

II SEMESTRE

15ª. AULA. Direito e norma jurídica.

TEXTO:

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 22.ed., Coimbra, Almedina, 2014, ps. 79 a 98.

CASO PRÁTICO: O CASO DO LADRÃO MARQUINHO

Um criminoso, conhecido como Marquinho, é preso por roubo, após um flagrante policial. É levado à delegacia, e, algum tempo depois, recebe a sentença condenatória que o leva à prisão por 7 anos. Em função da falência do sistema carcerário, Marquinho não se submete apenas à sua “pena criminal”, mas, sabe-se, por relatos de seus colegas de cela, que sofreu outras “penas adicionais”.

Marquinho foi vítima de torturas e espancamento por agentes carcerários, que desejavam extrair informações dele, tendo vivido o “inferno na cadeia”, porque dividia a cela com os líderes do movimento PCL – Partido Carceragem e Liberdade. Sem nunca ter se envolvido com tais lideranças, procurou ter conduta de reabilitação na cadeia, o que não ajudou muito em seu caso.

Fato é que hoje se encontra morto. E isso porque, certa vez, dentro de uma situação carcerária de rebelião, o PCL se confrontou com a Partido Cadeia Nunca Mais – PCNM, e Marquinho foi confundido com os demais membros do PCL, na medida em que dividiam o mesmo espaço de convívio. Em demonstração de força interna, os líderes do PCNM mataram Marquinho, e outros integrantes do PCL. Seu corpo foi dividido em partes, algumas queimadas, e outras espalhadas nas celas dos demais detentos, como forma de amedrontá-los, para que “soubessem quem manda ali”. Este caso, que depois acaba ganhando enorme repercussão midiática, cria um pânico generalizado na sociedade brasileira e alarma o sistema judiciário e carcerário, bem como as forças de segurança do Estado.

Isso mobiliza inúmeros debates, entre eles, aquele sobre a função social da pena, sobre a Lei de Execuções Penais, sobre as medidas de reforma do sistema carcerário e sobre as taxas de encarceramento no Brasil. A entidade Sociedade Brasileira para o Progresso da Criminologia – SBPC oportuniza a criação de um evento de escala nacional, para abrigar as melhores rodadas de debates e ouvir as melhores propostas para serem implementadas no sistema carcerário brasileiro, enquanto propostas de reforma, otimização e justiça. Para isto, haverá grupos de trabalho, palestras, *workshops*, ao longo de uma semana de atividades, envolvendo até dois mil inscritos no evento. Mas, as plenárias ocorrerão apenas no último dia, e estão reservadas para serem ouvidos quatro juristas especialistas de renome, nas áreas da Criminologia (jurista Giacoppo), do Processo Penal (jurista Juarez), do Direito Penal (jurista Peter) e da Filosofia do Direito (jurista Andreza).

1. Na opinião do jurista Giacoppo, sustente a tese da redução da taxa de encarceramento, baseando-se em estatísticas reais do Brasil e do mundo;
2. Na opinião do jurista Juarez, sustente a tese da manutenção da vigência da Lei de Execuções Penais, mas do aumento do investimento em presídios e em estabelecimentos alternativos;
3. Na opinião do jurista Peter, sustente a tese da corrente teórica da Nova Defesa Social;
4. Na opinião da jurista Andreza, sustente a tese da defesa incondicional da dignidade da pessoa humana e da responsabilidade do Estado pela pessoa do apenado.

JOÃO BAPTISTA MACHADO

INTRODUÇÃO
AO
DIREITO
E AO
DISCURSO
LEGITIMADOR

ALMEDINA



INTRODUÇÃO AO DIREITO
E AO DISCURSO LEGITIMADOR
JOÃO BAPTISTA MACHADO

CAPÍTULO. IV

GRANDES LINHAS ESTRUTURAIS
DO SISTEMA JURÍDICO

B) Fórmulas e técnicas normativas

SECÇÃO I — A NORMA JURÍDICA

§ 1.º — Estrutura e noção da norma jurídica

I. *Estrutura da norma jurídica: previsão e estatuição.*

A ordem jurídica decompõe-se em unidades normativas que, ao mesmo tempo que a exprimem e, em certo sentido, a "concretizam", funcionam como mediadores na "aplicação" do Direito às situações concretas da vida. São as *normas*.

No módulo lógico de uma norma jurídica (completa) podemos distinguir um antecedente e um consequente, ou seja, uma *previsão* e uma *estatuição*. Assim, p. ex., o art. 483.º do Código Civil permite-nos formular a seguinte norma: Todo aquele que ilícita e culposamente causar danos a outrem (*previsão*) fica obrigado a indemnizar (por esses danos) o lesado (*estatuição*).

A partir daqui já vemos como se pode elaborar formalmente o chamado silogismo judiciário:

Premissa maior: Todo aquele que (...) causar danos a outrem fica obrigado a indemnizar o lesado.

Premissa menor: Ora A causou danos na viatura de B.

Conclusão: Logo A acha-se constituído na obrigação de indemnizar os danos causados a B.

A premissa maior é representada pela norma, a premissa menor pela situação concreta "subsumível" à previsão ou

hipótese da norma e a conclusão pela consequência jurídica prescrita na estatuição da norma.

Eis, em síntese, o modelo puramente *formal* da estrutura e do funcionamento da norma jurídica. Sobre a matéria do presente parágrafo deverá ler-se ENGISCH, capítulos II, III e IV.

2. A previsão como "facti-species": ideias gerais

A previsão normativa também recebe o nome de *Hipótese*, hipótese legal ou ainda, por vezes, de "tipo legal". De todo o modo, na hipótese da norma jurídica refere-se a situação típica da vida, o "facto" ou o conjunto de "factos" cuja verificação em concreto desencadeia a consequência jurídica fixada na estatuição. Na medida em que se refere a "factos" (ou situações de facto), e procura dar uma imagem, visualização ou modelo daquele FACTO (enquanto hipótese normativa globalmente considerada) que produz a consequência, assenta-lhe particularmente bem a designação de *facti-species*.

