

## 19ª. AULA. Teorias sobre o sistema jurídico (Parte II)

**TEXTO:** SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012, ps. 259 a 266.

### CASO PRÁTICO: O CASO DO ELEVADOR

O elevador de um condomínio de escritórios desaba de uma altura de 18 metros, em pleno horário de trabalho, em função da ruptura de um cabo de segurança. Quatro pessoas ficam presas num elevador, um físico (Andrei), um jovem ajudante de serviços (José), uma assistente técnica (Daniele) e um advogado (Renildo). São avisados de que o socorro virá em 6 horas. Não somente a porta travou, mas também, o elevador se desnivelou, ficando emparedado num subnível da garagem do edifício. Com a pane do sistema elétrico, o ventilador se desligou, a luz apagou e as comunicações com o exterior se dão por ruídos e pancadas, considerando-se o nível mais próximo de abertura para a garagem do subsolo. As baterias dos celulares ajudam a iluminar por algum tempo o interno do elevador, enquanto as atividades de conserto e reparos têm início.

Sem sistema de ventilação em funcionamento, após três horas dentro da cápsula, com a sensação de sufocação, o físico elabora um cálculo de duração do ar, e conclui que, no prazo de 6 horas, só daria para três pessoas com capacidade pulmonar normal, ou os quatro morreriam. Sem o assentimento do advogado, que prefere morrer a decidir, mas com a posição mais tímida dos demais, que se encontram atordoados e enfraquecidos, o físico coloca em discussão sua proposta de que um fosse sacrificado. Mas quem? Como? Enfim, não havendo consenso sobre critérios, o físico afirma: "Se continuarmos a discutir, o ar vai reduzir ainda mais, temos que votar!". Todos se recusam a votar, então o físico, sem a autorização dos demais, assume a responsabilidade e diz, no meio da escuridão: "Eu farei o que vocês não têm hombridade para fazer, e morrerá o auxiliar de serviços".

Apesar de liberados com 5 horas e 10 minutos de trabalhos de resgate, não se tendo alcançado o tempo de 6 horas, comprovou-se posteriormente um cálculo de duração do ar de 7 horas na cápsula, pois havia uma fresta quase invisível na fuselagem do elevador, o que invalidaria o cálculo do físico.

O ritual de justiça prevê o julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo em vista tratar-se de homicídio doloso, o que veio a ocorrer efetivamente, apenas 8 meses após o ocorrido.

Após as apresentações das provas e oportunidades de acusação e defesa, são formulados os quesitos abaixo serão votados pelos jurados do Tribunal do Júri:

1. No dia 05 de setembro de 2007, no fosso do edifício do condomínio de escritórios, o físico Andrei agiu em estado de necessidade, próprio e de terceiros?
2. A ação de Andrei foi a causa suficiente da morte por asfixia de José?
3. Daniele e Renildo podem ser considerados co-autores do homicídio doloso, por omissão?

1. Atue como Promotor(a) de Justiça;
2. Atue como Advogado(a) de Defesa do Físico Andrei;
3. Atue como Advogado(a) de Defesa de Daniele e Renildo;
4. Elabore a sentença judicial, com base na decisão do Júri Popular.

enquanto só for considerado válido o que for aceite por essa regra, o sistema permanece inalterado, pese embora a criação e a extinção quotidiana de regras que nele ocorre. Isto significa que o sistema só se altera quando for considerado válido o que não puder ser tido como válido segundo a regra de selecção, como sucede quando se verifica uma ruptura revolucionária e passam a ser consideradas válidas regras que não são válidas segundo a regra de selecção até aí vigente. Neste caso, é a própria regra de selecção que deixa de vigorar e é substituída por outra regra.

### 3.3. Explicitação da regra

Após concluir que todo o sistema normativo requer uma regra de selecção que determina o que nele é válido e inválido, suscita-se a questão de saber se essa regra se encontra positivada no sistema jurídico português. Não parece que aquela regra tenha uma consagração expressa neste ordenamento, embora nele existam aforamentos dessa mesma regra.

