Estado, na óptica da defesa da parte mais fraca, não podem estar na disponibilidade do Estado impondo regras na criação e extinção desses direitos (direitos subjectivos ≠ direito objectivo).

Em termos de Direito Objectivo – NJ são comandos, só que podem estabelecer um comando, permitindo (preceptivo) ou proibindo (proibitivo).

As normas são imperativas – tem império, impõem-se pela força.

- NJ indicam comportamentos (perceptivas)
- NJ proibem comportamentos (proibitivas)

- NJ de natureza universal
- NJ de natureza local

- Leis mais que perfeitas
- Leis menos que perfeitas
- Menos autónomas

(cortar o ponto 5, pag 95 e 98)

Normas gerais – normas excepcionais e especiais.

Há normas que institui o regime comum (regime-regra) que se aplicam em situações gerais. Mas aceita-se que para razões excepcionais, justifica-se a existência de normas excepcionais ex, estatuto trabalhador-estudante. Elas devem ser interpretados de forma diferente sob pena de cometermos erros de interpretação. Na excepcional consagra-se um regime oposto, de sentido contrário à norma geral ex, no código civil, o contrato de compra e venda é consensual, excepto para bens imóveis exige escritura pública.

O regime especial consagra um regime que se afasta do regime-regra, mas que não é oposto ao regime-regra (≠ excepcionais).

É importante esta distinção. Em regra o regime-regra é o regime válido. Nos não podemos servir-nos do regime excepcional para extrair por analogia à outras situações excepcionais. Não posso aplicar àquela situação excepcional a outras situações, pois foi criada para aquela situação, e não outra.

Na integração de lacunas impede-se o recurso de analogia nas normas excepcionais.

Ou seja o raciocínio que temos : do regime excepcional tiramos a regra geral (a contrario sensu) temos de ter a certeza que se trata de uma norma excepcional. Passar para pag 113

Conceitos indeterminados e clausulas gerais (cortar pag 121, 122, 123)

Em geral, há duas técnicas ao serviço do legislador (direito objectivo):

- Dizer taxativamente na previsão da norma (ou ius tructum) ex, Direito penal
- Deixar de fora situações que queríamos prevenir, há um risco de numa sociedade em mutação haver situações lacunosas. (não há leis perfeitas, não é possível prevenir antecipadamente. E para mais a lei é revogável com muita facilidade devido as rápidas transformações da vida e da tecnologia.

O método das clausulas gerais – grandes princípios que são deixados a quem a aplica a lei, preencher caso a caso.

Tem uma desvantagem: gera insegurança nos cidadãos, as pessoas não sabem se aquele comportamento é punido ou não. Mas tem uma vantagem tem um campo vasto e uma

interporalidade.

Ex, conceito de bom pai de família, conceito de bons costumes, justa causa, prazo razoável, actividade perigosa.

Neste sistema quem aplica o Direito é que vai preencher a hipótese legal. (no sistema anglo-saxónico, preenchimento indutivo do caso concreto, faz uma lei geral a partir do preenchimento dos casos.

O problema só põe nas clausulas gerais indeterminadas i é, no sistema continental só pode aproximar do sistema anglo-saxonico – tem a liberdade de preencher a previsão. Equidade→justiça do caso concreto, a justiça revela-se no caso concreto.

Normalmente as leis que se fundamenta em princípios taxativos, são as leis que emanam de regimes totalitários, porque não querem dar espaço à liberdade, não confiam qualquer tarefa criativa nas pessoas, nem na sociedade civil. Pelo contrário, as sociedades democráticas aceitam que os tribunais sejam um poder criativo e que a sociedade civil ajude os tribunais a fazê-lo. E para evitar a insegurança forma-se a clausula geral e depois sugere-se uma listagem de exemplos (conjugando os dois métodos, indicando caminhos) ex, lei do contrato individual do trabalho “nomeadamente” que é considerado como preenchimento de clausulas indeterminadas.

Um país que acredita na sociedade civil segue o critério dos conceitos indeterminados, é um dos grandes indicadores de civilização.

Teoria legislativa – conceitos indeterminados. O prof é adepto do sistema juridico anglo-saxonico, que não tem mais primor técnico e grau de elaboração do que o continental. As leis que fazem, na maior parte, estão mal feitas, porque não é a sua forma de trabalho rotineira. Ex, lei sapateiro. As sentenças dos tribunais saxónicos são feitas no momento concreto, segundo a justiça do caso concreto (tem em desfavor a insegurança). Não há lei escrita, tem de haver juristas atentos no tribunal. Acresce a circunstância de serem mais exigentes, de que as pessoas sejam de uma craveira intelectual superior à média (distinto do juiz continental que só tem de aplicar uma lei que já existe) Um sistema que recorre a clausula geral aproxima-se do anglo-saxonico, porque dá uma grande maleabilidade a quem vai julgar – definem o ponto de partida e ponto de chegada). Isto significa que vão ser os tribunais a construir a Direito (num plano criativo) ao ponto de considerarmos a Jurisprudência como fonte de direito ex, direito do trabalho. Os advogados recorrem a sentenças para precisar a lei ex, conceito de justa causa de despedimento, porque se apercebe que um conceito geral demasiado amplo enumera alguns exemplos. Tiveram que ser os tribunais que foram explicitando e foi assim que se foi definindo direito. É um sistema aberto e que se adopta a mudanças da vida, dá criatividade ao juiz e dá um cheque em branco, a quem tem de decidir, de acordo com balizas.

Pag 118, cortar 124 até ...

tutela de Direitos

As NJ atribuem direitos subjectivos, e se temos isto e não conseguimos fazer valer o nosso direito ? se um indivíduo não respeitar o nosso direito.

A Norma jurídica é coercível (é uma das características). Então o Estado deve ter mecanismos, de pôr as pessoas formas para fazer valer os seus direitos subjectivos (é a chamada tutela de direitos).

