

APRESENTAÇÃO

A exceção dos dois últimos capítulos deste livro, os restantes circulavam há anos em folhas policopiadas. Saem como corriam (salvo dois ou três exíguos aditamentos) com a marca visível de apontamentos provisórios e incompletos.

Mais incompletos e provisórios ainda serão os dois últimos capítulos, escritos já lá vai algum tempo. Mas vejo que as urgências da vida apenas se compadecem com o provisório, e por isso acedi a publicá-los. Acresce que, ante os progressos da filosofia da linguagem, me parece amadurecido e ensejo para realçar de novo o enraizamento do Direito na Cultura e do discurso jurídico no discurso "legitimador" da hermenêutica e da comunicação humana.

Tais como são, dedico estes apontamentos àqueles para quem primeiramente os elaborei: aos primeiros alunos do Ano Propedêutico do Curso de Direito no Porto da Universidade Católica. E também àquela que para mim é sempre, desde a origem, asa e raiz: à minha filha.

Porto, Julho de 1982.

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	5
<i>CAPÍTULO I</i>	
Introdução — A Realidade Social como Realidade Historicamente “Instituída”. O Direito como Realidade Social	7
1. Necessidade “original” das instituições (perspectiva antropológica)	7
2. As instituições na vida quotidiana	10
3. O Direito como parte integrante da realidade social	11
4. A realidade social como realidade de ordem e como forma de vida	13
5. Noção de instituição	14
6. Os “papéis” institucionalizados	17
7. Principais áreas institucionais	18
8. Funções das instituições	19
9. A conduta humana como conduta significativa	22
10. O normativo como constituinte do social	23
11. Implicações Gnoseológicas: compreender uma instituição social	26
12. Das instituições sociais para as instituições jurídicas	28
<i>CAPÍTULO II</i>	
Para uma noção de Direito	31
§ 1. <i>Direito e Coacção</i>	31
1. Introdução	31
2. Visão sociológica: o Direito como ordem de coacção	31
3. Visão jurídica: O Direito como uma ordem com um “sentido”	32
4. Opção inicial, Sequência	33
5. Questões que se suscitam a propósito da coacção. A legitimidade da coacção	34
6. A necessidade da coacção	36
7. O Direito e a força — o Direito e o poder político	36
A) O Direito não prescinde da força	36
B) O Direito legitima e regula a força	38
C) Facticidade e Validade — Poder Político e Direito	39
8. Conclusão	41
9. Observação crítica ao “cientismo” da sociologia empírica	42

§ 2. <i>O Facto e a Norma — A teoria da força normativa dos factos</i>	44
§ 3. <i>O Direito e o Estado</i>	50
1. A relação entre o Direito e o Estado	50
2. Se todo o Direito é estadual	50
A) O Direito Internacional	51
B) O Direito das comunidades “primitivas”	52
C) Direito de fonte não estadual	53
§ 4. <i>O Direito e a Segurança</i>	55
1. Relação entre Direito, Justiça e Segurança	55
2. A Segurança como “certeza jurídica”	56
3. A Segurança através do Direito face ao poder político e à Administração: o Estado de Direito	58
§ 5. <i>O Direito e a Moral</i>	59

CAPÍTULO III

Grandes linhas estruturais do Sistema Jurídico	63
A — <i>Macroestrutura: as grandes divisões do Direito</i>	63
1. Razão de Ordem	63
2. Direito objectivo e direitos subjectivos	64
3. Ramos do Direito	64
4. “Suma divisio”: Direito Público e Direito Privado	65
5. Ramos do Direito Público	66
6. Ramos do Direito Privado	70
7. Outros ramos do Direito e novos ramos de Direito	73

CAPÍTULO IV

Grandes linhas estruturais do Sistema Jurídico	79
B — <i>Fórmulas e Técnicas normativas</i>	79

SECÇÃO I — A NORMA JURÍDICA

§ 1. <i>Estrutura e Noção de Norma Jurídica</i>	79
1. Estrutura da Norma Jurídica: previsão e estatuição	79
2. A previsão como “facti-species”: ideias gerais	80
3. O facto jurídico, a situação jurídica e a relação jurídica	82
4. O sujeito jurídico e os direitos de personalidade	86