Um destes aforamentos é a regra que está contida no art. 203.º CRP, segundo a qual os tribunais apenas estão sujeitos à lei. Numa primeira leitura, esta regra parece ser redundante: se o direito é vinculativo para todos os seus destinatários, então os tribunais estão obrigados a aplicar o direito. No entanto, numa segunda leitura, aquela regra revela algo mais: para além do que nela se estabelece de forma expressa, a regra também exclui, de forma implícita, que as regras de outras ordens normativas possam servir de fundamento às decisões judiciais. Assim, a regra constante do art. 203.º CRP pressupõe que há uma regra de selecção que determina o que vale como direito no sistema jurídico português.

### 3.4. Limites da autonomia

Os sistemas jurídicos podem relacionar-se numa base de autonomia. Nesta hipótese, nenhuma regra de um dos sistemas depende, em termos de validade, das regras do outro sistema. Porém, entre os sistemas jurídicos também se pode verificar uma relação de subordinação. Nesta situação, um sistema encontra-se subordinado a um outro sistema, o que implica duas

lógico y Derecho, 197 e 199, concluído que "os sistemas jurídicos têm uma existência muito mais efémera que as normas"; sobre o problema, cf. também RAZ, *The Concept of a Legal System/An Introduction to the Theory of Legal System* 2 (Oxford 1980); 187 ss., distinguindo entre os "momentary" e os "non-momentary legal systems".

consequências: as fontes que são válidas no sistema subordinante também são válidas no sistema subordinado (por exemplo, a lei L<sub>1</sub> do sistema S<sub>1</sub> é igualmente válida no sistema S<sub>2</sub>); as fontes produzidas no sistema subordinado só são válidas se forem aceites pelo sistema subordinante (por exemplo, a lei L<sub>2</sub> do sistema S<sub>2</sub> só é válida se for conforme ao sistema S<sub>1</sub>).

O sistema jurídico português aceita a prevalência das disposições do direito europeu originário e das normas do direito europeu derivado (cf. art. 8.º, n.º 4, CRP). Neste sentido e neste âmbito, o sistema jurídico português — como, aliás, muitos outros — não é autónomo.

## IV. Funcionamento do sistema

### 1. Generalidades

O funcionamento do sistema jurídico pode ser visto através de vários aspectos, podendo considerar-se, designadamente, a construção, a consistência e a abertura do sistema.

### 2. Construção do sistema

Os sistemas sociais são sistemas autopoiéticos (do grego *auto* (próprio) e *poiesis* (produção, construção)), no sentido de que se constroem a si próprios e são, por isso, auto-referenciais<sup>43</sup>. O sistema jurídico também é um sistema autopoiético, pois que ele produz-se, mantém-se e reproduz-se a si próprio<sup>44</sup>. O que é direito só pode ser determinado em referência ao próprio direito<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> LUHMANN, *Soziale Systeme*, 25 e 60 ss.; LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts* (Frankfurt am Main 1986), II s.; LUHMANN, *Autopoiesis als soziologischer Begriff*, in LUHMANN, *Aufsätze und Reden* (Stuttgart 2001), 137 ss.; LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 38 ss. e 552 ss.; LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie* (Heidelberg 2002), 109 ss.; cf. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie/Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung* (Berlin 1992), 107 ss.

<sup>44</sup> Cf., em especial, TEUBNER, *O direito como sistema autopoiético* (trad. port., Lisboa 1993), 53 ss.; cf. também LUHMANN, *Die Einheit des Rechtssystems*, RTh 14 (1983), 131 ss.; LUHMANN, *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, RTh 19 (1988), 22 ss.; cf. ainda LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, 155 ss.; PINTO BRONZE, *A Metodologia entre a Semelhança e a Diferença*, 272 ss.

<sup>45</sup> Cf. LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik/Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft II* (Frankfurt am Main 1981), 99; cf. também LUHMANN, *Die Geltung des Rechts*, RTh 22 (1991), 277 ss.

