

MANUAL DE INTRODUÇÃO AO DIREITO



2ª edição, revista

©2011 — Bartolomeu Varela

Praia: Uni-CV

Versão digital disponível em <http://unicv.academia.edu/BartolomeuVarela>

Apresentação

Elaborado e publicado, em versão fotocopiada, em 2005, este manual, destinado aos estudantes que iniciam os estudos superiores na área do Direito, foi igualmente divulgado, em 2007, nalgumas das páginas pessoais do autor.

É o mesmo trabalho que volta, agora, a ser disponibilizado, em versão digital, com breves actualizações em relação a citações de normas da Constituição da República de Cabo Verde de 1992, revista em 2010.

Mantendo a singeleza da escrita, intencionalmente parca em citações de obras da especialidade, o Manual de Introdução ao Direito nem por isso deixa de abordar, com o rigor indispensável, as questões de que se ocupa.

Ao fazê-lo, o Manual prossegue o objectivo de contribuir para que o estudante compreenda as noções básicas de Direito, a evolução deste ramo da Ciência ao longo de diferentes épocas histórica, assim como o seu papel nas sociedades humanas erigidas em Estado, com a necessária aproximação à realidade cabo-verdiana.

Os temas abordados no Manual permitem ainda ao aluno:

- a) Esclarecer a importância histórica e actual do Direito na regulação da vida societária, compreender a natureza e o alcance das suas normas, distinguindo-as das outras normas sociais.
- b) Compreender e utilizar um conjunto de conceitos, princípios e técnicas fundamentais, de carácter propedêutico, instrumental e epistemológico, necessários a uma correcta análise, interpretação e aplicação das normas jurídicas ou de Direito nos diferentes contextos da sua vida estudantil, social e profissional. Obviamente, a leitura do Manual não dispensa a consulta de trabalhos de outros autores, alguns dos quais recomendados na bibliografia (parte final do Manual).

Praia, Outubro de 2011.

Bartolomeu Varela

Docente da Universidade de Cabo Verde

ÍNDICE

Apresentação	2
Capítulo 1. O DIREITO E A ORDEM SOCIETÁRIA	5
1.1. O homem como ser eminentemente social	5
1.2. A necessidade do Direito no mundo social	6
1.3. As diversas ordens sociais normativas e sua interligação	7
1.4. Relações entre Direito e Moral	8
1.5. Direito e Política	10
1.6. Funções e valores fundamentais do Direito	10
1.7. Os diversos sentidos do termo “Direito”	12
Capítulo 2. O DIREITO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	14
2.1. Conceito de Direito	14
2.2. Evolução histórica do Direito	14
2.2.1. O Direito na Grécia Antiga	16
2.2.2. Direito Romano	19
2.2.3. Direito germânico	25
2.2.4. Idade Média	25
2.2.5. Do Renascimento ao século XVIII	26
2.2.6. Séculos XIX e XX	27
2.3. Direito hispano-português.	28
2.4. Sistemas jurídicos contemporâneos	29
2.4.1. O sistema de direito continental ou romano-germânico	29
2.4.2. O sistema anglo-saxónico ou de common law	30
Capítulo 3. AS NORMAS JURÍDICAS E AS SANÇÕES	33
3.1. Conceito de norma jurídica	33
3.2. Características da norma jurídica	33
3.3. Estrutura da norma jurídica	33
3.4. As sanções jurídicas como variedade das sanções sociais	34
3.5. Sanções Políticas	36
Capítulo 4. AS FONTES DO DIREITO	38
4.2. Fontes imediatas ou directas:	38
4.3. Fontes mediatas ou indirectas:	41
4.4. Os princípios gerais de Direito	42
Capítulo 5. OS RAMOS DO DIREITO	44
5.1. Conceito de Ramos de Direito	44
5.2. Direito Positivo e Direito Natural	44
5.3. Direito Internacional e Direito Nacional	45
5.4. Direito Público e Direito Privado	45
5.5. Breve estudo dos principais ramos de Direito	46
Capítulo 6. A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, ENQUANTO REFERÊNCIA ESSENCIAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO	51
6.1. Noção de Constituição	51
6.2. Surgimento e formação das Constituições	52
6.3. Funções da Constituição	54
6.4. Acepções da Constituição	55
6.5. Classificação das Constituições	57
6.6. Estrutura das Constituições	58
6.7. Estrutura e conteúdo sumário da Constituição de Cabo Verde	59

Capítulo 7.O DIREITO SUBJECTIVO E A PESSOA	62
7.1. A Pessoa, fundamento e fim da ordem jurídica.....	62
7.2. A relação jurídica e os actos jurídicos	63
7.3. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos	65
7.4. Direitos Fundamentais em Cabo Verde.....	68
7.5. Deveres Fundamentais na Constituição cabo-verdiana	69
Capítulo 8.INTERPRETAÇÃO DAS LEIS	70
8.1. Conceito de interpretação da lei	70
8.2.Elementos da Interpretação	70
8.3. Métodos de interpretação da lei.....	71
8.4. Exemplos da aplicação de métodos de interpretação	72
8.5. As lacunas e sua integração	73
Capítulo 9. A APLICAÇÃO DAS LEIS NO ESPAÇO E NO TEMPO	75
9.1. Aplicação das leis no tempo	75
9.1.1. Vigência e ineficácia das leis no tempo.....	75
9.1.2. Princípios da aplicação das leis no tempo	76
9.2. Aplicação das leis no espaço	77
Capítulo 10. OS ACTOS LEGISLATIVOS E NORMATIVOS.....	79
10.1. Actos legislativos.....	79
10. 2. Actos normativos:.....	80
10.3. Princípios subjacentes à hierarquia das normas do Direito:	81
10.4. Prerrogativas do exercício da função legislativa em Cabo Verde	82
10.5. Condições de existência material das leis.....	83
Capítulo 11. O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E O CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE E DA LEGALIDADE	86
11.1. Quadro conceptual.....	86
11.2. A Teoria do controlo da constitucionalidade.....	86
11.3. Constitucionalidade por acção e por omissão.....	88
11.4. Modalidades de fiscalização.....	88
11.5. Efeitos da fiscalização	89
Anexo 1. LEI DAS DOZE TÁBUAS.....	92
Anexo 2. CÓDIGO DE HAMURABI.....	95

Capítulo 1. O DIREITO E A ORDEM SOCIETÁRIA

SUMÁRIO: 1.1. O homem como ser eminentemente social; 1.2. A necessidade do Direito no mundo social; 1.3. As diversas ordens sociais normativas e sua interligação; 1.4. Relações entre Direito e Moral; 1.5. Direito e Política 16. Funções e valores fundamentais do Direito; 1.7. Os diversos sentidos do termo “Direito”

1.1. O homem como ser eminentemente social

O Homem sempre viveu em comunidade: clã, tribo, família, cidade (polis), Sociedade e Estado são, entre outras, formas organizativas em que se tem manifestado a natureza societária ou a sociabilidade do homem ao longo da História.

Já na Grécia Antiga, o Homem tomara consciência de que a sua vida social (política) lhe conferia uma condição superior à Natureza (mineral, vegetal, animal). Aristóteles dizia que “o Homem, mais do que qualquer outro animal que viva em enxames ou rebanhos, é, por natureza, um animal social (*zoon politikon*)”.