5. Espécies de direitos subjectivos	88
6. A imperatividade, a generalidade e a abstracção da norma jurídica	91
A) A norma como “imperativo”	91
B) Generalidade e abstracção	92
§ 2. <i>Classificação das Normas Jurídicas</i>	93
1. Normas preceptivas, proibitivas e permissivas	93
2. Normas universais, regionais e locais	94
3. Normas gerais (ou de direito-regra) e normas excepcionais	94
4. Normas de direito comum e normas de direito especial	95
5. Leges plus quam perfectae, leges perfectae, leges minus quam perfectae e leges imperfectae	95
6. Normas autónomas e não autónomas; disposições normativas incompletas ..	96
7. Classificação das normas tomando para ponto de referência a autonomia privada	97
 SECÇÃO II — CODIFICAÇÃO E TÉCNICAS LEGISLATIVAS	
§ 1. <i>Significado da codificação como técnica normativa</i>	99
1. Noção de Código, estatutos, leis orgânicas, leis avulsas e legislação extra- vagante	99
2. Significado e valor da codificação	101
§ 2. <i>Partes gerais, remissões, ficções, definições e presunções</i>	102
1. Partes gerais	102
2. Remissões	105
3. As ficções legais	108
4. As definições legais	110
5. As presunções legais	111
§ 3. “ <i>Ius strictum</i> ” e a “ <i>iustitia aequum</i> ”: os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais	113
1. Conceitos indeterminados	113
2. Princípio da legalidade e princípio da oportunidade: o poder discricionário ..	114
3. Regulamentação casuística e “cláusulas gerais”	116
4. Um exemplo sinóptico	118
5. Referência ao “direito judiciário” e ao papel do jurista	119
§ 4.º <i>A Sistematicidade e o trabalho do jurista</i>	121

CAPÍTULO V

A Tutela do Direito e a Garantia dos Direitos	125
§ 1. <i>Introdução — o aparelho estadual de coacção e a tutela do Direito</i>	125
§ 2. <i>Meios de tutela jurídica</i>	126
1. Tutela preventiva	126
2. Medidas compulsivas	127
3. Meios de tutela reconstitutivos: reconstituição “in natura”, reintegração por mero equivalente e compensação	128
4. Sanções punitivas	129
5. Invalidade e ineficácia dos actos jurídicos	129
6. Tutela privada e autotutela dos particulares	130
7. Classificação dos meios de tutela do direito	130
8. A tutela do direito e a tutela dos direitos	131
9. Sanção e sistema jurídico	
§ 3. <i>Tutela administrativa e garantias administrativas</i>	135
1. Tutela administrativa e garantias dos administrados	135
2. Tutela do direito e meios estaduais de controle social e de compulsão dos indivíduos	138
§ 4. <i>A tutela judiciária</i>	139
1. Posição constitucional e função do poder judicial	139
A) Função tuteladora dos tribunais	139
B) Os Tribunais como órgãos de soberania	139
C) Administrar justiça “em nome do povo”	140
D) A legitimidade fundada na vinculação às leis e no respeito dos deveres estatutários do cargo	141
2. A Jurisdição em sentido material: Jurisdição e Administração	144
3. A imparcialidade	148
4. A independência dos tribunais	149
5. Organização judiciária	150

CAPÍTULO VI

Fontes de Direito e Vigência das Normas	153
1. Noção. O problema	153
2. Enumeração e classificação das fontes de direito	157
3. A lei	159
4. Os assentos	160
5. O costume	161

6. A jurisprudência	162
7. A doutrina	163
8. Os princípios fundamentais de direito	163
9. Entrada em vigor das leis	165
10. Termo da vigência da lei	165
11. Hierarquia das fontes e das normas	166
12. Conflitos de normas	170

CAPÍTULO VII

Interpretação e Integração da lei	173
------------------------------------------------	------------

SECÇÃO I — INTRODUÇÃO

1. Indicação da sequência	173
2. Nota bibliográfica	174

SECÇÃO II — A INTERPRETAÇÃO DA LEI

§ 1. A doutrina tradicional da interpretação das leis	175
--------------------------------------------------------------------	------------

1. Noção	175
2. Interpretação doutrinal e interpretação autêntica	176
3. A querela dos métodos	177
A) Os dois eixos de coordenadas	177
B) A orientação subjectivista	178
C) A orientação objectivista	179
D) Balanço provisório entre as duas correntes	180
4. Elementos de interpretação (factores hermenêuticos)	181
A) Elemento gramatical (texto ou “letra da lei”)	182
B) O elemento racional ou teológico	182
C) Elemento sistemático (contexto da lei e lugares paralelos)	183
D) Elemento histórico	184
5. Resultados da interpretação	185

§ 2. Posição do Código Civil	188
-------------------------------------------	------------

SECÇÃO III — INTEGRAÇÃO DA LEI

1. Introdução: distinção entre interpretação e integração da lei	192
2. Proibição do “non liquet” (obrigação de julgar)	193
3. Noção e espécies de lacunas	194
4. Espécie de lacunas	195
5. “Lacunas do Direito”: referência à unidade da ordem jurídica	197
6. A determinação das lacunas e a colmatação das lacunas	200