Vamos ver uma panorâmica geral dos meios de tutela dos direitos subjectivos do cidadão ou do Estado, colocados ao seu serviço, através da prevenção ou da reintegração do direito.

É aqui que vamos buscar o sentido mais prosaico do Direito, lembramo-nos dele quando ele tem de actuar num litígio. (em caso de cumprimento não temos consciência do Direito).

O Direito precisa de meios de reintegração ou prevenção exemplos de meios preventivos de direitos

Ex 1 - são quando a força de intervenção policial preventivamente é chamada para prevenir situações de crise

Ex 2 ou as forças armadas que existem para controlar pag 126).

Ex 3 É uma medida cautelar de prevenção de situações de litígio, quando um indivíduo é suspeito de ter praticado um crime, com fortes indícios e uma forte probabilidade de condenação aplica-se a prisão preventiva (é uma medida de segurança).

Ex 4 Ou quando um menor comete um crime (é inimputável) não tem capacidade e vontade de querer. O Estado tem que reeduca-lo.

Para além da pena retributiva pode haver paralelamente situações de medidas de segurança, através de procedimentos administrativos.

Apesar disto as medidas preventivas podem não chegar :

1. Violam normas de natureza pública
2. Violam normas de direito subjectivo

As normas relativas ao ambiente não atribuem direitos subjectivos, mas tem por finalidade assegurar o ambiente, tem sanções se for violado.

Não obstante as preventivas, pode recorrer-se as medidas compulsivas, nestas uma norma atribue o direito subjectivo mas não pode ser exercido porque o devedor (sobre o qual incumbe comportamento negativo, ou seja um dever jurídico (não é necessariamente uma quantia) em contraposição do direito que o credor possui.

Num estado de Direito não se pode recorrer a própria força para a resolução de um litígio.

Há 3 situações em que podemos fazê-lo :

1. Estado de necessidade
2. Legítima defesa
3. dd

Ao invés os meios jurisdicionais são uma entidade independente (que pertence ao Estado), Ou estou munido com um título executivo – um documento que certifica com segurança o reconhecimento desse direito, neste caso sentença, se eu estiver munido deste título não há necessidade de obter a condenação, tenho de provar que tenho esse direito e que outro (devedor) não cumpriu o comportamento que me é devido.

Mas acontece nos nossos dias em que há uma falta de respeito pelas normas e instituições pode desrespeitar-se a sentença, então tenho de recorrer aos órgãos do Estado para executar esse título

executivo.

Essa execução tem que consistir em três coisas: ou o indivíduo tem de fazer um certo comportamento, ou entregar coisa, pagar, ou as 3 juntas.

Funcionam os meios compulsivos do sistema judiciário do seguinte modo:

1. Estamos perante um comportamento fungível – posso exigir à outra pessoa que o faça, mas é indiferente, pode ser cumprido por qualquer pessoa – é uma prestação de facto fungível ex, pintar a casa de amarelo.
2. Estamos perante um comportamento infungível ex, um pintor famoso que eu gosto, mas que se recusa a pintar, após termos combinado nesse sentido. Eu não posso obrigar, mas posso avaliar o que o painel custaria, podemos transforma-lo numa prestação monetária.
3. Ou estamos perante a entrega de uma coisa – se for uma coisa fungível, obtém-se a reintegração faz-se por essa via. Mas se é infungível (porque se perdeu ou porque é impossível busca-la. Ou na 3º hipótese pode apreender bens (penhora) apreensão judicial desses bens e vender esse bens para obter com o produto da venda desse bens meios de pagamento. É por isso que é importante saber da solubilidade.

A restituição é aquilo que nos interessa:

1. Art 561 cc – é primeiro meio previsto na lei – Reconstituição natural ex, se matar uma pessoa que eu dependa, ou tenho um objecto de colecção exclusivo, não tenho grandes hipóteses de reconstruir.
2. Reconstituição por equivalente – o dano é avaliado e ser pago uma quantia. As sanções punitivas – ligada a prática de um crime está sempre uma pena ou uma sanção. Coloca-se no direito civil não tem uma natureza “sancionatória”, não tem por objectivo punir o faltoso, tem uma função compensatória, de colocar o credor numa posição onde estaria se tivesse havido dano (≠ direito penal, um dos objectivos é sancionar, causar sofrimento, é uma forma de sentirmos o mal que fizemos sentir a dor nos outros. Tem uma função punitiva, mas no moderno direito penal tem se conduzido as coisas – não deve ser apenas punido, deve ser entendido na perspectiva de quem aplica o crime, é preciso reintegrar essa função, para além desta função punitiva.
 - 1) Função punitiva – pune a ofensa cometida
 - 2) Pena retributiva – só acha justo uma pena se não infringir uma pena superior a ofensa cometida, é proporcional.
- 3) Pena preventiva
 - i. Prevenção geral – o exemplo de que prevaricou e é punido por isso vai servir de exemplo para outros,
 - ii. Prevenção especial – é reeducar o indivíduo e faze-lo sentir que não pode ter esse hábito, fazer sentir que a vida prisional é contra-natura.

Até 135

Outras formas de reintegrar a ordem jurídica – normas imperativas, o desrespeito dessas normas

gera invalidade dos actos, é também uma forma de tutela do Direito. Outro meio é a ineficácia (retirar os efeitos ou validade de um acto em desrespeito a lei).

Podemos classificar as invalidades dos actos administrativos, na nossa ordem jurídica existem duas formas de invalidade.

1) Invalidade

- a. Nulidade
- b. Anulabilidade

A – Os efeitos são diferentes consoante a sua gravidade. Para determinados actos jurídicos onde estão em causa valores superiores v.g, de ordem pública, bons costumes, a sanção é mais grave, pois estão em causa valores essenciais à harmonia da sociedade, são intangíveis e fora da nossa alçada.