Ao falar dos "factos" a que alude ou faz referência a *facti-species* importa estar de sobreaviso contra a enorme ambiguidade da palavra "facto". Desde logo, importa lembrar que entre esses factos a que se refere a *facti-species* podem figurar dados normativos, isto é, qualidades, situações ou posições jurídicas que, por seu turno, são já o resultado da aplicação de outras normas jurídicas. P. ex., as noções de "coisa alheia", de "cidadão português", de "sócio", de "credor", de "transmissão da propriedade", etc., usadas nas hipóteses de certas normas, são conceitos normativos que pressupõem a prévia aplicação de outras normas do sistema. Em vez de falarmos de "factos", poderíamos falar antes de "dados". Como adiante melhor veremos, são vários os processos de que o legislador se serve para fixar ou circunscrever a hipótese normativa.

Mas não era apenas aos conceitos normativos neste sentido que pretendíamos aludir ao prevenir contra a ambiguidade da palavra "facto". É que, como já por vários autores foi afirmado, com excepção dos conceitos que se refiram a números, todos os conceitos utilizados pelas normas jurídicas, mesmo os chamados conceitos descritivos, são conceitos "análogos", no sentido de que não carregam apenas o significado de referência a algo de perceptível pelos sentidos, mas também, se não principalmente, dão expressão a um específico sentido jurídico — por isso

mesmo que a norma que os utiliza também é, ela mesma, um meio de expressão da ordem jurídica e dos valores jurídicos que informam esta. Neste sentido pode também dizer-se que todas as noções que a lei vai buscar às situações típicas da vida sofrem sempre uma tal ou qual deformação "teleológica" ao serem incorporadas no sistema jurídico, pois que são sempre elementos integrantes do *sentido* da lei, são sempre "conceitos funcionais". Dai que tais conceitos sejam muitas vezes susceptíveis de aplicação a "factos" ou dados muito distantes da sua significação originária. Assim, p. ex., no conceito de "arma" ou de "arma perigosa" poderão actualmente caber ácidos corrosivos, gases letais, etc.; no conceito de "documento" podem caber dados como o furo ou marcação feita no cartão de um relógio de ronda; no conceito de "coisa" podem caber realidades como a energia eléctrica ou até, para certas normas, direitos⁽¹⁾.

Importa aqui sobretudo salientar que a *facti-species*, quando se reporta a *factos*, os jurisdiciza. O que significa que, para *identificar* o facto ou situação de facto, ao averiguar se se concretiza ou não a hipótese legal (ao resolver a chamada "questão de facto" quando se trata de fazer aplicação do Direito), temos de ter presente que estamos a aplicar um conceito jurídico, um conceito integrado no sistema jurídico — e não um conceito naturalístico ou um conceito fornecido por qualquer outro sistema conceitual (científico, económico, sociológico, técnico) de intelecção e descrição da "realidade".

Isto tem como consequência que, em bom rigor, é a *facti-species* jurídica que nos fornece o óculo pelo qual havemos de "in-speccionar" a realidade de facto. É através dela que o próprio facto ou situação se recorta e configura como sendo o facto ou a situação prevista pela lei, é através dela que tal situação nos pode aparecer como *tal* situação e se *distingue* de outras que, de um ponto de vista naturalista, técnico, etc., lhe seria idêntica, ou se identifica com outras que, de outro ponto de vista, seriam diferentes. O que permite identificar, *especificar* ou determinar a diferença *específica* das situações de facto do ponto de vista do Direito é a *facti-species* jurídica. É segundo esta, pois, que se deve fazer a *in-spicium* (in-speção) dos factos, para que estes se nos apresentem (configurados) *sub specie iuris*.

(1) Cf. ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, Karlsruhe 1965, p. 24.

Esta observação é importante para definir a atitude mental do jurista na aplicação do Direito e para afastar a ilusão corrente de que a resolução da "questão de facto" se processa através de uma simples constatação de dados sem qualquer intervenção da "speciês" jurídica (ou da intenção da juridicidade) no *achar* o dado de facto, no descobri-lo e notá-lo.

Todo o exposto se resume afinal em que todos os conceitos utilizados pela lei são conceitos integrados num contexto ou sistema conceitual específico — e, por isso, neste sentido, todos eles são conceitos *normativos*. A diferenciação entre eles, a respectiva significação, a delimitação do alcance de cada um em face dos outros e, portanto, designadamente, a questão de saber se certa situação da vida cabe nesta ou antes naquela categoria — são tudo problemas a resolver segundo critérios de articulação *interiores* ao sistema específico em que tais conceitos se integram, segundo a lógica própria desse sistema, de acordo com o mapa *topográfico* que a lógica intrínseca do sistema desenha. O mesmo se dirá ainda quanto à questão de saber se o sistema legal deixa "lugares vazios" (lacunas) nesse mapa — pois também o problema da descoberta de lacunas, como veremos, bem lá no fundo se não distingue do problema da determinação do alcance (do campo de aplicação) de um preceito legal expresso.

3. O facto jurídico, a situação jurídica e a relação jurídica

Diz-se facto jurídico o evento juridicamente relevante — i. é, susceptível de produzir efeitos de direito. Tais efeitos de direito traduzem-se sempre na constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídica (1) — entendendo-se por esta a posição em que um sujeito jurídico se acha perante o direito (o seu *status*, os seus deveres ou obrigações, as suas faculdades e os seus direitos). Sendo assim, o facto jurídico é na verdade o elemento dinâmico que produz alterações na vida jurídica ou no mundo do direito. É a tais "factos" que se referem as hipóteses ou *facti-speciês* legais.

(1) Entre os efeitos *modificativos* incluímos os efeitos próprios dos actos *certificativos* (de "accertamento") ou *confirmativos* (v. SANTORO-PASSARELLI, *Teoria Geral do Direito Civil*, trad., Coimbra 1967, pp. 144 e seg.).

Observe-se que, para além destes que agora especialmente consideramos, temos ainda os *actos normativos*, que são os actos que produzem leis ou normas jurídicas (actos criadores de direito objectivo, actos legislativos ou "legiferantes") e que se acham também previstos e regulados por outras normas que se referem ao processo de formação das leis.