O carácter autopoietico do sistema jurídico é uma consequência da regra de selecção que determina o que pertence e o que não pertence a esse sistema: é precisamente essa regra que garante que o sistema se produza e reproduza a si próprio, pois que é essa regra que assegura que esse sistema só receba o que ela possa aceitar como direito válido. O carácter autopoietico do sistema jurídico decorre, entre outras, da circunstância de a competência para a formação de fontes do direito ser definida por regras do próprio sistema e de a validade das regras jurídicas reveladas pelas fontes ser aferida em função de outras regras jurídicas (nomeadamente, em função da sua conformidade com regras constitucionais: cf. art. 3.º, n.º 3, e 277.º, n.º 1, CRP).

As relações de prevalência e de subordinação entre sistemas jurídicos implicam que apenas sejam válidas as regras do sistema subordinado que forem aceites pelo sistema subordinante. Portanto, o sistema subordinado, além de não ser autónomo, também não é autopoietico, dado que a sua subordinação a um outro sistema retira o carácter circular à produção do direito que nele ocorre. É claro que, vendo o conjunto formado pelo sistema subordinante e pelo sistema subordinado como um sistema complexo ou de duplo grau, este já pode ser considerado um sistema autopoietico.

### 3. Consistência do sistema

#### 3.1. Princípio da consistência

O sistema jurídico tem de ser um conjunto consistente de princípios e regras jurídicas, o que implica não só que ele não pode comportar princípios e regras contraditórias<sup>46</sup>, mas também que os princípios e as regras têm de ser consistentes com os princípios e as regras que constituem as suas fontes de produção<sup>47</sup>. Isto significa que esse sistema não pode admitir

<sup>46</sup> Cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Normative Systems* (Wien/New York 1971), 62 ss.; ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires 1987), 101 ss.; algo diferentemente, por entender que a exigência de consistência contraria a autoridade da lei, cf. RAZ, *Ethics in the Public Domain/Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford 1994), 295 ss.; sobre os factores que contribuem para a consistência do sistema, cf. ALEXI, *Juristische Begründung, System und Kohärenz, in BERENDS/DIEBELHOFF/DREIER* (Eds.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft/Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker* (Göttingen 1990), 96 ss., utilizando como critérios de consistência “relações de fundamentação” (*Begründungsrelationen*) entre as proposições do sistema.

<sup>47</sup> Cf. RAZ, *The Relevance of Coherence*, Boston U.L.Rev. 72 (1992), 286: “if all principles follow from one of their number, then we have a strong monistic coherence. If they all follow from a small

quaisquer conflitos entre os seus elementos ou que ele tem de comportar os meios necessários para alistar os princípios e as regras incompatíveis com outros princípios ou regras.

Podem assim concluir-se que, se o sistema jurídico é construído a partir de certos princípios formais, dele mesmo também decorre um importante princípio jurídico: trata-se do princípio da consistência, ou seja, do princípio segundo o qual o sistema não pode comportar elementos inconsistentes entre si e não pode admitir elementos que não se baseiem em outros elementos do sistema.

#### 3.2. Tipos de consistência

a) Quando se fala de consistência do sistema, o mais intuitivo é referi-la ao conteúdo dos elementos do sistema. Assim, um sistema jurídico é consistente quando qualquer obrigação pode ser cumprida sem violar nenhuma outra e quando qualquer permissão pode ser gozada sem violar nenhuma obrigação; em correspondência, um sistema é inconsistente quer quando o cumprimento de uma das suas obrigações implica a violação de uma outra obrigação, quer quando o gozo de uma das suas permissões implica a violação de uma daquelas obrigações<sup>48</sup>. Em notação lógica, um sistema é inconsistente quando ele contém as regras  $Op$  &  $O\sim p$  ou as regras  $Pp$  &  $O\sim p$  ou  $P\sim p$  &  $Op$ .