Podem ser agrupadas em dois grandes grupos as tentativas de explicação da razão de ser da vida do Homem em sociedade¹, segundo diversos autores:

a) **Concepção naturalista da sociedade:** Autores como Aristóteles, Cícero, S. Tomás de Aquino, St^o Agostinho, Leão XIII, etc., acreditam na origem natural da sociedade, isto é, entendem que a origem da sociedade tem o seu fundamento ou explicação na natural sociabilidade do homem, na tendência natural para o homem conviver com outros homens de modo a satisfazer as suas necessidades e realizar-se como pessoa.

b) **Concepção contratualista da sociedade:** Segundo autores como Jhon Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, a origem da sociedade baseia-se no contrato social. Para eles, a vida do Homem em sociedade não era natural, mas antes resultava de um acordo de vontades entre os homens. Defendem que, antes de viverem em sociedade, os homens viviam num estado pré-social ou “estado de natureza” (*status naturalis*),

¹ Entendemos aqui Sociedade como um conjunto de indivíduos que produzem e reproduzem as condições de sua sobrevivência, relacionando-se uns com os outros, com base em determinadas regras, para a satisfação de suas necessidades individuais e colectivas. Para a satisfação de determinadas necessidades (nomeadamente as de segurança e bem estar), a sociedade tem de se organizar a um nível superior, dotando-se de uma Autoridade capaz de empregar os meios para se impor, se necessário, de força coerciva, a toda a colectividade, de modo incontornável. Tem-se, assim, a Sociedade Política, que aglutina e se impõe a todas as sociedades ditas primárias ou de primeiro grau, como a família, vizinhança, clubes, associações, etc., que visam satisfazer necessidades de menor alcance...

caracterizado por uma vida solitária e errante, sem vínculo comunitário, em que não havia leis nem autoridade. A passagem à vida em sociedade ou ao “estado de sociedade” (*status civilis*), com regras e princípios de convivência colectiva, processar-se-ia mediante um contrato social ou acordo de vontades em que os homens prescindiram da vida errante (ou do estado da natureza) em que viviam anteriormente. Por esse contrato social os homens criam um ente regulador da vida em sociedade tendo em vista o bem comum, surgindo, desta forma, o Estado e, com ele, as normas que constituem o Direito (normas jurídicas).

Estas duas explicações sobre a origem da sociedade não são de todo incompatíveis, antes se complementam, contribuindo para melhor se compreender a natureza social da vida humana. Na verdade, o Homem é um ser eminentemente social, na medida em que não consegue viver só ou isolado dos outros homens: ele tende a viver em sociedade, porque só assim pode desenvolver todas as suas capacidades. Viver em sociedade é uma necessidade inata do Homem e representa a mais elementar e natural forma de convivência humana.

Em suma, a natural sociabilidade do Homem é o fundamento da sua vida em sociedade, a qual é regulada por uma diversidade de normas, de entre as quais as normas jurídicas, como veremos adiante.

1.2. A necessidade do Direito no mundo social

Já na Antiguidade se dizia que onde existe o Homem existe Sociedade (*ubi homo, ibi societas*). Mas também se dizia que onde houver Sociedade haverá Direito (*ubi societas, ibi ius*).

Com efeito, sendo a sociedade indispensável à vida do Homem, a convivência humana em sociedade exige que se defina e prevaleça uma ordem, a que a todos se submetam, isto é, um conjunto de regras gerais e padrões que orientem de forma imperativa o comportamento do Homem e estabeleçam as regras de organização dessa sociedade bem como as instituições que dela fazem parte. Dessa ordem social, destaca-se a ordem jurídica, ou seja o Direito.

A ordem jurídica é, pois, a ordem social regulada ou constituída pelo **Direito**, ou seja, por um conjunto de normas gerais, abstractas e imperativas, cuja observância pode ser assegurada de forma coerciva pelo Estado.

A sociedade é, ao mesmo tempo, a forma de vida por excelência do Homem e uma realidade ordenada pelo Direito. De facto, o meio social ordenado em que vive o homem (a sociedade) é instituído pelo Direito, através da definição de regras de conduta e padrões de comportamento individual e colectivo e de um sistema organizativo em que se estrutura e funciona a sociedade.

O Direito regula, assim, um conjunto de relações que poderíamos figurar num “**triângulo normativo**” da seguinte forma: relações entre cidadãos (linha de base), que têm lugar num plano de igualdade jurídico-social; relações entre os cidadãos e o Estado (linha ascendente), determinando-se aquilo que os cidadãos devem à sociedade (Estado) como contribuição para o bem comum; relações entre o Estado e os cidadãos (linha descendente), em que o primeiro (Estado) aparece com obrigações face aos seus segundos (cidadãos). As linhas da estrutura da ordem jurídica esboçada correspondem, assim, respectivamente, às três intenções normativas clássicas da Justiça: justiça comutativa, justiça geral ou legal; justiça distributiva.

O carácter societário do Direito fica assim evidente: esse carácter societário determina-se pela ligação estreita e necessária entre o Direito e a Sociedade.

1.3. As diversas ordens sociais normativas e sua interligação

Ao contrário da ordem natural, em que os fenómenos ocorrem segundo uma sucessão invariável (ciclo de reprodução animal, marés, ciclo de água, movimentos da terra, etc.), a ordem social é constituída por uma rede complexa e mutável de regras provenientes de ordens normativas de diversa índole, a saber:

- a) **A ordem moral** – aponta normas ou regras que tratam de influenciar a consciência e moldar o comportamento do indivíduo em função daquilo que se considera o Bem e o Mal; As normas morais visam o indivíduo e não directamente a organização social em que se integram; a ordem moral tem como sanção a reprovação da formação moral da pessoa ou a má reputação;
- b) **A ordem religiosa** – tem por função regular as condutas humanas em relação a Deus, com base na Fé;
- c) **A ordem de trato social** – aponta normas que se destinam a permitir uma convivência agradável entre as pessoas mas que não são propriamente indispensáveis à subsistência da vida em sociedade. Inclui normas sobre a maneira de estar e se comportar em acontecimentos sociais (normas de etiqueta e boas maneiras, de cortesia e urbanidade); normas sobre a forma de vestir (moda), normas típicas de uma profissão (deontologia), normas de uma determinada região (usos e costumes), etc.;
- d) **A ordem jurídica** - é constituída pelas normas mais relevantes da vida em sociedade e, ao contrário, das outras ordens normativas, serve-se da coacção como meio de garantir a observância das suas normas, caso estas não forem acatadas voluntariamente. É, pois, um conjunto de normas que regulam as relações sociais, impondo-se aos homens de forma obrigatória e com recurso à coercibilidade.

Mas, **note-se bem**: todas as ordens sociais enunciadas têm em comum o facto de as suas normas (normas morais, religiosas, de trato social e jurídicas) serem *gerais, abstractas e obrigatórias*. A generalidade, a abstracção e a imperatividade ou obrigatoriedade são, pois, características comuns às mesmas. No entanto, e como marca diferenciadora, só a ordem jurídica (ou de Direito) se caracteriza pela *coercibilidade*, assegurada pelo Estado em caso de não cumprimento voluntário das suas normas (normas jurídicas).

1.4. Relações entre Direito e Moral

A vida social só é possível se forem efectivas as regras determinadas para o procedimento dos homens. Tais regras, de cunho ético, emanam, fundamentalmente, da Moral e do Direito, que procuram ditar como deve ser o comportamento de cada um. Sendo ambos – Moral e Direito – normas de conduta, evidentemente apresentam um campo comum. Assim, aquele que estupra uma menor infringe, ao mesmo tempo, *norma jurídica*, contida no Código Penal, e *norma moral* (*neminem laedere* = não prejudicar a ninguém).

Miguel Reale elucida que "o Direito representa apenas o mínimo da Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas, como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão das regras que a comunidade considerar indispensáveis à paz social".

Haveria, portanto, um campo de acção comum, sendo mais amplo o da Moral. Mas seria correcto dizer-se que todas as normas jurídicas estão contidas no plano moral? A resposta é, obviamente, negativa.

Acções existem, entretanto, que interessam apenas ao Direito, como ocorre, por exemplo, com as formalidades de um título de crédito. Existem outras que são indiferentes ao Direito, mas que a Moral procura disciplinar. É o que acontece, v.g., com a prostituição. Com efeito, a mulher que se dedica à prostituição não sofre qualquer sanção jurídica, posto que a prostituição, em si, não é crime. Contudo, como salienta Bassil Dower, é considerada como "câncer social" e a mulher que a pratica, por um motivo de ordem ética, fica marginalizada, sujeitando-se à repulsa geral.