Um acto nulo não pode produzir quaisquer efeitos, não obstante de ter sido praticado, produz efeitos materiais., mas não produz na ordem jurídica. Pode ser invocado :

- A todo momento
- Por qualquer pessoa, que tenha um interesse atendível
- E perante qualquer autoridade

B- Interesses que estão na nossa disponibilidade, para certos interesses, só podem arguir a anulabilidade as pessoas interessadas ou titulares do interesse é que podem invoca-lo ex, compra-venda (posso até convalidar o acto), durante um ano.

O acto produz efeitos jurídicos, só que estão condicionados até uma eventual invocação da anulabilidade.

Tutela privada ou Autotutela

Estamos obrigados a recorrer aos órgãos jurisdicionais, mas por vezes não podemos recorrer em tempo útil as autoridades. São meios excepcionais e por isso mesmo não podem ser submetidos a interpretação analógica. No direito civil não tem grande importância, só interessa para efeitos de indemnização, tem relevância para o penal ex, estado de necessidade desculpante o caso do médico, num serviço de urgência, que não opera um paciente para operar o filho, neste caso de colisão de direitos, podem justificar-se situações ilícitas, actos que seriam ilícitas em situações normais, são tornadas lícitas por serem praticadas em situações de excepção (acção directa, legitima defesa, estado de necessidade)

Princípio da Proporcionalidade – reciprocidade ou proporcionalidade entre a agressão e o meio de defesa dessa agressão. Pode haver excesso de legitima defesa ou estado de necessidade, o meio que usa para se afastar a agressão é de gravidade superior ao da ameaça. Ex, é lícito que eu, um simples civil não saiba distinguir uma arma de plástico de uma verdadeira, mas já seria ilícito a um policia experimentado matar a pessoa, pois ele tem uma preparação e conhecimentos. Temos de ver caso a caso.

Tutela Administrativa

pág 135 ss

Da pag 139 até 144, até ao ponto 2, é para cortar

Dentro do Estado, as formas de tutela que estão colocadas para a defesa dos interesses legítimos. Nós hoje temos a necessidade de criticar o excesso de garantismos das novas leis, porque há muitos direitos previstos na lei que impedem a celeridade na aplicação do Direito. Nós temos a consciência que essas garantias podem ser usadas por pessoas menos escrupulosas. Este excesso de garantismos é um falso problema "vale mais ter um criminoso à solta do que um inocente preso". Nós não podemos que as pessoas menos escrupulosas prejudiquem aqueles que precisam de tutela. Então o Estado tem de ter um mecanismo que faça a diferenciação entre aqueles que merecem a tutela daqueles que merecem apenas num ponto de vista formal, mas não substancial.

Durante a história, os cidadãos não tinham qualquer direito sobre o Estado, o direito subjectivo i é, a posição de supremacia em relação aos outros, tendo o Estado deveres jurídicos em relação aos cidadãos.

O Estado tinha um conceito de soberania, a soberania por mera detenção do poder (por transmissão divina) – despotismo iluminado. Não havia garantias em relação ao lançamento de impostos, nem em relação aos direitos subjectivos. Tinha poderes ilimitados, conduziu a excessos graves à medida que o poder se centrava numa só pessoa.

O Feudalismo tinha impedido a centralização, os senhores tinham o poder de lançar impostos nas suas terras e só tinham o dever de contribuir dinheiro ou em espécie.

A centralização de poder real (e também administrativa) logo após a queda de Bizâncio. Surge as várias nacionalidades. Foram alimentados pelo Racionalismo e Renascença. O Monarca começou a chamar tarefas que eram dos senhores feudais (despotismo iluminado, se considera iluminado pelo conhecimento iluminado). Não reconhecem direitos aos súbditos.

Com a ascensão da Burguesia, nas cidades-estado italiana, melhoria das condições, centralização administrativa caracterizou-se da seguinte forma: corpo de funcionários desempenham uma função de representação do poder da soberania, não existia direitos, e o monarca passou a depender da Administração para recolher impostos para sustentar a sua opulência.

Estes abusos foram contrariados nas Revoluções do final do séc XVIII (americana e a francesa) que derrubaram regimes que não reconheciam direitos aos cidadãos. Com estas, despertou-se a necessidade que os cidadãos tinham direitos subjectivos sobre o Estado e surgiu a necessidade de impor limites ao próprio Estado.

Foram buscar fundamento filosófico-político em Rousseau (Contrato social) e Montesquieau (Espírito das leis).

No Contrato social, Rousseau trata da questão da fundamentação do poder. Para ele há uma "contrato" de direito natural entre o soberano e os cidadãos em que estes atribuem um mandato ao Estado, nos interesses dos cidadãos ou representados– contratualidade tácita ou natural. O que era diferente do que até então se passava: direito pessoal que vem de origem divina, não tenho nenhuma relação com os interesses dos representados.

No Espírito das leis e noutras obras, o autor referia que a única forma de controlar o excesso de poder seria o de evitar que o poder passa para as mãos de um só e a necessidade de distinguir os

três poderes, que se devia autocontrolar-se, eram órgãos autónomos e independentes.

O Estado enquanto pessoa jurídica desempenha várias funções (executivo, legislativo, judicial) É preciso definir como se desenvolvem estas tarefas. O que é uma actividade política ? define as orientações do Estado, os critérios pelos quais o Estado intervém.

A tarefa administrativa visa a satisfação das necessidades colectivas (que são idênticas em todos os cidadãos (as nossas necessidades individuais são iguais aos de todos os indivíduos, e estas todas formam a necessidade colectiva. Essa é a grande tarefa da Administração pública.