Entre os factos jurídicos distinguem-se os puros factos jurídicos e os actos jurídicos. Aqueles tanto podem ser factos *exteriores*, independentes do conhecer, do querer e do agir do homem (situações de facto, como a localização de um terreno relativamente à via pública, ou eventos, como o nascimento, um incêndio, uma inundação, ou ainda dados como o *valor* económico objectivo de uma coisa, a *utilidade* subjectiva de um objecto, etc.), como factos *interiores* da vida psíquica do homem, tais como o conhecimento de certa circunstância, a intenção, etc.

Os actos jurídicos, por seu turno, são modos de conduta humana dirigidos pela vontade (actuações ou condutas) que tanto podem consistir numa acção como numa omissão (podendo esta consistir já num simples omitir ou não fazer, já num tolerar). Estas condutas dirigidas pela vontade (ou, pelo menos, dependentes dela) tanto podem ser simples actuações de facto, isto é, condutas que directa e imediatamente apenas produzem uma consequência de facto que pode ser pressuposto de uma consequência jurídica, ainda que esta não tenha sido querida pelo agente (p. ex., um facto danoso, o estabelecimento do domicílio, a accessão industrial) — e neste caso estamos em presença de *simples actos jurídicos* —, como manifestações de ciência ou exteriorizações de vontade que directamente condicionam a consequência jurídica. Entre estes últimos actos jurídicos podemos distinguir: a) as declarações *quase-negociais*, ou seja, exteriorizações de ciência ou de vontade que produzem um efeito jurídico independentemente de a vontade do agente se dirigir a tal efeito (a declaração de nascimento, muitos actos processuais, a declaração de impostos, a fixação de um prazo, a interpegação admonitória, um sentença, etc.); b) as declarações de vontade negociais ou *negócios jurídicos*, que são exteriorizações de vontade dirigidas à produção de determinados efeitos jurídicos, efeitos estes que a lei modela de acordo com a vontade manifestada (p. ex., o testamento, a declaração de resolução, a denúncia de um contrato, a renúncia a um direito, o consentimento prestado para a prática de certo acto, o

consentimento ou acordo de ambas as partes em que se traduz o contrato, enquanto *negócio jurídico bilateral*, etc.).

Do ponto de vista da sua aprovação ou reprovação, da sua conformidade ou desconformidade com o direito objectivo, podemos ainda distinguir os actos jurídicos *lícitos* e os actos jurídicos *ilícitos*.

Tudo isto é matéria a estudar desenvolvida e aprofundadamente no lugar próprio. Aqui apenas interessa salientar que a norma estabelece uma específica relação de causalidade entre os factos a que se reporta na sua previsão (os "factos jurídicos" em sentido lato) e os "efeitos" jurídicos prescritos na sua estatuição.

Estes efeitos consistem sempre na imposição de um *dever jurídico*, ou na atribuição de uma qualidade, de uma *competência* ou de uma *faculdade* jurídica, ou ainda na atribuição de um *direito*. Quer isto dizer que a norma jurídica ou *obriga*, ou *faculta*, ou confere um *direito subjectivo*. Faculta quando permite, atribui uma qualidade, competência ou poder jurídico (p. ex., atribui a cidadania portuguesa, personalidade e a capacidade jurídicas, atribui a uma entidade ou a um órgão competência para tomar determinadas decisões, confere ao proprietário o poder de usar e dispor da sua coisa, confere ao credor a faculdade de fixar um prazo peremptório ao devedor em mora, etc.). Quando o direito confere a determinada pessoa um poder destinado à satisfação de um interesse próprio ou alheio, acompanhado da faculdade de dispor (fazer intervir ou não) dos meios coercitivos que protegem esse poder, diz-se que lhe atribui um *direito subjectivo*. Neste caso ao poder atribuído a alguém corresponde sempre um dever ou obrigação imposta a outra ou outras pessoas — sendo que esse dever imposto à generalidade das pessoas ou a pessoas determinadas o é no interesse do titular do direito subjectivo, e não no interesse do Estado ou da colectividade. Exemplos de direitos subjectivos: os direitos de personalidade (indisponíveis, em regra), o direito de propriedade, o direito de crédito, o direito de propriedade intelectual (exclusivo da exploração da obra ou do invento), etc.

Do dever jurídico, enquanto vinculação das pessoas a observarem certo comportamento, convém distinguir o *onus jurídico* e o *estado de sujeição*. O *onus jurídico* consiste na observância de certo comportamento, prescrito por lei como condição da obtenção de uma certa vantagem para o agente, ou

como pressuposto da manutenção de uma certa vantagem ou benefício de que já está a usufruir, ou para evitar uma desvantagem. Portanto, o acto a que se reporta o *onus jurídico* não é imposto como um dever. Exemplos típicos: o *onus da contestação* e da impugnação especificada em processo civil (o réu terá de contestar se quer evitar que se dê logo como certo e provado tudo quanto em matéria de facto o autor alegou contra ele), o *onus do registo predial* (o que adquire um imóvel, se pretende que tal aquisição tenha eficácia em relação a terceiros, tem de promover a sua inscrição nos livros de registo predial) (trata-se de simples *onus*, pois o registo não é obrigatório, visto a omissão do acto não implicar uma sanção — ao contrário do que sucede quanto ao registo dos actos do estado civil).

Por fim, também o *estado de sujeição* não é propriamente um dever jurídico. O estado de sujeição é o estado em que se encontra a contraparte do titular de um direito potestativo. Ora este consiste no poder conferido a uma das partes numa relação jurídica de, por acto unilateral (sem necessidade de colaboração de outra parte) modificar ou extinguir a relação jurídica — ou ainda, em casos contados, no poder de constituir um direito que vai limitar um direito de outrem (caso do dono do prédio engravado — dominante — que pode constituir uma servidão de passagem sobre o prédio serviente). Assim, p. ex., o inquilino pode denunciar livremente o contrato de arrendamento para o termo do prazo extinguindo deste modo a relação contratual; o mandante pode revogar livremente o mandato; o credor, em certos casos de incumprimento, pode declarar a resolução da relação contratual; o cônjuge inocente tem o direito de requerer e obter o divórcio litigioso, verificado e provados os respectivos fundamentos; o errante, em caso de erro relevante, pode pedir a anulação do negócio, etc. Em todos estes casos a contraparte (o senhorio, o mandatário, o devedor, o cônjuge culpado, o contratante) nada pode fazer, não pode evitar que se produzam na sua esfera jurídica os efeitos do exercício do direito potestativo. Por isso se diz que se acha em "estado de sujeição".