Conquanto tenham um fundamento ético comum, as normas morais e jurídicas possuem caracteres próprios que as distinguem, embora as regras da Moral exerçam, normalmente, enorme influência sobre as de Direito.

Esses **caracteres distintivos** podem ser sistematizados sob um tríplice aspecto: em razão do campo de acção, da intensidade da sanção que acompanha a norma em cada caso ou dos efeitos de cada uma delas.

Sob o aspecto do campo de acção, a Moral actua, sobretudo, no foro íntimo do indivíduo, enquanto o Direito se interessa, essencialmente, pela acção exteriorizada pelo homem, ou seja, por aquilo que ele fez ou deixou de fazer na vida social. Assim, a maquinação de um crime, podendo ser indiferente ao Direito, é repudiada pela Moral, encontrando reprovação na própria consciência. Já a exteriorização desse pensamento, com a efectiva prática do crime, importa em conduta relevante para o Direito, que mobiliza o aparelho repressivo do Estado para repor o equilíbrio social.

Quanto à intensidade da sanção, a Moral estabelece sanções individuais e internas (remorso, arrependimento, desgosto) ou de reprovação social (ex.: a prostituta é colocada a margem da sociedade). O Direito estabelece sanção mais enérgica, consubstanciada em punição legal (ex.: aquele que mata fica sujeito a uma pena de prisão maior).

Quanto aos efeitos, observa-se que da norma jurídica decorrem relações de carácter bilateral, ao passo que da regra moral deriva consequência unilateral, isto é, quando a Moral diz a um que ame o seu próximo, pronuncia-o unilateralmente, sem que ninguém possa reclamar aquele amor; quando o Direito determina ao devedor que pague a prestação, proclama-o bilateralmente, assegurando ao credor a faculdade de receber a dita prestação.

De forma sucinta, podemos fazer a distinção entre a ordem jurídica (Direito) e a ordem moral de acordo com os seguintes **critérios**:

a) Critério do “mínimo ético”: O Direito só acolhe e impõe as regras morais cuja observância é imprescindível para a subsistência da paz, da liberdade e da justiça em sociedade. O Direito constitui aquele mínimo ético ou moral que resulta da coincidência das suas normas com as regras morais. Isto equivale a dizer que o Direito não se propõe, como seu fim essencial, garantir certa concepção ética da sociedade mas tampouco ignora as normas morais; na verdade, o Direito não prescreve condutas imorais;

b) Critério da coercibilidade: As normas morais só têm relevância para a consciência de cada um, enquanto as normas jurídicas se impõem ao indivíduo na medida em que são coercivas, ou seja, podem ser impostas pela força;

c) Critério da exterioridade: Ao Direito, que se preocupa essencialmente com a conduta externa ou visível do homem, basta que o indivíduo cumpra as normas em vigor, enquanto a Moral exige, além disso, uma adesão íntima (interior) aos valores éticos que prescreve.

Têm sido ainda referidos na doutrina outros critérios distintivos, como:

- i) O critério teleológico, segundo o qual a Moral visa a perfeição a pessoa humana, enquanto o Direito tem por objectivo a realização da justiça na vida social;
- ii) O critério do objecto, conteúdo ou matéria, segundo o qual a Moral regula toda a conduta humana, individual e social, interessando-lhe inclusivamente o que é puramente interno, enquanto o Direito respeita exclusivamente aos comportamentos sociais;
- iii) O critério da perspectiva, conforme o qual a Moral considera a conduta preferentemente “do lado interno”, enquanto o Direito considera sobretudo o lado externo, a conduta exteriorizada².

Pode dizer-se, em suma, que as condutas que nem todas as condutas humanas entram na esfera do Direito, mas sim aquelas que são susceptíveis de pôr em causa a ordem social de convivência, os fundamentos da própria sociedade.

Todavia, entre as diversas ordens sociais normativas estabelecem-se relações, influenciando-se reciprocamente, como facilmente nos damos conta no quotidiano.

1.5. Direito e Política

Deve ter-se ainda em conta a relação especial que existe entre o Direito e a Política, na base da premissa segunda a qual o Direito limita o campo político, enquanto a Política determina a formatação da ordem jurídica, suas fontes e campo de aplicação. Na verdade, é impensável o Direito fora do quadro da existência de uma sociedade erigida em Estado, dotado dos órgãos de poder encarregados de ditar e aplicar o Direito. Efectivamente, o Direito é uma ciência política por excelência.

1.6. Funções e valores fundamentais do Direito

A ordenação da vida social expressa-se através de um conjunto de normas, de entre as quais relevam as normas jurídicas, ou seja, regras de conduta imperativas, gerais e abstractas, adoptadas e impostas de forma coerciva pelo Estado, através de órgãos ou autoridades competentes.

É através das normas jurídicas que o Direito cumpre a sua missão ordenadora da vida social. A ordem jurídica, instituída pelo Direito, tem assim, uma intenção normativa: procura regular a realidade social de acordo com os valores que constituem a consciência ética da sociedade.

1.6.1. Funções do Direito na ordem social

² Estes critérios acabam por coincidir em larga medida com os enunciados anteriormente, pelo que o estudante pode optar pelo primeiro ou pelo segundo grupo de critérios.

Enquanto forma de ordenação da vida na sociedade, a ordem jurídica cumpre duas funções primordiais:

a) *Função primária ou prescritiva*: a ordem jurídica funciona como princípio de acção ou conduta do Homem (coloca os cidadãos num plano de igualdade jurídico-social, atribuindo-lhes direitos e poderes e prescrevendo-lhes deveres e responsabilidades) e como critério de sanção (prevê as consequências da violação das normas jurídicas, ou seja as punições);

b) *Função secundária ou organizatória*: a ordem jurídica estabelece as regras de organização da sociedade e das instituições sociais. Para que a ordem jurídica se materialize, ela precisa estabelecer as suas instituições, determinando-lhes o estatuto funcional e organizando os processos jurídicos de actuação da função primária.

1.6.2. Valores fundamentais do Direito:

Desde que foi assumido como uma das dimensões mais importantes da cultura, o Direito está ligado ao esforço histórico de realização de valores fundamentais na convivência social, a saber:

a) - **Justiça**: É o fim último do Direito. Designa, segundo alguns autores (como Leibniz), proporção, ponderação, adequação, correspondência a um fim. Na Grécia Antiga, a Justiça fazia-se equivaler à igualdade; na tradição judaico-cristã, supõe conformidade do agir humano com a vontade divina; expressa-se também no conceito de carácter social que diz respeito à repartição dos bens escassos entre os homens. A Justiça é ainda encarada em função do tipo de relações que se estabelecem entre os indivíduos (justiça comutativa) entre os indivíduos e a sociedade, em termos de sujeição a normas fixadas pelo Estado (justiça geral ou legal) e entre o Estado e os indivíduos, tendo estes direitos em relação àquele (justiça distributiva). Para poder vigorar na sociedade, o Direito deve impor uma ordem de convivência justa. A validade do Direito reside na Justiça, isto é, na justeza da ordem jurídica.

b) - **Equidade**: Significa procurar ou promover a justiça, tendo em devida conta as desigualdades sociais, o que implica dar tratamento diferenciado a situações desiguais, dentro de parâmetros legalmente aceitáveis. Para o ser realmente, a Justiça exige a consideração dos casos concretos na aplicação das normas, não podendo cingir-se a uma aplicação cega. Por isso, o Juiz, na sua função de julgar, obedece à lei mas também à sua consciência, além de considerar o convencionado pelas partes, sempre que as normas o permitam.

c) - **Segurança**: Quer dizer que aos cidadãos deve ser dada a necessária confiança na estabilidade (ou permanência) das normas jurídicas. As normas jurídicas não podem ser alteradas a cada dia que passa, a fim de

garantirem aos cidadãos a possibilidade de orientar a sua conduta presente e futura com a necessária estabilidade. É assim que as leis novas só devem em princípio dispor para o futuro (princípio da irretroactividade da lei).

d) - **Certeza Jurídica:** Significa que aos cidadãos deve ser dada a possibilidade de terem um conhecimento preciso acerca do sistema de normas jurídicas vigentes na sociedade, para orientarem convenientemente a sua conduta e defenderem os seus interesses. Os cidadãos devem estar em condições de gerir e prever os efeitos da sua conduta com base em normas jurídicas vigentes e do conhecimento geral. Por isso, em regra, as normas jurídicas, escritas de forma clara, com rigor e objectividade, devem ser publicadas no Boletim Oficial.