Quando o Estado satisfaz essas necessidades colectivas faz de uma forma activa, desenvolve as tarefas (com nuances mais ou menos interventivas). E quando ele desenvolve essas tarefas assume uma posição que não é imparcial porque estamos na defesa de um interesse. A actividade administrativa como actividade dinâmica ou activa não é imparcial, por vezes fere as necessidades de cada um dos cidadãos. Ex, Expropriação, na defesa desse interesse vai tentar despender o menos possível, de forma a evitar um maior dispêndio de recursos escassos e um forma célere, passando por cima dos direitos dos cidadãos. Tanto mais que é necessário que deve haver alguém imparcial sem estar adstrito ao poder político, da satisfação das necessidades colectivas, julgando o próprio Estado, quando actua e faz perigar os direitos individuais – são os órgãos judiciais que podem ter essa imparcialidade.

Os juizes são irresponsáveis e inamovíveis – devem ser livres de tomar a sua decisão sem correrem o risco de serem responsabilizados pelas suas sentenças. Ele só deve ser responsabilizado se se afasta dessa imparcialidade (por má-fé ou dolo). Mas quando actua de boa-fé, mesmo que erre, deve estar assegurado (também que o seu posto não está em risco e dependente das suas decisões). A própria hierarquia não deve estar dependente do poder político

Pag 135

Qual é a primeira garantia dos cidadãos face a administração ? Administração pública só pode actuar quando a lei a permitir, com certeza, portanto, que Administração publica actua quando tem uma lei a permiti-lo. Trata-se de um sistema. O Estado tem que actuar sempre nos limites da lei (Principio da legalidade) dá esta garantia. (aliena a da pag 135). Então presume-se legais e como tal podem ser imediatamente executadas – Principio da execução prévia, ou seja a possibilidade que o Estado tem de executar pela força as suas decisões (porque também actuam no nosso interesse, mesmo que seja contra a nossa vontade “impõe pela resistência” é definido anteriormente a tomada de decisão. Este sistema é uma garantia que nos temos : Principio de legalidade, presunção de legalidade, principio da execução prévia.

Na aliena b, a administração publica é feita por pessoas que erram (por negligencia) e erram dolosamente, porque querem errar.

- a) possibilidade de ter direitos subjectivos
- b) possibilidade de poder demostrar que as coisas, de impugnar as decisões que nos são desfavoráveis através dos tribunais : que não é legal e ilidir a presunção de legalidade. Os Tribunais não tem que avaliar a questão pelo seu mérito, mas se é legal ou ilegal, porque é uma opção política sob pena de violação do principio da separação política. A actividade judicial é passiva, porque não acrescenta nada as decisões. (136/137).

Pag 145 – 148 Processo de suspensão da execução do acto administrativo – os juizes

administrativos acham que o interesse publico se sobrepõe ao privado. A executoriedade dos actos adm, eles são executáveis independentemente de qualquer contencioso e então os efeitos práticos acabam por se dar e só nos resta a indemnização ex, expropriação já foi feita.

Estatuto dos magistrados judiciais e administrativos – suspeições por ex, não podem ter relações de parentesco ou ter relação com caso, tem que ser imparcial.

A Organização judiciária (não sai)

A estrutura está muito alterada. A lei orgânica foi modificada recentemente para se adaptar melhor aos novos tempos. Está assente em dois patamares:

1) Tribunais judiciais

- a) Tribunais comuns (são julgados todos os casos que não cabem na competência especializada.
- b) Tribunais de competência especializada (especializada em determinados conteúdos) ex, tribunal de família e menores, de execuções, de comércio
Existe uma hierarquia de tribunais (1ª instância, 2ª instância, Supremo tribunal de Justiça). O critério é o valor da causa (alçada). Todas as causas tem de ter valor económico. Por ex, com 3 milhões de escudo e 1 são susceptíveis de recurso do STJ

2) Tribunais Administrativos e fiscais

- a) Tribunais administrativos de circulo
- b) Tribunal Central Administrativo (que tem 2 secções : um de contencioso tributário e outro de contencioso administrativo.
- c) Supremo tribunal administrativo (que tem 3 secções : tributário, administrativo, pleno.

O critério de escolha já não são a alçada, mas das decisões consoante que a lei define sobre as competências.

Fontes de Direito

(pag 135 até 165)

Temos um conjunto de normas jurídicas que integram o Direito (direito objectivo ou complexo de normas) atribuem estados de supremacia de uns sobre os outros (direitos subjectivos). Vimos as características das NJ. Temos que averiguar como se fazem as NJ, já sabemos que elas existem, ou seja as fontes de Direito.

A Lei é uma espécie do género da NJ. É a mais usual, mas é a mais recente, porque existem órgãos específicos para as criar, neste caso AR (leis em sentido material, em sentido amplo, uma lei da AR como um regulamento municipal). A lei tem o monopólio na criação do direito, porque o Estado hoje é soberano estende os seus tentáculos em todo território.

Outra forma é o poder de direcção da entidade patronal e o dever de obediência correspondente. No nosso tratamento diário estabelecemos regras e praticas sociais entre nós, mas por vezes estabelecemos praticas sociais que não são obrigatórias (ex, beijar a mão a alguém) e outras que a que sentimos obrigados.

Outra forma mais natural é através da praticas e hábitos. Mas estas por si não chegam, é preciso que as pessoas convictamente assumam essa prática como obrigatória – o costume:

O Costume divide-se em *corpus* (prática social) é o elemento externo e *animus* (convicção de obrigatoriedade dessa prática é o elemento interno ou psicológico, interiorização da conduta (“eu tenho de fazer isto”). É a fonte mais ligada ao Direito porque é mais natural. O costume tem de ter sempre estes dois elementos.

Então temos duas possibilidades:

1ª possibilidade – a lei pode pegar no costume e assumi-lo como lei.

2ª possibilidade – muitas das leis são originariamente provindas de costumes ex, obrigação de sustento dos filhos, em relação a data em que deixa ser vigente o poder paternal.