Da verificação do "facto" hipotetizado na *facti-species* resulta, portanto, uma situação jurídica: ou a constituição de uma situação jurídica nova, ou a modificação ou extinção de situações jurídicas preexistentes. Esta situação jurídica é, numa parte importante dos casos, uma *relação jurídica*: é-o em todos aqueles casos em que ao dever de um dos sujeitos (ou partes), ou de uma

pluralidade de sujeitos, corresponde o direito de outro sujeito ou de uma pluralidade de sujeitos. É o que acontece designadamente no domínio dos direitos subjectivos — com ressalva porventura dos direitos absolutos, aos quais se não contrapõe um dever de sujeitos determinados, mas a chamada obrigação passiva universal, isto é, o dever de todos de respeitar ou não perturbar o direito absoluto (o direito de personalidade ou o direito de propriedade). Sempre que ao direito de um sujeito determinado (privado ou público) corresponde um dever de outro sujeito jurídico (privado ou público) determinado podemos falar de uma *relação jurídica*. Mas, em face do anteriormente exposto, não parece lícito afirmar que da verificação de um facto jurídico resulta sempre a constituição (modificação ou extinção) de uma relação jurídica, visto que, em muitos casos, o que resulta é a aquisição de um *status* ou qualidade jurídica: p. ex., a aquisição da nacionalidade, a aquisição da personalidade ou da capacidade jurídica, etc. Rigorosamente, uma relação jurídica é sempre uma relação entre duas ou mais pessoas jurídicas.

4. O sujeito jurídico e os direitos de personalidade.

Os direitos e deveres, as qualidades jurídicas, as situações jurídicas — enfim, os efeitos jurídicos recaem sobre pessoas determinadas: são *imputados* a pessoas determinadas. Por outro lado, são também pessoas determinadas os autores dos factos jurídicos voluntários a que chamámos *actos jurídicos* (simples actos jurídicos e negócios jurídicos). Donde que, na sequência do anteriormente exposto, nos devamos agora referir sumariamente à subjectividade ou personalidade jurídica.

Neste contexto de ideias, poderemos definir a personalidade jurídica em termos muito gerais como um centro de imputação de efeitos jurídicos. Tradicionalmente define-se personalidade jurídica ou capacidade jurídica *lato sensu* como a capacidade de ser *titular de direitos e obrigações*. Rigorosamente a personalidade não consiste apenas em ser centro de imputação de direitos e deveres, pois, como vimos, o direito objectivo atribui às pessoas *qualidades* ou *status* que, por si, não constituem direitos ou obrigações. Assim acontece, p. ex., com o *status* de nacional

atribuído em principio a todos quantos nascem em território português.

Esta personalidade ou capacidade jurídica geral compete hoje a todos os seres humanos. Mas nem sempre assim foi: os escravos não eram sujeitos de direitos mas objecto de direitos e, em certos ordenamentos antigos, os estrangeiros não eram em principio considerados capazes de direitos. Por outro lado, hoje a capacidade de direitos implica desde logo a titularidade efectiva de certos direitos: os direitos de personalidade (infra).

Da capacidade de direitos (de ser *titular* de direitos, de "ter" direitos) distingue-se a *capacidade de exercício de direitos*, isto é, a capacidade de dispor dos direitos de que se é titular (de sobre eles tomar decisões) ou a competência de intervir modeladoramente (através de negócios jurídicos ou quase-negócios jurídicos) na constituição de situações ou relações jurídicas (capacidade negocial). O que significa que um titular de direitos a quem falta a capacidade de exercício (menores, interditos) carecem de um representante que, em seu nome e no seu interesse, exerçam tais direitos (representação legal). Refira-se a este propósito que as pessoas dotadas de capacidade de exercício de direitos também se podem fazer substituir no exercício de certos dos seus direitos, ou na prática de negócios jurídicos cujos efeitos lhe sejam imputados, mediante um representante da sua escolha (representação voluntária).

Da capacidade de direitos e da capacidade de exercício de direitos convém destacar a capacidade de responder, isto é, de ser centro de imputação de uma responsabilidade. Situa-se neste quadro a chamada *capacidade delictual*, na qual podemos incluir tanto a capacidade para ser sujeito de uma responsabilidade penal, como a capacidade de ser sujeito de uma responsabilidade civil (responsabilidade pelos danos causados à pessoa ou ao património de outrem). É que a capacidade para ser sujeito de responsabilidade penal ou civil (*imputabilidade*) não depende dos mesmos pressupostos que a capacidade de exercício de direitos. Centro de imputação de responsabilidade, para certos efeitos, pode ainda sê-lo um simples agregado patrimonial (património separado) não dotado de personalidade jurídica.

Isto posto, cabe dizer agora que a personalidade jurídica não é atribuída por lei apenas a pessoas singulares, mas também a organizações humanas destinadas à prossecução mais eficiente de determinados interesses públicos ou privados. Temos então as

chamadas *peçoas colectivas* (de direito público ou de direito privado). Para a mais cómoda e eficiente prossecução de tais fins — e verificados certos pressupostos — o direito confere a essas organizações de pessoas (associações), ou a essas contados, a determinadas organizações de bens (fundações), a capacidade de serem titulares (centros de imputação directa) de direitos e obrigações. Diz-se, então que a lei *personifica* determinado *substrato* organizacional.