1.7. Os diversos sentidos do termo “Direito”

Como temos referido, o Direito é a ordenação da convivência humana em sociedade através de normas jurídicas de acordo com a Justiça. Existe assim uma relação essencial e necessária entre o Direito e a Justiça.

Se este tópico é pacífico na definição do Direito, não existe unanimidade na formulação o conceito de Direito. Este termo costuma ser utilizado com vários significados:

- Num sentido normativo, **Direito** é o conjunto ou sistema de normas e princípios jurídicos, é o ordenamento jurídico que regula a vida em sociedade e determina o seu modo de ser e de funcionar. Fala-se assim de: Constituição da República, Código Civil, Direito Comercial, Direito Internacional, Direito Inglês, etc.
- **Direito** pode designar o local ou instituição em que se administra a Justiça (os Tribunais); pode significar ciência jurídica, sabedoria jurídica dos jurisconsultos ou inclusive, património de uma pessoa (direitos e obrigações)...

Há, porém, duas **aceções fundamentais do Direito**: direito objectivo e direito subjectivo.

Direito objectivo - É o conjunto de regras gerais, abstractas e imperativas, vigentes num determinado momento, para reger as relações humanas, e impostas, coactivamente, à obediência de todos. Os Códigos Penal, de Processo, Civil etc., bem como qualquer uma de suas regras, são exemplos de direito objectivo.

Direito subjectivo – É constituído pelos poderes, posições de privilégio ou faculdades que as normas de direito objectivo atribuem às pessoas de modo a que estas possam salvaguardar os seus legítimos interesses:

direito à vida, direito à integridade física, direito ao bom-nome e à privacidade, direito ao casamento, etc.

Dito de outro modo, *direito subjectivo* é faculdade ou prerrogativa do indivíduo de invocar a lei na defesa de seus interesses. Parte integrante do direito objectivo, o direito subjectivo de uma pessoa corresponde sempre ao dever de outra, que, se não o cumprir, poderá ser compelida a observá-lo através de medidas judiciais.

A Constituição de Cabo Verde dispõe, no seu art.º 68º, que "é garantido a todos o direito à propriedade privada". Esta norma jurídica de direito objectivo. Assim, se alguém violar a minha propriedade, poderei accionar o Poder Judicial para que a infracção seja sanada. Essa *faculdade* que tenho de movimentar a máquina judiciária para o reconhecimento de um direito que a lei me garante é que constitui o direito subjectivo. Disso resulta que o **direito objectivo** é o conjunto de leis dirigidas a todos, ao passo que o **direito subjectivo** é a faculdade que tem cada um de invocar essas leis a seu favor sempre que o entenda, para defender o seu legítimo interesse.

Capítulo 2. O DIREITO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

SUMÁRIO: 2.1. Conceito de Direito; 2.2. Evolução Histórica; 2.2.1. O Direito na Grécia Antiga; 2.2.2. O Direito Romano; 2.2.3. O Direito Germânico; 2.2.4. Idade Média. 2.2.5. Do Renascimento ao século XVIII; 2.2.6. Séculos XIX e XX; 2.3. Direito hispano-português; 2.4. Sistemas jurídicos contemporâneos

2.1. Conceito de Direito.

Etimologicamente, o termo **Direito** vem do latim “*Directum*” do verbo “*dirigere*” (dirigir-orientar-endireitar), significando aquilo que é “recto”, “direito” ou “conforme à razão”. Didacticamente, o **Direito** é o ramo da ciência que estuda as regras gerais, abstractas e imperativas do relacionamento social, criadas pelo Estado e por este impostas, se necessário, de forma coerciva. Deveres e obrigações impõem-se à conduta de todas as pessoas no convívio familiar, na vida laboral e nas relações sociais em geral. A solução dos conflitos, com base no Direito e mediação do Estado, torna possível a vida em sociedade.

Assim, *Direito não é somente o conjunto de normas gerais, abstractas obrigatórias e coercitivas (normas jurídicas) que regulam, ordenam ou disciplinam os aspectos mais relevantes da vida societária mas é também o ramo da ciência que tem por objecto o estudo dessas normas.* A ciência jurídica tem por objecto discernir, de entre as normas que regem a conduta humana, as que são especificamente jurídicas.

Ao contrário de outras normas sociais, as normas jurídicas caracterizam-se pelo seu carácter coercitivo, pela existência de sanção imposta pela autoridade do Estado no caso de não observância voluntária.

O Direito regula uma enorme e crescente gama de relações humanas e rege-se, em todo o mundo civilizado, por numerosos princípios e regras cuja validade é imposta e aceite como condição da própria sobrevivência social. Tal ordenamento compulsório estabeleceu-se em lenta e trabalhosa evolução, ao longo de séculos, como se verá em seguida, através de uma breve referência às suas matrizes históricas mais conhecidas, para uma melhor compreensão dos sistemas jurídicos vigentes na actualidade.

2.2. Evolução histórica do Direito

Génese do Direito

Sem nos debruçarmos sobre as diversas teorias do surgimento do Direito, este, segundo entendimento corrente, aparece na sociedade humana juntamente com o Estado, traduzindo a necessidade de a vida societária (cada vez mais complexa e com interesses amiúde divergentes ou mesmo

antagónicos) passar a ser regida, não exclusivamente por normas sociais³, mas por um conjunto de regras gerais e obrigatórias, criadas e impostas, se necessário, coercivamente, por um grupo especial de indivíduos dedicados a esse fim⁴.

Direito Primitivo: o Costume e as primeiras fontes escritas

Remota e primitivamente, o Direito manifestou-se através do Costume. Os usos e tradições das épocas mais recuadas da civilização prepararam o advento posterior do direito escrito. Efectivamente, nos primórdios da Civilização todo o direito estava expresso nos costumes, transmitindo-se de geração em geração, sobretudo, por via oral. O Costume jurídico, enquanto primeira forma histórica de expressão do Direito, era igualmente a que prevalecia nas sociedades escravagista e feudal⁵.

Fonte de direito bastante imperfeita, pela incerteza que, muitas vezes, lhe é inerente, não pode o Costume apresentar a garantia de permanência que caracteriza, em princípio, a lei escrita. Em virtude deste facto, a tendência geral no mundo actual é a substituição do Direito Costumeiro pelo Direito Escrito.

³ As normas sociais vigentes na sociedade primitiva, pré-estatal, eram garantidas por um poder social exercido directamente pelos membros da comunidade e respectivos chefes, actuando estes com base na legitimidade tradicional, moral, religiosa ou outra que lhes era reconhecida. Esse poder social cede, progressivamente, lugar ao poder estatal, que se dotará de um aparelho especial de persuasão e coerção, capaz de assegurar o cumprimento das normas gerais, abstractas, obrigatórias e coercitivas, reguladoras da vida societária. Todavia, o surgimento destas normas (denominadas normas jurídicas ou de Direito) não exclui a persistência das demais normas sociais (religiosas, morais, de trato social), se bem que só as normas jurídicas são ditadas e impostas coercivamente pelo Estado.

⁴ Lewis Morgan, na sua obra “A Sociedade Primitiva”, tipifica duas formas pelas quais teve origem o Estado e, por conseguinte, do Direito:

a) através de relações pessoais, em que a matriz organizativa é a gens (conjunto de pessoas consanguíneas descendentes de um antepassado comum), que irá evoluir, sucessivamente, para a fratria (reunião de duas ou mais gens da mesma tribo, com vista à realização de terminados fins comuns), a tribo e a confederação de tribos, da qual irá emergir a Nação que se edificará em Estado, regido por normas de Direito;

b) através do território e da propriedade, nos quais se assenta a colectividade humana que vai evoluindo a ponto de se tornar necessário o surgimento do Estado, sob o qual se constituirá uma sociedade política, em que as relações das pessoas com o poder (governo) serão determinadas por um vínculo delas com o território (*ius soli*), logo pelo Direito vigente no território.