Mas para todos os manuais de direito, o costume é a fonte mais importante (fonte não voluntária e fonte material do Direito)

Artº 1 CC – fontes imediatas e mediatas. O CC omite o costume como fonte de direito. Perante os legisladores a fonte mais importante é a lei. A lei não pode ser a fonte das fontes que define o que é fonte. Não podemos aceitar como valido é paradoxal, a lei é apenas uma fonte de direito, sob pena de aceitarmos como lei aquilo que o Estado define como lei (despotismo de Estado) sob pena de cairmos no positivismo. (aliena a e b pag 156 – pag 157 “...nisto” 2º parágrafo)

Há uma antinomia entre o que a Doutrina pensa e o que expressa a lei. Isto é difícil resolução ex, Barrancos.

Fontes imediatas de Direito (é a lei) distintas das fontes mediatas de Direito (costume) mas isto é definido pela própria lei, é de rejeitar este positivismo legalista. Há valores culturais que regulam o Direito, acima da lei e que esta tem de obedecer.

As fontes mediatas também são fonte de Direito. Além do Costume, princípios fundamentais de Direito (pag 164), Doutrina, Jurisprudência, são formas de revelação do Direito, em especial quando estabelece conceitos indeterminados que a jurisprudência preenche.

Mas temos que dar destaque que é a fonte maior. Artº 5º válidos e eficazes – só podem ser eficazes se forma conhecidos do seu destinatário, faz publicação no Jornal oficial, produz efeitos a partir dessa data, Art 5º/2 vacatio legis longa para as leis complexas por ex CPA para as pessoas se adaptarem melhor a lei.

Aula 14

DA 27.11.03

Frequência de 13 de Fevereiro

Hierarquia das Leis

Há leis em sentido material (v.g. posturas e regulamentos camarários) que não obedecem as regras da publicação de Jornal oficial (lei em sentido formal), pode ser feita por edital.

Art 6º CC (...) Não é lícito invocar desconhecimento após a publicação, presume-se que todos saibam a lei (presunção não ilidível ou absoluta).

Critica: mas é a hiperinflação legislativa, por vezes, impede que se possa pedir as pessoas desconheçam a lei, pois o legislador é muito prolixo.

Por uma questão de segurança o legislador diz quando a lei entra em vigor, mas por vezes não diz, então o prazos estabelecidos legais (Lei 3/76). No continente são 5 dias após a publicação e se não disser nada.

A publicação à entrada de vigor é o período que medeia a publicação da lei e a entrada em vigor da Lei é o período da vacatura (vacatio legis).

Art 5º CC – como a Lei deixa de estar em vigor. Há curtas e longas:

1. Pode ser ela própria a determinar a data de vigência final – através da caducidade termina no termo certo. Ex, 23 dezembro até ao dia 26 de Dezembro, os motoristas de pesados não podem circular termina (caduca) no dia 26 de dezembro.
2. É a forma mais frequente é nós termos um lei que vê a sua regulamentação alterada por uma nova lei, isto é a Revogação. E esta pode ser:
 - a. Revogação expressa – a lei nova expressamente a disser que a vigência da lei anterior é revogada.

- b. Revogação tácita – não diz nada e aplica-se a regulamentação sobre a mesma matéria, o que vale é esta lei nova.

Isto permite-nos encontrar um critério para a resolução de conflitos de normas. Desde logo, a lei mais recente revoga a lei mais antiga art ° 7 CC (é o critério da posterioridade) pag 170 (...). “...vigência temporária...” ou caducidade.

Mas há uma exceção a este critério de posterioridade. Critério que consegue um regime oposto a este. A lei geral não revoga a Lei especial (é o chamado principio da Especialidade, art ° 7/3 CC) ex, o Arrendamento urbano é um regime especial face ao rural. Imagine-se que uma lei posterior, mas que fala sobre o arrendamento em geral. Se o legislador nada disser não revoga a lei antiga neste caso porque é uma lei especial.

E isto torna-se complicado nas revogações tácitas. Mas isto na prática isto não ocorre porque o legislador é cuidadoso. O problema coloca-se nas leis antigas.

Art 7/4 -a revogação... – no direito português não vigora a repristinação, mesmo se continuar a existir um vazio legislativo (a revogação da lei revogatória não implica a revogação) mas pode ocorrer se o legislador dizer expressamente por ex , as alterações do Código do processo penal, ocorreu uma repristinação.

A Lei pode cessar a sua vigência de duas formas:

1. Caducidade - chegou ao tempo em que deixou de vigorar.
2. Revogação (expressa/parcial; parcial(derrogação) ou total(ab-rogação).

Evita os conflitos de normas – mas há mais critérios que impede o conflito de normas. A Soberania do Estado unitário, temos 2 regiões autónomas- Temos autonomia financeira/administrativa → descentralização (autarquias locais).

Há leis (nacionais) vigoram sobre leis (locais). Tem reflexo nas leis. O interesse publico vigora sobre o interesse privado (hierarquia das leis). O IP do Estado vigora sobre os IP locais. Justifica-se que as leis estaduais prevaleçam sobre as normas que emanem sobre os locais sobre os locais, isto evita o conflito de normas por implicar uma hierarquia.

Pode existir conflitos entre DL e Lei :

1. Se for de matéria de competência absoluta – inconstitucionalidade orgânica
2. Se for de matéria de competência delegada – Lei de autorização legislativa ex, o regime de arrendamento, se sair deste âmbito, é inconstitucional.
3. De igual valor formal – por ex, DL e Lei sobre matéria que ambos tem competência ex, vigora o critério temporal entre Lei e DL.

Mas pode acontecer, se a lei de uma maioria for revogada por um DI de uma nova matéria.