A técnica da *personificação* é usada com muita frequência. Assim, no direito público o Estado-Administração personifica com frequência certos serviços administrativos, aos quais comete a prossecução de um determinado interesse colectivo ou de um feixe de interesses colectivos. No direito privado, por seu turno, é muito frequente a constituição de sociedades e de associações. Resta acrescentar que a pessoa colectiva actua no exercício dos seus direitos e no cumprimento das suas obrigações através dos seus órgãos (representação orgânica).

Conforme já referimos, a personalidade jurídica vão desde logo ligados certos direitos fundamentais chamados *direitos de personalidade*: tais o direito ao nome (o direito à *firma*, em se tratando de uma sociedade), o direito à integridade física, o direito à imagem, o direito à honra, ao bom nome e à reputação, o direito à inviolabilidade do domicílio e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (direito à privacidade da esfera íntima e familiar). Estes direitos, que são direitos absolutos ou *erga omnes*, são tutelados pela responsabilidade (civil e penal, só civil) que a sua violação acarreta.

5. Espécies de direitos subjectivos.

Entre os efeitos jurídicos decorrentes do funcionamento de uma norma de direito destacámos a constituição de direitos subjectivos. Entre estes direitos poderemos destacar, em primeiro lugar, dois grandes tipos: os direitos de "domínio" e os direitos de "crédito". Entre os direitos de domínio contamos o direito sobre coisas materiais ou direito de *propriedade*, o direito sobre a empresa como universalidade e como organização dinâmica e os chamados direitos de *propriedade intelectual* (direito do autor sobre a obra e direito de propriedade industrial: direito de

patente, direito à marca, etc.). Trata-se de direitos *absolutos* tutelados contra a intromissão de um qualquer terceiro que impeça ou perturbe o exercício dos poderes que constituem o respectivo conteúdo. Pelo que respeita ao direito sobre bens imateriais (direitos de propriedade literária, artística e científica, bem como direitos de propriedade industrial), trata-se de direitos de monopólio ou de exclusivo: o titular pode excluir qualquer terceiro da exploração da obra ou do invento.

Em contraposição aos direitos *absolutos*, acabados de referir, temos os *direitos de crédito*, que são direitos relativos. O direito de crédito confere ao seu titular o poder, juridicamente tutelado, de exigir de outrem (o devedor) uma determinada conduta, positiva (um fazer) ou negativa (um não fazer: omitir e tolerar). A conduta devida chama-se *prestação*, a qual tanto pode ser uma *prestação de facto* (realizar determinado serviço, praticar certo acto, abster-se de certa conduta) como uma prestação de coisa (entrega de dinheiro, entrega de determinado objecto). Os direitos de crédito dizem-se *relativos*, por serem poderes jurídicos que apenas existem em relação a determinada ou determinadas pessoas (os devedores), pelo que não podem, em princípio pelo menos, ser violados por terceiros. Há no entanto relações jurídicas ou situações jurídicas, como a de arrendamento, que, segundo a concepção tradicional, apenas conferem direitos de *crédito*, mas a cujo "credor" também cabem direitos contra terceiros e um direito de *domínio* sobre a coisa, pelo menos no sentido de *direito ao uso* da coisa. É assim que o locatário pode usar, quer contra o locador, quer contra terceiros, dos meios de defesa da posse (art. 1037.º do Código Civil). Não se trata aqui, evidentemente, de exercer um direito de crédito contra o devedor. De notar, porém, que esta espécie de direito de domínio reconhecido ao locatário é condicionado pela posse: apenas surge depois de o locatário ter obtido a posse e enquanto essa posse se mantiver.

Além dos direitos de *domínio* e dos direitos de *crédito* devemos considerar ainda os *direitos potestativos*. Estes, como já vimos, são aqueles direitos que conferem ao seu titular o poder de, mediante declaração unilateral (ou, em alguns casos, através de acção judicial), modificar ou extinguir relações jurídicas preexistentes ou mesmo constituir um direito que limite o direito de outrem (servidão). Exemplos paradigmáticos são aqui o

direito de anulação, o direito de denúncia, o direito de resolução, o direito de revogação, entre outros⁽¹⁾.

Poderia porventura falar-se ainda de *direitos de direcção* — embora estes já não apareçam claramente como direitos subjectivos típicos. Diferentemente do que se verifica em relação aos bens, não existem hoje (embora já tenham existido: escravatura) direitos de *domínio* sobre pessoas. Existe, no entanto, o chamado "direito de direcção". Tal o direito do "poder paternal", tal o "direito de direcção" do empresário. No caso do "poder paternal", trata-se de um direito-dever ou direito-função, a ser exercido no interesse, não do seu titular, mas de terceiro: do filho. Consiste no direito de "reger" (dirigir) a pessoa e administrar os bens do filho, no interesse deste. Todos os direitos "de direcção" estão, aliás, relacionados com o "status". O próprio direito de direcção do empresário — ou de qualquer superior hierárquico na função pública — liga-se à sua qualidade de "órgão" dentro de uma organização: não é possível coordenar numa unidade orgânica uma pluralidade de pessoas sem atribuir a uma pessoa ou a um conjunto de pessoas (órgãos singular ou órgão colegial) a necessária competência para tal coordenação, ou seja, sem lhe atribuir "poderes de direcção". O conteúdo de tais direitos de direcção é, portanto, determinado pela função (pelo *officium*) do titular do poder e, em último termo, pelas necessidades da organização. São, portanto, direitos "funcionais" ou direitos ligados ao exercício de uma função, pelo que devem ser exercidos segundo o "estatuto" desta e não no interesse subjectivo e segundo o arbítrio do titular do poder. Cádem tais poderes, porém, na noção ampla de direito subjectivo, quando se define este como um poder (um "poder de vontade") conferido a uma pessoa para a satisfação de interesses, próprios ou alheios, juridicamente protegidos. E também esse poder é acompanhado do poder (de exercício obrigatório em alguns casos) de fazer intervir os meios coercitivos (sanções ou medidas disciplinares) que o tutelam.