As duas explicações convergem no sentido de que é a necessidade de regulação das relações sociais, cada vez mais complexas, que leva ao surgimento de uma entidade incumbida de gerir a vida societária (o Estado), dotando-se a sociedade, para o efeito, de um poder especialmente organizado que se vai apoiar na persuasão e na coerção para garantir a observância das normas de convivência social.

Já para os marxistas, o surgimento do Estado e do Direito está inequivocamente ligado ao aparecimento das classes sociais e à substituição da sociedade sem classes (sociedade primitiva) pela sociedade classista (esclavagismo, feudalismo, capitalismo). Assim, onde existe sociedade classista existe o Estado e nem todas as formações socio-económicas constituem uma sociedade estatalmente organizada (comunidade primitiva, comunismo). Para os marxistas, o Direito é um conjunto de regras impostas pelo Estado que expressam a vontade da classe dominante.

⁵ Cf. LS Jawitsch, in Teoria General del Derecho – Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988, pág.102.

Alguns documentos escritos de Direito remontam à Alta Antiguidade: o Código de Amurabi⁶, em Babilónia⁷, situa-se cerca de 2.000 anos a.C.; as Leis de Moisés para Israel⁸ e as Leis de Manu⁹ para a Índia remontam também a épocas bastante recuadas. O mesmo se pode dizer da Lei das Doze Tábuas¹⁰, entre os romanos. De qualquer maneira, porém, esses antigos monumentos legislativos escritos são, em muitas de suas disposições, reminiscências do antigo direito costumeiro. Expressão desse direito costumeiro antigo é, *verba gratia*, a chamada Lei de Talião (*jus talionis*), que se traduz na materialização do princípio da vingança para “compensar” danos causados e é ilustrada pela célebre expressão “olho por olho, dente por dente”¹¹.

Além da forte influência dos costumes e da vingança privada, as regras do Direito Primitivo, caracterizam-se pela forte influência das regras religiosas ou divinas e, frequentemente, pela sua crueldade e arbitrariedade.

2.2.1.O Direito na Grécia Antiga

No tocante à investigação relativa ao direito na Grécia Antiga, importa referir que ele não se expressou de modo uniforme em todo o seu território, nas diferentes polis ou cidades, tendo, porém, em comum, a mistura das regras jurídicas, essencialmente costumeiras, com fórmulas de conteúdo moral e teológico.

Aristóteles, na sua obra “Constituições Gregas”, reúne 158 constituições das distintas cidades-estados do antigo mundo grego. Seus autores são, além do legendário Licurgo (da antiga Esparta)¹² e dos legisladores

⁶ Cf. em anexo o Código Hammurabi. A versão que se apresenta resulta de uma recuperação que, sendo embora incompleta e imperfeita nalguns casos, ilustra a forma e o conteúdo do Direito no reinado de Hammurabi, na antiga Babilónia.

⁷ Babilónia (em babilónio: Bab-ilu, “porta de Deus”, persa antigo, *abirush*), antigo reino da Mesopotâmia, conhecido originalmente como Sumer e depois como Sumer e Acad, entre os rios Tigre e Eufrates, ao sul da actual Bagdad, Iraque. A civilização babilónica, que existiu do século XVIII ao VI a.C., era, como a Suméria, que a precedeu, de carácter urbano, embora baseada mais na agricultura do que na indústria. O país compunha-se de 12 cidades, rodeadas de povoados e aldeias. No alto da estrutura política estava o rei, monarca absoluto que exercia o poder Legislativo, Judicial e Executivo. Abaixo dele havia um grupo de governadores e administradores seleccionados. Os prefeitos e conselhos de anciãos da cidade eram encarregados da administração local. Na sua história, é particularmente referenciado o glorioso reinado de Hamurabi (que adoptou o Código do mesmo nome).

⁸ As “Leis de Moisés” constam do chamado Pentateuco, o conjunto dos primeiros cinco livros da Bíblia. Do Pentateuco constam as leis escritas por Moisés, por inspiração divina, para a observância do povo de Israel.

⁹ O Código de Manu estipulava, por exemplo, que “depois da morte do pai e da mãe, os irmãos reunidos dividem entre si, igualmente, as “faculdades” (posses) dos pais. Não são donos durante a vida destes dois, salvo quando o pai haja preferido dividir pessoalmente a faculdade”... Porém, se o irmão maior for “eminente virtuoso” prevalece a primogenitura, pois ele tomará posse de todo o património e os demais filhos submeter-se-ão à sua potestade...

¹⁰ Ver em anexo a Lei das XII Tábuas que, entre outras disposições, mandava aplicar “pena capital ao autor de injúrias ou ultrajes públicos difamatórios”, a lei de talião “contra aquele que destruiu o membro de outrem”...

¹¹ Ver-se-á que a lei de Talião constava da Lei das XII Tábuas e do Código Hamurabi e de outras leis da antiguidade, como as Leis de Moisés.

¹² As leis de Esparta atribuídas a Licurgo (875 AC), não foram escritas e tiveram por finalidade procurar a eficiência militar, regulando outrossim, diversos aspectos como: a divisão das terras, cujo usufruto deveria fazer-se por igual; a inspecção dos nascidos (com a precipitação desde Taigeto dos disformes); o matrimónio sem dote, o empréstimo de esposas, omatrimónio entre irmãos, o respeito dos anciãos, o roubo tolerado (se se fazia com destreza), a desonra da embriaguez, etc.

Dracon¹³ e Solon¹⁴ (de Atenas), figuras como Sócrates e Platão, Faleas (de Calcedónia), Fidón (de Corinto), Hipódamo (de Mileto), Charondas (de Catania), Zeleucos, etc. Na sua obra “A Política”, Aristóteles menciona Onomácritos como o primeiro que adquiriu perícia e fama na legislação.

Para uma melhor explicação do Direito na Grécia Antiga, procedeu-se à sua divisão de períodos. Assim, inventariaram-se, em primeiro lugar, as práticas jurídicas observadas na Grécia Arcaica (800-500 AC), e, posteriormente, a organização do direito na Grécia Clássica (séc. 500-400 AC).

Quanto ao *período arcaico* foram identificados os dois mecanismos mais característicos de seu funcionamento: os ordálios e a vendeta.

No tocante aos **ordálios**, é patente a sua presença no período mais primitivo da cultura grega, assim como em todos os povos de origem indo-europeia. Através dos ordálios, práticas nitidamente marcadas por uma visão mítica do mundo, *o corpo do acusado é submetido a provas para testar sua inocência ou culpabilidade*. Em geral, há um enfrentamento do acusado com alguns elementos da natureza - como, por exemplo, o fogo e a água.

Já no que concerne à **vendeta**, ou *vingança privada*, observa-se a sua ocorrência na Grécia Arcaica assim como, praticamente, em todas as culturas antigas da bacia do Mediterrâneo. Como a estrutura das sociedades primitivas se organiza em torno das relações de parentesco, é através dos clãs que se realiza a punição do dano causado. Repara-se a ofensa a um membro de um determinado grupo familiar através da resposta pela força empregada por esta mesma família. Exemplos retirados da literatura, como da tragédia Oréstia, de Ésquilo¹⁵, demonstram a permanência destas práticas na cultura grega por longo espaço de tempo.