Nestas matérias, o aspecto tem muita importância. A lei tem de ter um “esbatimento” e por isso que tem designações que são facilmente identificáveis:

- Leis da ER
- Decretos-leis (Governo)
- Decretos regulamentares (são mais específicos) – são as leis em sentido

material

- Decreto simples

Por uma questão de hierarquia estes 2 últimos – tem de respeitar o DL e a Lei, porque é menos geral e abstracto, procura regular uma matéria que já foi abordado. Tem de ser de acordo com a lei (“secundum legis”) se não o fizer, são ilegais.

O Governo tb emite Portarias (são leis em sentido material) mas por vezes são actos administrativos, temos de atender ao conteúdo, se for individual ou concreto serão um acto administrativo.

Também os órgãos municipais tem o poder de criar normas jurídicas;

1. Regulamentos – que tem de respeitar os limites impostos nos DL e na Lei.
2. Posturas municipais – que são normas em sentido técnico ou NJ.

Concluindo: em caso de igualdade, vigora o critério temporal (posterioridade), em casos excepcionais temos o critério da hierarquia e da especialidade.

Interpretação e Integração de Lacunas

Interpretação

Descodificar a mensagem do emissor e vice-versa (isto é, a comunicação humana, inerente a natureza humana.

Interpretar, geralmente, é retirar um sentido a uma coisa que já existe. É uma atitude diária e quotidiana.

Interpretar uma lei é o mesmo, é retirar um sentido. Só que esta é uma actividade não-criativa, não estamos a criar uma mensagem nova, estamos a interpretar uma lei pré-existente.

Assumir como válidas as interpretações das outras pessoas, ao invés temos que atender aos factos. É uma actividade meramente declarativa.

Só acontece muitas vezes algo diverso, no decurso desta actividade declarativa, apercebemos que há uma falha ou lacuna.

O nosso problema baseia-se no primado da Lei (a lei é ela própria a reconhecer o seu primado como fonte) a lei prevalece , então o sistema é um todo complexo, não deve ter falhas. Apercebemos que há falhas na regulamentação para aquela situação, cuja previsão abranja os factos perante mim, como se resolve isto ?

Em bom rigor, o julgador não devia decidir porque não há lei, só que isto não é possível no art 8 CC (ler artigo, importante).

Processo lógico-dedutivo (sistema judiciário). Não há premissa menor. Descobrir uma lacuna ainda é um processo declarativo, declarar que falta uma lacuna, mas preencher uma lacuna já é uma actividade diferente. Já não é possível fazer esta actividade intelectual é preciso preencher

ou criar algo de novo, isto é formas de integração de lacunas, já é uma actividade criadora ou constitutiva ≠ actividade declarativa da interpretação.

Temos de distinguir a interpretação da lei da integração de lacunas. A integração só ocorre depois da interpretação da lei. Só que a integração não precisa da actividade interpretativa.

O problema da interpretação é um problema humano e não apenas jurídico. Betti, jurista italiano, procurou criar uma nova teoria geral da interpretação, que tinha conceitos válidos que valeriam para toda a actividade humana e não para todos os aspectos jurídicos. Claro Betti falhou.

Nós só podemos falar em lacunas no sistema continental, ao invés no sistema anglo-saxónico não existem lacunas. As questões que merecem tutela jurídica, essas tem de estar previstas na lei, então podemos ter lacunas. Mas se as pessoas ao invés recorrer aos tribunais para julgar esse caso (e adoptando ao caso precedente) – a regra do precedente, as decisões judiciais tem mais valor, a actividade dos juizes é mais criativa.

Porque existe lacunas? Porque comete erros, é muito difícil antecipar comportamentos humanos por ex, a privacidade do correio electrónico, era um problema que não existia a anos atrás.

Surge aos momentos de resolução do conflito no tribunal, então o legislador apercebe-se que errou e falta algo. Há tb outros factores: por vezes faz intencionalmente, deseja que a lacuna exista para que o tribunal seja resolvido no acordo com o critério de integração. Esses factores são: 1) dificuldade de vida; 2) deficiência legislativa 3) intenção do legislador deixar a questão em aberto.

Nós temos uma situação obscura, então um bom legislador devia estabelecer ele próprio a interpretação que se deve dar a norma (interpretação autentica) ou seja, é o próprio legislador que cria uma lei que interpreta uma lei antiga.

Art 13 CC – existem 2 tipos de leis: 1) leis novas, faz algo de novo 2) leis interpretativas que não trazem algo de novo, esclarecimento de uma lei anterior.

Diferente é a Interpretação doutrinal – é feita por alguém que têm de aplica-la com critérios científicos, mas que não tem autoridade de legislador, que todos nós podemos fazer ex, interpretação que um órgão faz da lei, faz doutrina ou tese sobre a questão, mas não passa de uma questão entre várias possíveis.

Métodos de interpretação

(ou formas de interpretação da lei, para chegarmos ao resultado).

Um método é uma forma de resolver um problema, uma forma racional de resolver um problema, cada um com o seu método). Há métodos diferentes que são originados de uma escola.

Há quatro métodos:

1. Subjectivistas
2. Objectivistas
3. Historicistas

4. Actualistas

- 1) Subjectivistas – saber o que o legislador quis dizer (subjectivista) isto é, vão procurar da vontade do legislador (mens legislatoris) – vontade ou intenção do legislador. Estes problemas só se começam a colocar no sec XIX e com formação e consolidação do Estado modernos após a revolução. Foi o 1º método, a pergunta – o que temos de fazer face a uma lei ? eles responderam é a vontade do legislador. Só que isto era admissível quando conhecíamos o legislador e havia uma constância na governação. Deixa de ser possível quando existe uma assembleia e se calhar não interessa saber a vontade do legislador.
- 2) Objectivistas – o que interessa é que existe a lei, os criadores desaparecem depois da criação da lei. Na essência o que interessa aquilo que comporta – o que interessa é a existência da lei, tal como ela está e devemos presumir que o legislador é sensato e razoável. Foi uma superação do subjectivismo, mas tem vantagens é a segurança jurídica. Ao invés o objectivistas é a incerteza jurídica, mas tem uma vantagem: a lei pode ser maleável, tem um campo de abrangência mais vasto que o subjectivistas. E tb nos dias de hoje é difícil determinar qual é a vontade do legislador.