Convém observar, no entanto, que esta inconsistência é rara, atendendo a que as regras jurídicas são quase sempre hipotéticas, pelo que não há nenhuma contradição se algo for obrigatório e não obrigatório em situações distintas. Por exemplo: as regras “Se chover, é proibido circular a mais de 80 km” e “Se não chover, é proibido circular a mais de 120 km” não são contraditórias, porque elas são aplicáveis em casos distintos.

*group of principles which display a unified spirit or approach, they are less coherent but more so than if the principles derive from a plurality of distinct and irreducible principles which do not display a unified spirit or approach*; cf. também COING, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft*, 26, entendendo o sistema jurídico como uma “ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário” e falando do sistema em sentido estrito quando “a conexão entre cada um dos conhecimentos não comporta lacunas e pode ser representada na forma de dedução de determinadas proposições iniciais”; MACCORNICI, *Coherence in Legal Justification*, FG Ora Weinberger (Berlin 1984), 41 s.

<sup>48</sup> Cf. HAGE, *Rule Consistency*, LPh 19 (2000), 369 ss.; J. A. VELOSO, *Concurso e conflitos de normas*, DirJ 17 (2003), 235 ss.

b) Apesar de ser a mais intuitiva, a consistência do sistema não se resume àquela que respeita ao conteúdo dos seus elementos. Tal como a propósito das fontes se distingue entre uma hierarquia estática (ligada ao conteúdo da fonte) e uma hierarquia dinâmica (determinada em função da relação da fonte com a sua fonte de produção), também quanto à consistência do sistema há que diferenciar entre uma consistência referida ao conteúdo e uma consistência respeitante à origem. Esta última falta quando um elemento do sistema for incompatível com a sua fonte de produção e foi, por isso, inválido.

### 3.3. Conflito normativo

Verifica-se um conflito normativo quando um mesmo caso é subsumível a duas regras que geram consequências incompatíveis<sup>49</sup>. O conflito normativo mais frequente é aquele que se verifica quando, para o caso  $C_1$ , a regra  $R_1$  impõe  $p$  ( $Op$ ) e a regra  $R_2$  impõe  $\sim p$  ( $O\sim p$ ) ou a regra  $R_3$  impõe a obrigação de  $q$  ( $Oq$ ) e a regra  $R_4$  impõe a proibição de  $q$  ( $Fq$ ). O conflito normativo origina um dilema no destinatário das regras conflitantes quanto ao comportamento a seguir.

No entanto, só há um verdadeiro conflito quando não for possível revogar ou invalidar uma das regras conflitantes ou transformar uma das regras conflitantes em regra especial ou excepcional da outra. Isto decorre que os conflitos normativos podem ser decididos quer ao nível da vigência das regras conflitantes (só uma das regras é vigente), quer ao nível da validade dessas regras (só uma delas é válida)<sup>50</sup>, quer ainda ao nível do âmbito de aplicação daquelas regras (apenas uma delas é aplicável).

<sup>49</sup> Cf., sobre os conflitos normativos, ZEMBIŃSKI, *Kinds of Discordance of Norms*, FG Ota Weinberger (Berlín 1984), 480 s.; HILFINEN, *Normative Conflicts and Legal Reasoning*, in BULGIN/GARDIES/NUNILUOTO (Eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life* (Dordrecht/Boston/Lancaster 1985), 194 ss.; ALCHOUBRÓN, *Conflicts of Norms and The Revision of Normative Systems*, L.PhilO (1991), 413 ss.; J. A. VELOSO, *Dirf 17* (2003), 235 ss.; D. DUARTE, *Rebutting Defeasibility as Operative Normative Defeasibility*, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito* (Coimbra 2009), 161 ss.

<sup>50</sup> Lembre-se que para o "Segundo Kelsen" o conflito normativo não conduz à invalidade de uma das regras conflitantes: cf. Kelsen, *Die Grundlage des Naturrechts*, in KLECATSKY/MARCIĆ/SCHAMBECK (Eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (Frankfurt/Zurich/Salzburg/München 1968), 870 s.; Kelsen, *Recht und Logik*, in KLECATSKY/MARCIĆ/SCHAMBECK (Eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 1476; sobre a questão, cf. PAULSON, *Zum Problem der Normenkonflikte*, ARSP 66 (1980), 487 ss.