Quanto ao *período clássico*, a pesquisa tem sido feita em torno da hipótese formulada por um grupo de helenistas franceses contemporâneos - a "Escola de Paris", de Jean Pierre Vernant e Marcel Detienne. A hipótese apontava para as tragédias como testemunho fundamental da emergência

¹³ As leis de Dracon (621 A.C) deram forma escrita ao direito consuetudinário e representam as primeiras tentativas de resistência da cidade à nobreza do campo. Seu extraordinário rigor, castigando, por exemplo, com pena de morte o furto de frutas e legumes e outras infracções leves – eis uma das notas marcantes destas leis. Não é por acaso que se consideram “draconianas” as leis de brutal crueldade ou de carácter implacável, se bem que as leis da antiguidade (exemplo do Código Hammurabi) se caracterizavam, em geral, pela sua severidade.

¹⁴ As leis de Solon (594 AC), escritas em versos, tiveram por finalidade pôr fim à opressão dos devedores pelos credores, reduzir o poder dos eupátridas e fazer participar todos os atenienses na Assembleia (democracia ateniense), tendo aliviado as duras penas de Dracon...

¹⁵ "A Oréstia, de Ésquilo, apresentada em 458 a.C. portanto, dois anos antes da morte de seu autor, foi a única trilogia completa que chegou até nós. Era composta por três tragédias: Agamênon, As Coéforas e as Eumênides. Sua matéria-prima foi recolhida nas histórias dos regressos dos heróis que foram lutar contra a cidade sagrada de Tróia

de um novo direito, acompanhando o advento da democracia. Isto foi confirmado através do exame de algumas tragédias, como Édipo Rei¹⁶, e Antígona¹⁷. *O novo direito, laico e segundo modelos racionais de investigação da verdade*, inspirados no pensamento filosófico que está a organizar-se no mesmo momento, apresenta características nitidamente distintas do direito vigente no período arcaico.

A maior contribuição do pensamento grego para o direito foi a *formação de um corpo de ideias filosóficas e cosmológicas sobre a justiça*, mais adequado para apelações nas assembleias populares do que para estabelecer normas jurídicas aplicáveis a situações gerais. As primitivas cosmologias gregas consideravam o indivíduo dentro da transcendental harmonia do universo, emanada da lei divina (logos) e expressa, em relação à vida diária, na lei (nomos) da cidade (polis).

No século V a.C., **os Sofistas**¹⁸, atacados mais tarde por Sócrates e Platão, examinaram criticamente todas as afirmações relativas à vida na cidade-estado e *destacaram as amplas disparidades entre a lei humana e a moral, rejeitando a ideia de que a primeira obedecia necessariamente a uma ordem universal*. O objecto de estudo dos sofistas era o homem, "a medida de todas as coisas", segundo Protágoras¹⁹, o sujeito, capaz de conhecer, projectar e construir. Eles *negavam que a lei e a justiça tivessem valor absoluto, pois eram criadas pelos homens, de acordo com determinadas circunstâncias e, por isso mesmo, relativas e sujeitas a mudanças ou transformações*.

¹⁶ Édipo Rei, do autor clássico, Sófocles), é uma obra-prima da tragédia grega. Relata parte da história de Édipo que, sem o saber, e sem poder contrariar o destino, que havia sido adivinhado, mata o pai (Laios de Tebas), numa batalha, e casa-se com a viúva de Laios, Jocasta, sua própria mãe. Édipo não consegue suportar a verdade e arranca os próprios olhos.

¹⁷ Antígona: Tema trágico da mitologia grega, retomado por vários autores, a partir do relato de Sófocles (496 a 406 aC) em "Édipo em Colono". Antígona, que deu nome à Trágédia, nasceu da união incestuosa de Édipo e Jocasta. Após Édipo ter-se cegado por descobrir que, sem saber, matara o próprio pai e se casara com a mãe, Antígona e sua irmã Ismênia serviram-lhe de guias, acompanhando-o no exílio de Tebas até sua morte, perto de Atenas...

¹⁸ Vindos de toda a parte do mundo grego, os sofistas (mestres de sabedoria), dedicam-se a fazer conferências e a dar aulas nas várias cidades-estado, sem se fixarem em nenhuma. Atenas é todavia a cidade onde mais afluem, onde no século V a. C. adquirem um enorme prestígio. Aproveitam as ocasiões em que existe grandes aglomerações de cidadãos, para exibirem os seus dotes retóricos e saber, ensinando nomeadamente a arte da retórica. O seu ensino é, portanto, itinerante, mas também remunerado

¹⁹ Para Protágoras (485-410 a.c), filósofo grego, promotor da escola sofista, "el hombre es la medida de todas las cosas" como pôs de manifesto em suas obras. Considera que é impossível alcançar a verdade, conseguindo-se só a opinião mais favorável e útil. Autodenomina-se sofista e é o promotor de esta importante escola onde se destacou como mestre da virtude. Ao afirmar que "la virtud es la destreza del fuerte" se manifesta dentro do escepticismo.

Platão criticou esse conceito e contrapôs ao que considerava como subjectivismo sofista a eternidade das formas arquetípicas, de que a lei da cidade-estado seria um reflexo. Na utopia descrita em sua “República”, Platão afirma *que a justiça prevalece quando o estado se encontra ordenado de acordo com as formas ideais asseguradas pelos sábios encarregados do governo*. Não há necessidade de leis humanas, mas unicamente de conhecimentos transcendentais.

Aristóteles, discípulo de Platão, que tinha em comum com ele a ideia de uma realidade que transcende a aparência das coisas tais como são percebidas pelos sentidos humanos, *defendia a validade da lei como resultado da vida prática: o homem, por natureza, é moral, racional e social e a lei facilita o desenvolvimento dessas qualidades inatas*.

Para Aristóteles, a ordem existe na regularidade das coisas e se expressa em todas as realidades, inclusive no direito. Portanto, *o direito está in re, nas coisas, na justa proporção na divisão dos bens entre os membros de um grupo, no estabelecimento de um equilíbrio das coisas. O direito só é direito porque é justo*, não um justo abstracto, mas um justo meio, uma medida entre extremos, nem mais, nem menos.

Para ele, a palavra *justiça* não leva a uma utopia, a uma idealização, mas *leva, sim, a qualquer coisa de real*, a uma virtude, a uma actividade, a uma ou mais espécies de comportamento.

A justiça, segundo Aristóteles, *é uma ideia de proporção, de equilíbrio e de hábito, é uma tendência de comportamento permanente, de dar a cada um o que é seu, não no sentido subjectivo, mas sim dentro de uma realidade objectiva, ou seja, do indivíduo dentro da sociedade*. Dessa forma, a justiça só é possível na Pólis, onde existe a alteridade entre duas pessoas, ou seja, o justo só pode se expressar a partir de uma realidade confrontada entre sujeitos. Para Aristóteles, a justiça é a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais.

2.2.2. Direito Romano

Os criadores da civilização romana, cujo espírito prático, senso da realidade e tendência para o individualismo se equilibravam com um raro discernimento da conveniência e da necessidade política, edificaram o mais grandioso e perfeito sistema jurídico da idade antiga, que sobrevive num sem-número de concepções, instituições e princípios vigentes no mundo contemporâneo. O direito romano influiu poderosamente sobre a ordem jurídica ocidental e constituiu um dos principais elementos da civilização moderna.

O direito romano é o complexo de normas e princípios jurídicos vigentes em Roma, desde a sua fundação (lendária, no século VIII a.C.) até à codificação de Justiniano, falecido no ano 565 (século VI d.C.). A evolução

posterior não será objecto de nossos estudos, porque a codificação justiniana foi conclusiva: foram recolhidos os resultados das experiências anteriores e considerada a obra como definitiva e imutável.

Realmente, a evolução posterior dos direitos europeus baseou-se nessa obra de codificação, tanto assim que os códigos modernos, quase todos, trazem a marca da obra de Justiniano. Por isso consideramos a codificação de Justiniano como termo final do período que estudamos.

Nos treze séculos da história romana, do século VIII a.C. ao século VI d.C., assistimos, naturalmente, a uma mudança contínua no carácter do direito, de acordo com a evolução da civilização romana, com as alterações políticas, económicas e sociais, que a caracterizavam.

Para melhor compreender essa evolução, costuma-se fazer uma divisão em períodos.