7. Enquadramento teórico do domínio da lacunas e do possível espaço de jogo da metodologia integradora ou “prater legem”	200
8. O recurso à analogia: art. 10.º, 1 e 2	202
9. Função do recurso a uma norma “ad hoc” elaborada pelo julgador dentro do espírito do sistema: art. 10.º, 3	202
 SECÇÃO IV — POSTULADOS HERMENÉUTICOS FUNDAMENTAIS	
1. A “pré-compreensão” do “referente” ou o “subentendido” no entendido	205
2. O referente das “facti-species” legais e o referente fundamental da ordem jurídica	206
3. A dialéctica do “positivo” e do “trans-positivo”	208
4. Paralelismo entre os postulados hermenêuticos e os postulados do “Direito Natural”	210
5. O referente hermenêutico e a polaridade “positiva” do Direito	212
6. Rejeição da hermenêutica positivista	214
7. Pressupostos hermenêuticos e “vontade do legislador”	217

CAPÍTULO VIII

A Aplicação da Lei no Tempo e no Espaço	219
 SECÇÃO I — APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO	
§ 1. <i>Introdução</i>	220
1. O problema. Sua importância prática	220
2. Problemas de filosofia e de política jurídica subjacentes à teoria da não retroactividade. Fundamento último do princípio da não retroactividade ..	223
3. Graus de retroactividade	226
4. A retroactividade e a Constituição	227
5. Soluções possíveis do problema. As disposições transitórias. “Direito Transitório”	229
§ 2. <i>Teoria da não retroactividade da lei e suas aplicações</i>	231
1. O princípio da não retroactividade da lei e a sua expressão no nosso Código Civil	231
2. Insuficiência da fórmula da teoria do facto passado: factos-pressupostos não constitutivos	234
3. Lei aplicável às situações jurídicas contratuais (“estatuto do contrato”) ..	237
4. Leis sobre prazos	242
5. Leis interpretativas	245
6. Leis confirmativas	248

SECÇÃO II — APLICAÇÃO DA LEI NO ESPAÇO

CAPÍTULO IX

O Direito e as Ciências Sociais	253
1. Ser e Dever-ser — Factualidade e Normatividade	253
2. Ponto de partida normativo na indagação “jurística” do Direito	256
3. Descritivo e preceptivo	257
4. Investigar e decidir. O modelo jurídico de decisão	260
5. Relevância das Ciências Sociais para o Direito	263
6. A validade jurídica: seu fundamento suprapositivo	264
7. Conclusão	268

CAPÍTULO X

Prolegómenos do Discurso Legitimador	273
---------------------------------------------------	------------

SECÇÃO I — INTRODUÇÃO GERAL AO DISCURSO LEGITIMADOR

1. Ligação do discurso legitimador à origem da nova forma de vida “homem”	273
2. O discurso legitimador e o discurso jurídico	284

SECÇÃO II — O PROBLEMA DO DIREITO JUSTO

1. Introdução	286
2. Jusnaturalismo e filosofia pragmatista da linguagem	293
3. Uma concepção hodierna do Direito Natural	296
4. Da validade do Direito Positivo	304

SECÇÃO III — DA MEDIAÇÃO NO DISCURSO LEGITIMADOR

§ 1.º — <i>A concretização como mediação</i>	307
1. Tramitação do discurso concretizador dos princípios e cláusulas gerais	307
2. Aspectos hermenêuticos e aspectos heurísticos. A formação do “sensus iuridicus”	311
3. A função mediadora do discurso jurídico e o “círculo hermenêutico”	314
4. A “origem” da força persuasiva e legitimadora do discurso aplicativo	319
5. A necessidade da mediação	322
6. Significado da “mediação”. Discurso hermenêutico e discurso teorético	323
§ 2.º — <i>O discorrer por analogia</i>	326
1. A analogia como princípio e o argumento a contrário	326
2. O argumento de analogia	331

SECÇÃO IV — O DIREITO, O HOMEM E A CULTURA

1. O direito como parte integrante da cultura e a imagem do homem pressu-	333
posta pelo direito	
2. Concepção materialista e concepção culturalista do homem e da sociedade	334
3. Apreciação da tese materialista	336
4. O homem “ser de linguagem” originária e radicalmente comprometido no	
discurso legitimador	337
5. O suprapositivo no discurso: sua relação com o consenso originário pressu-	
posto e com a ideia de Justiça. Razão e pacto	339
6. Mediação, Aprendizagem e Condição humana	342
7. Um “sentido de justiça” inato ou adquirido? Acontecimento e “origem” ..	345
8. Acontecimento e “origem”: Justificação da Hermenêutica	350
9. Recapitulação: Ciéncia e Hermenêutica, organização e êxito	354

CAPÍTULO XI

A Ciéncia Jurídica	359
1. Introdução: concepção corrente do trabalho do jurista	359
2. Posição no sistema geral das ciéncias	362
3. Dimensão científica da Ciéncia Jurídica	363
4. Virtualidades “libertadoras” da dogmática jurídica	368
5. Índole e função não científica da ciéncia jurídica	369
6. A linguagem e a especificidade das linguagens	372
7. A ciéncia jurídica entre as ciéncias hermenêuticas	374
BIBLIOGRAFIA	377