Assim, não se pode falar de conflito normativo nem quando uma das regras deva prevalecer sobre a outra e, portanto, quando uma das regras revoga ou invalida a outra, nem quando a harmonização entre elas decorra da qualificação de uma delas como regra geral e da outra como regra especial ou excepcional. Em qualquer destas hipóteses um "conflito aparente" si transforma-se num falso conflito.

Segundo Koss (1899-1979), são possíveis três espécies de incompatibilidade entre regras jurídicas:

- A incompatibilidade total-total (ou incompatibilidade absoluta); esta incompatibilidade verifica-se quando nenhuma das regras for aplicável, em nenhuma circunstância, sem conflitar com uma outra; por exemplo: a regra  $R_1$  impõe uma conduta e a regra  $R_2$  proibe essa mesma conduta; esta incompatibilidade gera um verdadeiro conflito normativo;

- A incompatibilidade total-parcial; esta incompatibilidade ocorre quando uma das regras não puder ser aplicada, em nenhuma circunstância, sem conflitar com a outra, ao passo que esta tem um campo adicional de aplicação que não entra em conflito com a primeira; esta incompatibilidade é a que se verifica entre a regra especial ou excepcional e a respectiva regra geral; por exemplo: se a regra  $R_3$  proibe os estrangeiros de pescar nas águas territoriais de um país e a regra  $R_4$  estabelece que os estrangeiros que residam há mais de dois anos no país podem pescar, então a regra  $R_3$  é uma regra geral em relação à regra  $R_4$ ; esta incompatibilidade resolve-se, como resulta do afirmado, erigindo uma das regras como regra especial ou excepcional;

- A incompatibilidade parcial-parcial (ou sobreposição parcial de regras); esta incompatibilidade verifica-se quando uma das regras tiver um campo de aplicação que não conflua com o da outra, mas também tiver um campo adicional de aplicação que é confluente com o daquela regra; por exemplo: se o pai ordenar ao filho "Tens de ir regar as plantas" e "Não podes sair de casa", essas regras são parcialmente compatíveis (quanto às plantas que estão dentro de casa) e parcialmente incompatíveis (quanto às plantas que estão no jardim)<sup>51</sup>; esta incompatibilidade resolve-se erigindo uma das regras em excepção da outra, embora possa ser difícil escolher a regra e a excepção (tanto se pode entender que se deve regar todas as plantas, excepto aquelas que estejam fora de casa, como que não se deve sair de casa, excepto se for para regar as plantas).

<sup>51</sup> Cf. ENCISCA, *Die Einheit der Rechtsordnung* (Heidelberg 1935), 43.

<sup>52</sup> Cf. ROSS, *On Law and Justice* (London 1958), 128 s.; cf. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, 357 s., distinguindo, respectivamente, entre as *antinomie totali*, as *antinomie parziali unilaterali* e as *antinomie parziali bilaterali*; cf. também GUASTINI, *La sintassi del diritto*, 294.

### 3.4. Resolução do conflito

a) Pode suceder que o conflito entre as regras não possa ser resolvido nem através da revogação ou da invalidade de uma das regras conflitantes, nem através da harmonização dessas regras, erigindo uma delas em regra especial ou excepcional da outra. É o que acontece, por exemplo, quando as regras conflitantes pertencem ao mesmo diploma legal (o que impede o recurso a qualquer critério baseado no momento ou na competência para a produção das regras) e ambas possuem o mesmo campo de aplicação geral ou específico (o que exclui a aplicação de qualquer critério baseado no conteúdo das regras). Nesta hipótese, pode entender-se que se está perante um conflito irresolúvel, conducente a uma "lacuna de colisão"<sup>53</sup>. Mas esta solução não é a mais adequada: o mais acertado é invalidar (apenas) uma das regras conflitantes<sup>54</sup>.