Tal divisão pode basear-se nas mudanças da organização política do Estado Romano, distinguindo-se, então, a *época régia* (fundação de Roma no século VIII a.C. até a expulsão dos reis em 510 a.C.), a *época republicana* (até 27 a.C.), o *principado* até Diocleciano (que iniciou seu reinado em 284 d.C.), e a *monarquia absoluta*, por este último iniciada e que vai até o fim do período por nós estudado, isto é, até Justiniano (falecido em 565 d.C.).

Outra divisão, talvez preferível didacticamente, distingue, no estudo do direito romano, tendo em conta sua evolução interna: o *período arcaico* (da fundação de Roma no século VIII a.C. até o século II a.C.), o *período clássico* (até o século III d.C.) e o *período pós-clássico* (até o século VI d.C.).

2.2.2. a) O direito romano do período arcaico

O direito do período arcaico *caracterizava-se pelo seu formalismo e pela sua rigidez, solenidade e primitividade*. O Estado tinha funções limitadas a questões essenciais para sua sobrevivência: guerra, punição dos delitos mais graves e, naturalmente, a observância das regras religiosas.

Os cidadãos romanos eram considerados mais como membros de uma comunidade familiar do que como indivíduos. A defesa privada tinha larga utilização: a segurança dos cidadãos dependia mais do grupo a que pertenciam do que do Estado.

A evolução posterior caracterizou-se por acentuar-se e desenvolver-se o poder central do Estado e, conseqüentemente, pela progressiva criação de regras que visavam a reforçar sempre mais a autonomia do cidadão, como indivíduo.

*O marco mais importante e característico desse período é a codificação do direito vigente nas **XII Tábuas**, codificação feita em 451 e 450 a.C. por um decenvirato, especialmente nomeado para esse fim.*

*As XII Tábuas, chamadas séculos depois, na época de Augusto (século 1), fonte de todo o direito (*fons oninis publici privatique juris*), eram uma codificação de regras provavelmente costumeiras, primitivas, e, às vezes, até cruéis. Aplicavam-se exclusivamente aos cidadãos romanos.*

Esse direito primitivo, intimamente ligado às regras religiosas, fixado e promulgado pela publicação das XII Tábuas, já representava um avanço na sua época, mas, com o passar do tempo e pela mudança de condições, tornou-se antiquado, superado e impeditivo de ulterior progresso.

Mesmo assim, o tradicionalismo dos romanos fez com que esse direito arcaico nunca fosse considerado como revogado. Assim, o próprio Justiniano, 10 séculos depois, fala dele com respeito.

A conquista do poder, pelos romanos, em todo o Mediterrâneo, exigia uma evolução equivalente no campo do direito também. Foi aqui que o gênio romano actuou de uma maneira peculiar para a nossa mentalidade.

2.2.2. b) O direito do período clássico

A partir do século II a.C. (período clássico), assistimos a uma constante evolução e renovação do direito romano, que vai até o século III d.C. Essa evolução (e renovação) fez-se, porém, por meios indirectos, característicos dos romanos e diferentes dos métodos modernamente usados.

A maior parte das inovações e aperfeiçoamentos do direito, no período clássico, foi fruto da actividade dos magistrados e dos jurisconsultos que, em princípio, não podiam modificar as regras antigas, mas que, de facto, introduziram as mais revolucionárias modificações para atender às exigências práticas de seu tempo. Vejamos as principais formas de manifestação do Direito Romano no período clássico em relação à Administração da Justiça e à Interpretação das normas de Direito:

a) Administração da justiça

No período clássico do Direito Romano, distinguem-se dois tipos de magistrados: o pretor e o juiz particular.

De entre os magistrados republicanos, distinguia-se o pretor que tinha por incumbência funções relacionadas com a administração da Justiça, cuidando, nesse mister, da primeira fase do processo, que consistia, em verificar as alegações das partes e fixar os limites da contenda, para, de seguida, remeter o caso a um juiz particular. Incumbia, então, ao juiz particular a segunda fase da administração da justiça, que consistia em verificar a procedência das alegações diante das provas apresentadas e

tomar, com base nelas, a sua decisão. Havia pretor para os casos entre cidadãos romanos – era o **pretor urbano** – e havia também, a partir de 242 a.C., pretor para os casos em que figuravam estrangeiros - era o chamado **pretor peregrino**.

O pretor, como magistrado, tinha um amplo poder de mando, denominado **imperium**. Utilizou-se dele, especialmente, a partir da lei Aebutia, no século II a.C., que, modificando o processo, lhe deu ainda maiores poderes discricionários. Por essas modificações processuais, o pretor, ao fixar os limites da contenda, podia dar instruções ao juiz particular sobre como ele deveria apreciar as questões de direito. Fazia isto por escrito, pela fórmula, na qual podia incluir novidades, até então desconhecidas no direito antigo. Não só. Com esses poderes discricionários, podia deixar de admitir acções que lhe eram propostas (*denegatio actionis*) ou, também, admitir acções até então desconhecidas no direito antigo. Essas reformas completavam, supriam e corrigiam as regras antigas.

As directrizes que o pretor ia observar eram publicadas no seu **Edito**, ao entrar no exercício de suas funções. Como o cargo de pretor era anual, os éditos se sucediam um ao outro, dando oportunidade a experiências valiosíssimas.

O resultado dessas experiências foi um corpo estratificado de regras, aceites e copiadas pelos pretores que se sucediam, e que, finalmente, por volta de 130 d.C., foram codificadas pelo jurista Sálvio Juliano, por ordem do Imperador Adriano.

Note-se bem, entretanto, que esse *direito pretoriano* nunca foi equiparado ao *direito antigo* (*jus civile*). A regra antiga, pela qual o pretor não podia criar direito (*praetor ius lacere non potest*), continuou em vigor. Assim, esse direito pretoriano, constante do Edito e chamado *ius honorarium*, foi sempre considerado como diferente do direito antigo (*ius civile*) mesmo quando, na prática, o substituiu.

A essa característica peculiar da evolução do direito romano, temos que acrescentar uma outra, de igual relevância.

b) Interpretação das normas jurídicas

A interpretação das regras do direito antigo era tarefa importante dos juristas. Originariamente, só os **sacerdotes** conheciam as normas jurídicas. A eles incumbia, então, a tarefa de interpretá-las. Depois, a partir do fim do século IV a.C., esse monopólio sacerdotal da interpretação cessou, passando ela a ser feita também pelos **peritos leigos**. Essa interpretação não consistia somente na adaptação das regras jurídicas às novas exigências, mas importava também na criação de novas normas.

Tal actividade jurisprudencial contribuiu grandemente para o desenvolvimento do direito romano, especialmente pela importância social que os juristas tinham em Roma. Eles eram considerados como pertencentes à aristocracia intelectual, distinção devida aos seus dotes de inteligência e aos seus conhecimentos técnicos.

Suas actividades consistiam em emitir pareceres jurídicos sobre questões práticas a eles apresentadas (respondere), instruir as partes sobre como agirem em juízo (agere) e orientar os leigos na realização de negócios jurídicos (cavere). Exerciam essa actividade gratuitamente, pela fama e, evidentemente, para obter um destaque social, que os ajudava a galgar os cargos públicos da magistratura.

Foi *o imperador Augusto* que, procurando utilizar, na nova forma de governo por ele instalada, os préstimos desses juristas, *instituiu um privilégio que consistia no direito de certos juristas darem pareceres em nome dele, príncipe (ius respondendi ex auctoritate principis).* *Esse direito era concedido a certos juristas chamados **jurisconsultos**. Seus pareceres tinham força obrigatória em juízo. Havendo pareceres contrastantes, o juiz estava livre para decidir.*

O método dos jurisconsultos romanos era *casuístico*. Examinavam, explicavam e solucionavam casos concretos. Nesse trabalho não procuravam exposições sistemáticas: eram avessos às abstrações dogmáticas e às especulações e exposições teóricas. Isso não impediu, entretanto, que o génio criador dos romanos se manifestasse por intermédio dessa obra casuística dos jurisconsultos clássicos.