(1) Os direitos potestativos não têm por conteúdo um poder de exigir uma prestação (crédito) nem um poder de domínio sobre uma coisa, mas antes o poder de, por declaração unilateral receptícia, *modificar* (p. ex., a escolha nas obrigações alternativas) ou *extinguir* (p. ex., a resolução) uma relação jurídica preexistente, ou de *constituir* uma relação jurídica nova de conteúdo predeterminado (p. ex., "direito de opção", direito de preferência). São verdadeiros poderes "jurídico-modeladores".

6. A imperatividade, a generalidade e a abstracção da norma jurídica.

Comando (ou regra de conduta) geral, abstracto e coercível, ditado pela autoridade competente. Eis uma definição tradicional de norma jurídica. A ela corresponde a noção da lei em sentido material.

A norma jurídica seria um comando geral e abstracto, e por aí se distinguiria dos comandos individuais e concretos que, embora representem imperativos tutelados por medidas coercitivas, não criam direito objectivo mas se limitam a ser uma aplicação deste ou adoptam providências concretas e individualizadas. Assim, não são normas jurídicas as sentenças (p. ex., a sentença que condena *A* a restituir a *B* o dinheiro que este lhe emprestou), os decretos, portarias ou despachos de nomeação de um ministro ou de um funcionário público (mas já os chamados *despachos normativos*, como regulamentos que contêm regras gerais e abstractas, ou seja, normas jurídicas, são verdadeiras leis em sentido material, dimanadas dos órgãos administrativos no desempenho da sua função), os despachos que, como actos definitivos e executórios, incidem sobre os requerimentos dos particulares, etc. E também não são normas jurídicas as cláusulas negociais estipuladas nos contratos entre particulares, se bem que funcionem como verdadeiras regras vinculantes entre as partes e como imperativos (coercíveis) para quem as subscrive.

A) A norma como "imperativo".

Definindo a norma jurídica como comando, a doutrina tradicional adere à concepção imperativística daquela norma. É duvidosa a caracterização da norma jurídica como *imperativo*. Desde logo porque há certas normas que não ordenam ou proíbem uma conduta mas, antes, atribuem um poder ou faculdade (normas atributivas ou proposições jurídicas concessivas). Sobre este ponto, consideramos integrado aqui o texto de ENGELCH, de pp. 28 a pp. 43.

Mas o que sobretudo nos deve pôr de sobreaviso contra as possíveis implicações da concepção de norma jurídica como um "imperativo" é a conotação *voluntarista* ligada a este vocábulo. O Direito é, antes de mais, uma ordem objectiva da sociedade, com a sua "racionalidade" própria, em boa medida subtraída às intervenções voluntaristas arbitrárias do legislador. A norma

legislada é fundamentalmente *resposta* a um problema de ordenação social (a um problema jurídico) em que se concretiza, por forma *preceptiva*, é certo, uma determinada valoração, uma determinada *opção valorativa*. Trata-se de optar entre várias respostas possíveis ao mesmo problema, de acordo com certo critério ou juízo valorativo. A norma ou preceito nunca poderá ser, portanto, puro acto de vontade, puro imperativo: porque é condicionada pelos termos do problema, pelas opções possíveis e pelo critério valorativo que imprime coerência e significado ao preceito legislado.

B) *Generalidade e abstracção.*

Diz-se ainda que a norma jurídica é uma regra de conduta geral e abstracta. No contexto desta definição, o geral contrapõe-se ao individual e o abstracto ao concreto.

Geral é o preceito que, por natureza, se dirige a uma generalidade mais ou menos ampla de destinatários (pessoas), isto é, que não tem destinatário ou destinatários determinados. Dizemos destinatário ou destinatários determinados porque importa distinguir a generalidade da pluralidade. Um preceito pode ter uma pluralidade de destinatários e, no entanto, não ser geral. Assim acontece sempre que esses destinatários não são determinados por referência a uma certa *categoria* abstracta ou a uma certa *função* por eles exercida, mas tomando em consideração circunstâncias individualizadoras. Inversamente, o preceito pode em certo momento ter como destinatário apenas uma determinada pessoa e, no entanto, ser geral. Assim acontece, p. ex., com os preceitos constitucionais que se referem ao Presidente da República ou ao Primeiro-Ministro. Tais preceitos, enquanto definem as competências e os deveres do cargo ou *officium*, dirigem-se a uma categoria de pessoas (aos eventuais titulares do cargo) e não a uma entidade individual.

Diz-se abstracto o preceito que disciplina ou regula um número indeterminado de casos, uma categoria mais ou menos ampla de situações, e não casos, situações ou hipóteses determinadas, concreta ou particularmente visadas. Note-se que isto não significa que se não possa tratar de situações já concretizadas ou realizadas. A hipótese da norma pode justamente referir-se a este tipo de situações: tal a lei que venha qualificar os "terrenos para construção", tal a lei que ordenasse aos proprietários confinantes com as vias públicas ou com os

curios de água o arranque de certas espécies arbóreas, etc. O que importa é que seja abrangida toda uma *categoria* de casos.

Deste modo, generalidade e abstracção viriam afinal a reconduzir-se a uma categoria única, a da *generalidade*. Toda a lei, toda a norma jurídica deverá ser geral, no sentido de se destinar a regular toda uma categoria de situações ou de factos, futuros e/ou presentes (desde que a definição dessa categoria obedea a critérios gerais e objectivamente justificáveis). Fora disso, o preceito traduzir-se-á numa providência administrativa concreta, ainda que formalmente revista a forma de diploma legislativo. Mas, já em se tratando de normas destinadas a qualificar de lícita ou ilícita uma certa conduta (*regulae agendi* em sentido estrito), elas só podem visar factos (de conduta) ainda não realizados (*hipoteticidade*).

Se a generalidade aparente da lei é tão-somente um disfarce, escondendo a intenção de abranger um caso concreto, estaremos perante uma lei apenas formal que, no seu conteúdo, será antes um acto ou providência administrativa que não um verdadeiro acto legislativo.

Uma lei não pode nunca ser individual e concreta, pois doutro modo violar-se-ia o princípio da igualdade perante a lei, e com ele o princípio da igualdade dos encargos ou vantagens, respectivamente impostos ou reconhecidas aos cidadãos. Só serão admissíveis diferenciações fundadas em elementos objectivos (a diversidade das circunstâncias, a "natureza das coisas"), e são justamente esses elementos objectivos que permitirão conferir à categoria de situações visada pela norma o seu recorte e carácter genérico.