Art 9/3 CC – o CC não assume uma posição, nem tinha que assumir, mas assumiu uma posição objectivista (sentido e alcance da lei e não a vontade do legislador) consagrou as decisões mais acertadas. Prevaleceu a corrente objectivista.

Paralelamente existiam 2 correntes que se opuseram, independentemente da vontade do legislador:

- 3) Historicista – os conceitos que a lei tem, o que valem nesse momento por ex, temos de saber o conceito de casamento em 1966, data do CC. É a prevalência ou valor histórico
- 4) Actualista – o que interessa é que temos de interpretar o conceitos quando é que está a ser aplicada, de acordo com os padrões do momento actual ex, telegrama

Temos de ter uma perspectiva actualista e esta se quisermos ser coerentes, a historicista não nos interessa, a lei não evoluiria tornando os conceitos imutáveis ex, o conceito de Boa-fé no CC informações concretas sobre o negocio, antes era mais exigente, mas as coisas evoluem se tivermos uma perspectiva actualista.

Temos que adoptar o método correcto é a combinação dos dois métodos : a perspectiva objectivista e a actualista. Art 9/1 (...) as condições de tempo em que é aplicado. Então adoptou a perspectiva actualista. Há 4 razões para se adoptar este método combinado: 1) porque há uma validade universal da lei maior (no tempo e no espaço). 2) Conduz-nos a uma maior maleabilidade de decisão (mais adaptação à situações novas). 3) 4) permite evitar conflitos de ordenação social.

Aula 15
28.11.03

Elementos de Interpretação

Uma coisa é o método ou forma para atingir certo resultado. Outros são os elementos que vamos usar, de acordo com esse método para atingir esses resultados.

Elementos ou factores hermenêuticos – A Hermenêutica é a ciência que explica o fenómeno de interpretação, de retirar o sentido das coisas, São equivalentes a interpretação e a Hermenêutica. Claro que estamos a falar de uma ciência não-experimental, são elementos intelectuais ou

racionais e não corpóreos.

O art 9/1 conjugado com o nº2 – aponta-nos quais são os elementos que podemos lançar mão para interpretar normas jurídicas.

Podemos distinguir a letra da lei e o pensamento da lei (ou legislativo). No nosso sistema jurídico, as leis tem de ser escritas.

Logo a partida o 1º elemento ou factor hermenêutico é o texto da lei (aquilo que chamamos o elemento gramatical) que é o 1º elemento de interpretação.

Contudo o texto mais não é do que o dito elemento que nos conduz ao objectivo final, que é descodificar o texto, a perceber a mensagem nele incluída, retirando do texto as ideias e não o texto em si. E do texto que partimos para chegarmos ao pensamento legislativo (ou elemento lógico ou racional ou espírito da lei).

O Texto funciona como limite do elemento racional, e funciona de duas formas:

- Tendo uma função negativa- que consiste em afastar toda e qualquer interpretação no texto que não encontre o mínimo de correspondência no texto. Afasta as interpretações que não encontre essa correspondência.
- Tem uma função positiva – diz-nos qual é o sentido do texto, quando só tem um sentido, é esse que vale, não vale estar a procura de grandes interpretações ou razões.

9/2 não pode ser considerado sem mínimo de correspondência, sendo que o nº 1, devemos constituir o pensamento legislativo a partir do texto.

Os dois elementos trabalham em simultâneo. Só que num processo de interpretação, cronologicamente, aparece o texto e depois o espírito. Sendo que o espírito é o elemento mais importante, é comum dividi-lo em sub-categorias: 9/1 (...) tendo sobretudo em conta na unidade de sistema jurídico, , condições específicas.

O pensamento legislativo decompõe-se em 3 sub-elementos:

- a. Elemento Teleológico – A teleologia é a ciência que estuda os fins (ciência finalística), procuramos a partir dos textos as finalidades que visa atingir. As mais das vezes, entendemos (artigo da boa-fé) preocupar que as pessoas negociem de forma aberta. O elemento teleológico confunde-se com o racional.
- b. Elemento sistemático – O Direito é um sistema: tem uma racionalidade própria, tem objectivos e tem mecanismos para atingi-los. Nós compreendemos mais facilmente uma norma se sabermos em qual é o sistema em que se insere ex, se sabermos que o sistema protege a pessoa humana, deve haver então uma norma que proteja o trabalhador na doença, concedendo-lhe falta justificada, se assim não fosse seria incoerente com o sistema. “unidade do sistema jurídico” ou Princípios gerais e universais do Direito – o Direito tem uma unidade e coerência lógica, quando interpretamos um NJ temos de ter em conta a unidade. Permitti-nos, primeiro, contextualizar a lei (essa lei conjugada com outras leis que versam sobre a mesma matéria, segundo, o recurso a lugares paralelos e pode aplicar-se a uma certa situação, um principio que se aplica à uma situação semelhante ex, se o trabalhador tem direito a faltar por necessitar de assistência médica então tb tem direito se necessitar auxiliar em termos médicos, desde que não haja outra pessoa, podemos recorrer a Analogia, comparar situações, aplicar os princípios análogos de uma outra situação,

integrar lacunas através de Analogia – tem de haver coerência e coincidência de soluções, pode haver soluções opostas, mas desde que haja razão ponderosa.