Para o fazer há que resolver o conflito através de uma ponderação de interesses, dando-se preferência, de entre as regras conflitantes, à regra que proteger os interesses mais relevantes<sup>55</sup>. Assim, havendo duas regras que fornecem soluções incompatíveis para um caso concreto e se o conflito se mostrar irresolúvel por outro meio, há que proceder a uma ponderação de interesses para escolher a regra que vai solucionar o caso<sup>56</sup>. Por exemplo: a regra R<sub>1</sub> permite a realização da conduta p e a regra R<sub>2</sub> proíbe a realização dessa mesma conduta; o conflito é resolvido mediante a ponderação dos interesses protegidos através da realização

ou da não realização da conduta p, recorrendo-se, em última análise, ao *favor libertatis*. Isto significa que é considerada inválida apenas uma das regras conflitantes (aquela que respeitar ao interesse que for tido como menos relevante).

Esta solução tem uma fundamentação pragmática. É que, se o conflito fosse resolvido através da invalidade de ambas as regras conflitantes, criar-se-ia uma lacuna que deveria ser integrada através da regra que o intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (cf. art. 10.º, n.º 3, CC). Ora, sendo difícil que o intérprete não venha a construir uma regra semelhante a uma das regras conflitantes, não tem sentido eliminar ambas as regras conflitantes para depois vir a reintroduzir uma delas através da integração da lacuna. O mais lógico é que o espírito do sistema oriente o intérprete desde logo na escolha da regra que deve prevalecer, e não na reintrodução da própria regra que fora eliminada.

b) Os conflitos normativos também se podem verificar entre regras de dois sistemas jurídicos. Quanto à resolução deste tipo de conflitos, a única hipótese que importa considerar é aquela em que um sistema não é autónomo perante um outro, isto é, em que o conflito se verifica entre um sistema subordinado e um sistema superior (como é o caso, por exemplo, do sistema jurídico português perante o sistema jurídico europeu). Como é evidente, as regras do sistema superior prevalecem sobre as do sistema subordinado.

## 4. Abertura do sistema

### 4.1. Necessidade da abertura

Os sistemas sociais são sistemas autopoiéticos, mas não são sistemas fechados em relação ao seu meio ambiente, pois que o carácter auto-referencial desses sistemas não contradiz a sua abertura ao meio ambiente<sup>57</sup>: "os sistemas [...] são estruturalmente orientados para o seu meio ambiente e não podem subsistir sem meio ambiente"<sup>58</sup>. O que decorre realmente daquele carácter autopoiético é que "o significado do meio ambiente para um sistema resulta do sistema e não do meio ambiente"<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> LUHMANN, *Soziale Systeme*, 63.

<sup>58</sup> LUHMANN, *Soziale Systeme*, 35.

<sup>59</sup> LUHMANN, *Biographie in Interview/Gespräch* am 8. Januar 1996 in Oerlinghausen, in HONSTER, *Niklas Luhmann* (München 2005), 37.

<sup>53</sup> Cf., por exemplo, SOMLÓ, *Juristische Grundlehre* (Leipzig 1927), 412 s.; ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 42, 50 e 84; CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema* 3, 218 ss.

<sup>54</sup> Esta orientação é incompatível com as concepções que distinguem o plano da fundamentação da regra do plano da sua aplicação (cf. GÜNTHER, *Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation*, RTh 20 (1989), 172 e 178 ss.; HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (Frankfurt am Main 1992), 265 ss.); do que se trata é exactamente de retirar fundamentação a uma regra (e, portanto, de invalidar uma regra) que não pode ser aplicada.

<sup>55</sup> Cf. D. DUARTE, *Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances*, ARSP-BH 124 (2010), 57 ss.; na expressão de KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797<sup>a</sup> 1798), AB 24 (trad. port., Lisboa 2005), 34): "é a obrigação mais forte para obrigar que prevalece (*fortior obligandi ratio vincit*)".