§ 2.º — Classificação das normas jurídicas

1. Normas *perceptivas*, *proibitivas* e *permissivas*

A ordem jurídica *ordena* e *proíbe*. Fá-lo evidentemente através de normas *imperativas*: no primeiro caso através de normas *preceptivas*, no segundo: através de normas *proibitivas*. Eis uma classificação que a custo carecerá de exemplos ilustrativos: as normas que nos obrigam a pagar impostos, ou que nos obrigam a circular pela direita, p. ex., são *preceptivas*; as

normas que punem o furto, o homicídio, as ofensas corporais, etc., são *prohibitivas*.

Mas a ordem jurídica, além de ordenar e proibir, também permite ou autoriza certos comportamentos. Não se trata apenas da atitude negativa de não ordenar nem proibir, por forma a justificar a conclusão de que tudo o que não é proibido é permitido; trata-se de positivamente conceder poderes ou facultades, de pôr o exercício de um poder jurídico nas mãos dos particulares, ou de conferir direitos. Por isso também se poderiam designar as correspondentes normas como normas *dispositivas*, normas de autorização ou normas *concessivas*. Consideremos, p. ex., os arts. 802.º, o art. 1055.º e o art. 1698.º do Código Civil: o primeiro concede ao credor, em certos termos, a faculdade de resolver o negócio, o segundo permite ao locatário denunciar o contrato de arrendamento para o termo do prazo e o terceiro permite aos esposados fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento.

Podemos em resumo dizer que no direito se contêm ordens, proibições e concessões ou seja, disposições que nos dizem, respectivamente: "tu deves", "tu não deves" e "tu podes".

2. Normas universais, regionais e locais.

Esta classificação reporta-se ao âmbito de validade *territorial* das normas. São *universais* as que se aplicam em todo o território do Estado, *regionais* as que apenas se aplicam numa determinada região (p.ex., os Decretos das Regiões Autónomas), *locais* as que apenas se aplicam no território de uma autarquia local (posturas e regulamentos locais).

3. Normas gerais (ou de direito-regra) e normas excepcionais.

As normas gerais constituem o direito-regra, ou seja, estabelecem o *regime-regra* para o sector de relações que regulam; ao passo que as normas *excepcionais*, representando um *ius singulare*, limitam-se a uma parte restrita daquele sector de relações ou factos, consagrando neste sector restrito, por razões privativas dele, um regime *oposto* àquele regime-regra. Assim, p. ex., o art. 219.º do Código Civil estabelece o princípio (regime

regra) da *consensualidade*: A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir. Mas várias disposições do mesmo Código exigem a observância de uma determinada forma para a validade do negócio. Assim, p. ex., o art. 1143.º estipula que o contrato de mútuo de valor superior a vinte mil escudos só é válido se for celebrado por escritura pública, e o de valor superior a dez mil escudos se o for por documento assinado pelo mutuário. Esta exigência de forma para a validade do negócio está em directa oposição ao regime-regra do art.219.º. O art. 1143.º representa, pois, uma norma excepcional.

Por força do art. 11.º, as normas excepcionais não comportam aplicação analógica. Para se ter uma norma por *excepcional* para efeitos deste artigo será necessário verificar se se está ou não perante um verdadeiro *ius singulare*, isto é, perante um regime oposto ao regime-regra e directamente determinado por razões indissoluvelmente ligadas ao tipo de casos que a norma excepcional contempla.

4. Normas de direito comum e normas de direito especial.

As normas *especiais* (ou de direito especial) não consagram uma disciplina directamente oposta à do direito comum; consagram todavia uma disciplina nova ou diferente para círculos mais restritos de pessoas, coisas ou relações. Assim, podemos dizer que o Direito civil é um direito privado comum, ao passo que, p. ex., o Direito comercial e o Direito agrário, para não falar já do Direito do trabalho, são direitos especiais.

5. *Leges plus quam perfectae*. *Leges perfectae*. *leges minus quam perfectae* e *leges imperfectae*.

Esta classificação tradicional tem a ver com as consequências jurídico-cíveis e jurídico-penais que se seguem à violação de uma norma imperativa.

a) Recebem a primeira designação aquelas normas cuja violação importa ao mesmo tempo a nulidade do acto e uma pena. Exemplo: o contrato pelo qual o pai negocia com outrem os "favores" de uma filha: o negócio é nulo (art. 280.º, 2.º,

do Código Civil) e, demais disso, é passível de uma sanção penal (art. 405.º do Código Penal — lenocínio). Veja-se ainda o art. 284.º do Código Civil (usura criminosa).

b) Recebem a segunda designação aquelas normas cuja violação importa nulidade do acto, mas sem pena: p. ex., negócio contrário aos bons costumes ou à ordem pública (v.g., compromisso de um cônjuge perante outro de “confessar” certas violações dos deveres conjugais), mas não punível.

c) Cabe a terceira designação àquelas normas cuja violação importa uma pena, mas não a nulidade do acto. P. ex.: a venda de um produto depois de hora regulamentar do encerramento da loja não acarreta a nulidade da venda, mais implica uma pena (multa) para o comerciante.

d) A quarta e última designação caberia às normas cuja violação não importa qualquer espécie de sanção. Tais as normas que têm por destinatárias certos órgãos superiores do Estado, quando a sua violação não é susceptível de qualquer sanção jurídica (suponha-se, p. ex., que o Presidente da República não cumpre o disposto no n.º 3 do art. 198.º da Constituição). O problema é este: *quis custodiet custodem?* Mas, por outro lado, poderá haver normas jurídicas cuja violação não importe efeitos jurídicos?

6. Normas autónomas e não autónomas e disposições normativas incompletas

A norma não autónoma é aquela que, por si só, não tem um sentido completo. (falta-lhe toda ou parte da hipótese, toda ou parte da estatuição), só o obtendo por remissão para outras normas. Tais são as normas remissivas, normas de devolução ou normas indiretas, de que falaremos adiante, e bem assim aquelas que ampliam ou restringem o campo de aplicação de normas anteriores.