- c. Elemento histórico – as circunstâncias em que a lei foi elaborada e condições específicas da lei. Independentemente de aderimos a um método, ninguém podemos recorrer as razões para que a lei foi feita para perceber como ela foi elaborada por ex, o momento histórico do PREC não era coerente as nacionalizações, autogestão, espoliações, só se percebe se se enquadrarmos no seu momento histórico. É de facto importante perceber o momento histórico em que ele foi criado, há determinados leis que antes de ser criadas, são sujeitas a comissões técnicas de elaboração (tem actas, trabalhos preparatórios para perceber as suas finalidades).

2 grandes elementos:

1. Gramatical
2. Racional
 - i. Elemento teleológico
 - ii. Elemento sistemático
 - iii. Elemento histórico

Resultados de interpretação

Conclusões

Já temos uma interpretação possível. Temos que averiguar a que este processo interpretativo conduziu.

Regra geral tudo corre bem, quando a um determinada expressão tem um significado. O problema é quando tem mais que um significado. Entre o elemento racional e o elemento gramatical não há uma igualdade.

Normalmente acontece é a igualdade entre os dois elementos (é a situação comum) rapidamente conseguimos entender a expressão – interpretação declarativa, quando há uma perfeita identidade entre o elemento racional e elemento gramatical. A expressão é unívoca.

Acontece (e aqui surge o problema) que os dois elementos não tem identidade, por ex, há situações em que o legislador disse menos do que aquilo que queria disser, por erro de feitura da lei ex, impunha uma norma que quem partisse uma cadeira teria de pagar, mas se partisse uma mesa, teria de pagar na mesma, porque se trata de um objecto que pertence a sala de aula, tem de se pagar por ela e no fundo era aquilo que pretendia.

Então para compatibilizar esses dois elementos, temos de fazer uma interpretação extensiva, abrangem o elemento gramatical até atingir todo o elemento racional, é o interprete que o faz.

Pode acontecer que o elemento gramatical ser mais que o elemento racional – pode acontecer que o elemento gramatical diga muito mais que o espirito da lei aceite ex, imagine que existe a norma juridica que obriga as pessoas a não estragar os objectos, mas se estragar porque estava doente, neste caso não tem de pagar, temos de fazer uma interpretação restritiva, restringir o texto e não aceita que caibam lá coisa que aparentemente pertençam.

Mas pode acontecer mais outro situação : é quando o elemento gramatical e o elemento racional não tem qualquer tipo de identidade porque a lei é de todo incongruente, neste caso uma

interpretação revogatória ex, todo o aluno que destruir um objecto da sala merece um louvor, incentivando as pessoas a partir os objectos. Então temos que fazer uma interpretação dizendo que a lei não serve, não pode ser aplicada, não quer dizer que eu a revogue. Não faz sentido no seu conjunto. É raro acontecer, o que acontece é a concorrência entre as normas.

Tb pode acontecer – interpretação enunciativa – retiramos da norma elementos que não está contido só apenas virtualmente (argumento a maiori ad minus).

Integração de lacunas

Falha de sistema. Na interpretação retiramos o sentido do texto, com maior ou menor esforço conseguimos-lo. Pelo contrário, na integração, se não tiver lá nada, não se pode tirar nada de lá. A actividade de integração de lacunas já é uma actividade criativa, pois criamos algo de novo, preenchemos um espaço em branco. O sistema jurídico visa atingir objectivos, não é estático, precisa de constantemente de arranjar espaços e tb perde espaços. Espaços que passaram a ser jurídicos, fruto da intervenção humana.

È um sistema não deve ter falhas na regulamentação. Tem um plano e quando existe uma falha nesse plano, nós temos uma lacuna. Quando detectamos essa falha, nós tínhamos uma alternativa simples, não julgar o caso. Mas a lei impõe a obrigação de julgar, por força do art 8 CC (...). tem de julgar sempre os litígios que lhe surgem. Tem de haver mecanismos para preencher essas falhas. Claro o melhor seria o legislador legislar, mas o tempo que medeia do litígio à criação de uma nova lei demora tempo.

Nós podemos dividir o mundo do Direito em três patamares:

1º nível – normas jurídicas

2º nível – Espirito (que resulta dessas normas jurídicas) ou teleologia do sistema.

3º nível – princípios fundamentais de Direito (informadores do sistema jurídico)

Podemos ter lacunas em qualquer desses 3 níveis, só vamos ver as lacunas no 1º nível. Não é difícil descobrir lacunas no 3º nível.

Todas as NJ tem uma previsão e uma estatuição, As lacunas podem ser lacunas de previsão ou lacunas de estatuição, eu posso chegar a conclusão que não haja uma NJ que preveja a matéria de facto.

As lacunas de previsão são mais frequentes. As lacunas de estatuição i é, remissões para leis que já não existem.

Art 10 CC (...) – se dentro do sistema social existe uma situação semelhante, vamos aplicar a mesma regulamentação desse caso – art 10/2 “há sempre analogia...”

Tem de haver semelhanças de situações ou identidade entre caso lacunoso (caso omissio) e caso previsto na lei (caso regulamentado) . O critério é o dos valores semelhantes Queremos preservar o bem-estar entre os colegas.

Se não haver caso análogo – neste caso a lei “na falta de caso análogo” norma que próprio

interprete criaria se tivesse legislar no sistema. A isto chamamos normas ad hoc (especificamente , para aquela situação (10/3). Sendo um caso único, mas não é uma decisão individual, temos de ter em conta que elabora uma norma de sistema. Não pode fazer a justiça de caso concreto, no caso da lacuna, não temos uma premissa maior, tem de criar uma norma geral e abstracta, como se fosse um legislador, dentro do sistema, para aplicar como julgador ao seu caso concreto. Não temos a premissa maior, vai ter de encontrar uma NJ para aplicar no caso concreto. A criação da norma ad hoc só é válida para aquele caso. Saí do caso concreto, abstrai-se desse caso e depois só é cumprido naquele caso prático (cortamos a pag 197 até 202)