<sup>56</sup> Cf., por exemplo, LARENZ, *Metodologia* 3, 574 ss.; ALEXY, *Theorie der Grundrechte* 3, 71 ss.; na área da ética, cf. HARE, *Moral Thinking* (Oxford 1981), 117 ss.; PATZIG, *Tatsachen, Normen, Sätze* (Stuttgart 1980), 169 ss.

O sistema jurídico é igualmente um sistema aberto no sentido de que ele comunica com outros sistemas, normativos (como a moral) ou não normativos (como a política ou a economia). Assim, apesar de o sistema jurídico ser autopoietico, nada obsta a que ele utilize conceitos próprios de outros sistemas nas suas próprias operações. Pode mesmo afirmar-se que a abertura do sistema jurídico é algo de inevitável quando – como não pode deixar de suceder – esse sistema pretende comunicar com o meio ambiente. “O sistema jurídico pode receber elementos normativos da moral ou de outras fontes sociais, mas isto tem de acontecer através de uma transformação explícita”<sup>60</sup>, ou seja, esses elementos deixam de valer, para o direito, como morais ou sociais e passam a ser elementos jurídicos.

Algumas vezes, a comunicação do sistema jurídico com outros sistemas realiza-se através da recepção de conceitos próprios destes últimos, sendo muito frequente o recurso a conceitos indeterminados cuja valoração exige a consideração de critérios específicos daqueles sistemas. É o que acontece com conceitos como os de boa fé (cf. art. 3.º, n.º 1, 227.º, n.º 1, 334.º e 762.º, n.º 1, CC) ou de bons costumes (cf. art. 280.º, n.º 2, 282.º, n.º 1, 334.º, 340.º, n.º 2, e 2186.º CC). Estes conceitos indeterminados realizam, assim, uma “função de remissão” para valorações originárias de outras ordens normativas<sup>61</sup>, o que significa que o sistema recebe como próprias essas mesmas valorações.

#### 4.2. Flexibilidade do sistema

Quanto mais o sistema jurídico for aberto a conceitos próprios de outros sistemas normativos, mais flexível ele se torna na solução de casos concretos. Com esta flexibilidade surge também a dificuldade: é mais fácil aplicar a regra segundo a qual “Os contratos devem ser cumpridos pelas partes” do que a regra de acordo com a qual “Os contratos devem ser cumpridos de boa fé pelas partes”. É por isso que se pode concluir que os “casos difíceis” têm origem no próprio sistema.

<sup>60</sup> LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, 85.

<sup>61</sup> Cf. BYDLINSKI, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in BEHRENDT/DIEßELHORST/DREIER (Eds.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft/Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 198 s.; cf. também TEUNER, Standards und Direktiven in Generalklauseln (Frankfurt am Main 1971), 116 ss.

## § 14.ª SITUAÇÕES SUBJECTIVAS

### 1. Enunciado das fontes

#### 1. Generalidades

A estatuição das regras relativas a uma conduta ou a um poder constitui uma situação subjectiva. A categoria desta situação depende do objecto da regra e do sentido do operador deontico, pois que ela é diferente consoante a regra tenha por objecto uma conduta ou um poder e depende do carácter de obrigação, proibição ou permissão daquele operador.

### 2. Concretização do objecto

#### 2.1. Conduta

a) Se a regra jurídica tiver por objecto uma conduta, as hipóteses são as seguintes:

– Se o operador deontico for um comando ou uma proibição, a situação jurídica constituída é um dever (de acção ou de omissão); por exemplo: (i) “É obrigatório virar à direita”; esta regra constitui o dever de virar à direita; (ii) “É proibido circular a mais de 50 km por hora”; esta regra constitui o dever de não exceder este limite de velocidade;

– Se o operador deontico for uma permissão, a situação jurídica constituída é um direito; por exemplo: “É permitido estacionar entre as 20 h e as 7 h”; esta regra constitui um direito de estacionar entre as 20 h e as 7 h.