Por outro lado, não chegam a ser verdadeiras normas mas “proposições jurídicas incompletas” as definições e as classificações legais de que também falaremos adiante. Como veremos, trata-se de disposições que se destinam a integrar as hipóteses globais de outras normas, ou a definir os conceitos normativos por estas utilizados.

7. Classificação das normas tomando para ponto de referência a autonomia privada.

Do ponto de vista da autonomia privada (ou liberdade negocial) podemos dividir as normas em injuntivas ou imperativas e dispositivas (há também quem designe estas por “facultativas”). As normas imperativas podem ser preceptivas ou proibitivas, nos termos já acima assinalados. As normas dispositivas (ou de direito dispositivo) podem, por seu turno, subdividir-se em normas facultativas, concessivas ou atributivas, interpretativas e supletivas. Já atrás falámos das normas facultativas ou permissivas. Resta falar das interpretativas e das supletivas.

Normas interpretativas neste sentido particular são aquelas disposições legais cuja função é determinar o alcance e sentido imputáveis a certas expressões ou a certas condutas declarativas ou actos das partes, em caso de dúvida. Assim, p. ex., se *A* deve 100 contos a *B* e entrega a este uma letra da mesma importância, ou lhe cede um crédito de 100 contos que tem sobre *C*, pode duvidar-se se aquela entrega ou esta cessão de crédito extinguem imediatamente a dívida de *A*, ou se tal dívida apenas se considerará extinta se e na medida em que *B* cobre a importância da letra ou cobre o crédito cedido. Na dúvida, por falta de declaração de *B* no sentido da exoneração imediata de *A*, o art. 840.º resolve o problema considerando que houve uma dação *pro solvendo* (ou em função de cumprimento) e não uma dação em cumprimento (*pro soluto*). *A* não terá ficado, portanto, imediatamente exonerado.

Normas supletivas são aquelas que se destinam a suprir a falta de manifestação da vontade das partes sobre determinados pontos do negócio que carecem de regulamentação. O Direito das Obrigações, dominado pelo princípio da autonomia negocial, é o domínio de eleição das normas supletivas. Bastemo-nos com um ou dois exemplos. Suponhamos que *A* se obrigou a entregar uma coisa a *B*, mas nada se estipulou sobre o lugar do cumprimento. Intervém então as normas supletivas dos arts. 772.º e sgs. do Código Civil. Vejam-se ainda, a título de exemplo, as regras supletivas dos arts. 784.º e seg., pelo que respeita à imputação do cumprimento, e o art. 455.º, 2, no que respeita aos efeitos do contrato para pessoa a nomear, quando não seja feita a declaração de nomeação nos termos legais.

Diz-se, com razão, que normas supletivas são aquelas que podem ser afastadas pela vontade das partes (em contrário). Mas existe modernamente uma certa tendência para considerar tais regras supletivas estabelecidas pelo legislador como normas que também exprimem ou incorporam uma certa concepção de justiça da comunidade jurídica. De maneira que o seu afastamento por cláusulas negociais só deveria ser reconhecido como eficaz quando para tal existisse uma *justa causa*. O problema põe-se sobretudo no que respeita aos contratos de adesão em que a parte mais forte, abusando da sua posição dominante, e através das "condições gerais do contrato" por ela ditadas, afasta todas aquelas disposições legais supletivas (de direito dispositivo) que lhe não convêm (estipulando cláusulas sobre o tribunal competente, cláusulas penais gravosas, cláusulas restritivas da sua responsabilidade, cláusulas resolutivas, etc. etc.). Segundo a referida doutrina, tais cláusulas deveriam ser consideradas como não escritas, sempre que representem um abuso do poder dominante. Os tribunais deveriam considerá-las nulas.

É sem dúvida de compartilhar esta preocupação de proteger o consumidor e, de uma maneira geral, a parte contratual mais fraca ou menos organizada contra os abusos do poder económico da parte melhor organizada e com uma posição preponderante no mercado. Abusos que se verificam em regra nos "contratos de massa". Mas cremos que essa protecção será mais eficazmente assegurada por outros meios: por meios de controle administrativo, submetendo à homologação de instâncias politicamente controladas, e com melhor legitimidade que os tribunais para tomar decisões de política económica, as condições negociais gerais dos contratos de adesão.

SECÇÃO II CODIFICAÇÃO E TÉCNICAS LEGISLATIVAS

§ 1.º — Significado da codificação como técnica normativa (*)

1. *Noção de código, estatutos, leis orgânicas, leis avulsas e legislação extravagante.*

Em primeiro lugar, um código é uma lei em sentido material. Na hierarquia das leis, tem a força própria da lei que o aprova ou na qual está contido. Formalmente, esta lei tanto pode ser uma lei da Assembleia da República como um Decreto-Lei do Governo ou qualquer outro diploma.

Mas não é uma lei como qualquer outra: é uma lei que contém a disciplina fundamental de certa matéria ou ramo de direito, disciplina essa elaborada por uma forma científico-sistemática e unitária. Distingue-se, assim, duma simples compilação de leis feita segundo critérios mais ou menos empíricos e contendo matérias de diversa índole, pertencentes a diversos ramos do direito, como acontecia com as antigas ordenações do reino.

Um código pressupõe, portanto, um plano sistemático longamente elaborado pela ciência jurídica, ao mesmo tempo que, por seu turno, facilita a construção científica do Direito ao pôr em evidência os princípios comuns, as grandes orientações legislativas, os grandes nexos construtivos e funcionais, assim como a articulação precisa entre os diversos institutos e figuras jurídicas.

Por outro lado, só costuma designar-se por código aquela lei que regula de forma unitária e sistemática um sector relativamente importante ou vasto da vida social — em regra um ramo

(*) Sobre todo este parágrafo, ver "Enciclopédia Verbo", *Codificação e Código* (Prof. R. QUEIRÓS) e P. de LIMA e A. VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, t. pp. 122 a 139.