2.2.2. c) O direito do período pós-clássico

O último período, o **pós-clássico**, é a época da decadência em quase todos os sectores. Assim, também no campo do direito. Vivia-se do legado dos clássicos, que, porém, teve de sofrer uma vulgarização para poder ser utilizado na nova situação caracterizada pelo rebaixamento de nível em todos os campos.

Nesse período, pela ausência do génio criativo, sentiu-se a necessidade da fixação definitiva das regras vigentes, por meio de uma codificação que os romanos em princípio desprezavam. Não é por acaso que, excepto aquela codificação das XII Tábuas do século V a.C., nenhuma outra foi compreendida pelos romanos até o período decadente da era pós-clássica.

Após tentativas parciais de codificação de partes restritas do direito vigente (*Codex Gregorianus, Codex Hermogenianus, Codex Theodosianus*), foi Justiniano (527 a 565 d.C.) quem empreendeu a grandiosa obra legislativa, mandando coleccionar oficialmente as regras de direito em vigor na época.

Encarregou uma comissão de juristas de organizar uma colecção completa das constituições imperiais (leis emanadas dos imperadores), que foi completada em 529 e publicada sob a denominação de *Codex* (de que não temos texto nenhum).

No ano seguinte, em 530, determinou Justiniano que se fizesse a *selecção das obras dos jurisconsultos clássicos*, encarregando dessa tarefa Triboniano, que convocou uma comissão para proceder ao trabalho ingente.

A comissão conseguiu no prazo surpreendente de três anos confeccionar o *Digesto* (ou Pandectas), composto de 50 livros, no qual foram recolhidos trechos escolhidos de 2.000 livros (com três milhões de linhas) de jurisconsultos clássicos.

Os codificadores tiveram autorização de alterar os textos escolhidos, para harmonizá-los com os novos princípios vigentes.

Essas alterações tiveram o nome de *emblemata Triboniani* e hoje são chamadas *interpolações*. A descoberta de tais interpolações e a restituição do texto original clássico é uma das preocupações da ciência romanística dos últimos tempos.

Paralelamente à compilação do Digesto, Justiniano mandou preparar uma nova edição do *Codex*, isto por causa da vasta obra legislativa por ele empreendida naqueles últimos anos. Em 534 foi publicado, então, o *Codex repetitae praelectionis*, o Código revisto, cujo conteúdo foi harmonizado com as novas normas expedidas no decurso dos trabalhos. Somente temos o texto desta segunda edição do Código Justinianeu.

Além dessas obras legislativas, Triboniano, Teófilo e Doroteu, estes últimos professores das escolas de Constantinopla e de Bento, elaboraram, por ordem de Justiniano, um *manual de direito* para estudantes, que foi modelado na obra clássica de Gaio, do século II a.C. Esse manual foi intitulado *Institutiones*, como o de Gaio, e foi publicado em 533.

Terminada a codificação, e não obstante a proibição de se invocar qualquer regra que não estivesse prevista no Código, Justiniano reservou-se a faculdade de baixar novas leis. Nos anos subsequentes a 535, até à sua morte, em 565 d.C., Justiniano publicou, efectivamente, um grande número de novas leis, chamadas *novellae constitutiones*. A colecção destas, intitulada *Novellae*, constitui o quarto volume da codificação justiniana.

Em suma: O Código Justiniano (colecção das leis imperiais vigentes na época), o Digesto (selecção das obras dos jurisconsultos clássicos), as Institutas (manual de direito destinado aos estudantes) e as Novelas (as novas leis publicadas após a publicação do Código Justiniano) são as quatro grandes obras justinianas e formam o Corpus Juris Civilis,

denominação atribuída por Dionísio Godofredo, no fim do século XVI d.C. Foi mérito dessa codificação a preservação do direito romano para a posteridade.

2.2.3. Direito germânico

A expressão direito germânico indica as instituições e os sistemas jurídicos existentes nas diversas nações bárbaras de origem teutónica que se apossaram da Europa após a queda do Império Romano do Ocidente, no ano 476. Importante característica do direito germânico era a chamada personalidade das leis.

O direito romano, pelo menos depois que o império atingiu a expansão máxima, no século II, consagrava, ainda que com excepções, o *princípio da territorialidade*, segundo o qual o direito aplicável às pessoas que se achavam no território do estado era o direito do próprio estado, independentemente da condição nacional ou da origem étnica de seus habitantes.

O direito germânico, ao contrário, principalmente depois que se generalizou a convivência com a população romana, nos séculos IV e V, considerava que o estatuto legal da pessoa era uma prerrogativa desta, determinada por sua procedência ou nacionalidade.

As leis bárbaras ordenaram os usos e costumes das tribos na forma escrita, recolhendo a influência de princípios do direito romano, mediante compilações do período pós-clássico, das constituições imperiais e da jurisprudência.

Nessas codificações, as leis ou a jurisprudência romana podiam aparecer justapostas, sem modificações, ou resumidas, modificadas e intercaladas.

2.2.4. Idade Média

O *apogeu da escolástica*, nome com que se define genericamente a filosofia cristã medieval, deu-se no século XIII, com S. Tomás de Aquino, que, a exemplo de S. Agostinho, subordinou o direito positivo (secular) à lei de Deus. Assim, uma disposição do direito positivo não podia violar o direito natural²⁰ e, em consequência, o direito eterno divino.

A tendência de fazer prevalecer a razão sobre a vontade divina foi rejeitada, também no século XIII, pelo franciscano britânico John Duns Scotus, para quem tudo se devia à vontade de Deus e não existia nenhum

²⁰ O Jusnaturalismo estabelece que os princípios gerais de direito são de natureza suprapositiva, sendo princípios de Direito Natural. Caracteriza-se por sustentar a vigência, a validade e a eficácia do direito natural, superior a todo e qualquer direito positivo. Faz a consideração do direito natural como direito justo por natureza, independentemente da vontade do legislador, derivado da natureza humana (jusnaturalismo) ou dos princípios da razão (jusracionalismo), sempre presente na consciência de todos os homens.(Ex: Declaração dos Direitos do Homem/1789, art. 2º - “o fim de toda associação é a protecção dos direitos naturais imprescritíveis do homem”)

direito natural acessível à razão humana. *O direito positivo somente tinha validade e eficácia se não contrariasse a vontade divina superior a ele.*

Na época medieval, e sob a forte influência da Igreja, destaca-se o desenvolvimento do Direito Canónico que podemos definir, como o faz Juan Cavigioli, como “o sistema das leis com que a igreja ordena sua actividade social específica e a de seus membros enquanto tais”. É, antes de mais, um direito não puramente humano, que entretanto não se organiza com pretensões de absoluta divindade, como nos casos do direito hebreu ou muçulmano, que se apresentavam como obra da santidade e, portanto, perfeitos. Sem deixar de ser expressão do que se considera ser vontade divina, o direito canónico é uma obra política humana, forjada nas assembleias legislativas (os Concílios) e nas ordenanças de tipo imperial (os Decretos dos papas).

2.2.5. Do Renascimento ao século XVIII

Maquiavel, em “O Príncipe” (1513), *atacou o recurso à vontade transcendental e à vontade divina para mergulhar no empirismo*: as coisas devem ser aceites como são e não como se considera que deveriam ser. A manutenção do poder justifica qualquer meio, pois é um fim em si mesmo. O direito deve basear-se na garantia de continuidade do poder e não na justiça.

Hugo Grotius, jurista holandês partidário de um estoicismo tolerante, no início do século XVIII *concebeu um direito supranacional que pusesse limite ao poder absolutista das monarquias europeias*. Rejeitou a “razão de estado” defendida por Maquiavel como fonte do direito e propôs uma versão actualizada do direito natural estóico, com elementos do direito romano e da teologia cristã.

Thomas Hobbes, adoptando uma perspectiva mais próxima da de Maquiavel, *entendia que a natureza humana não é tão perfeita* como pensavam Grotius e os estóicos. Sustentava que o homem, em estado natural, luta somente por sua sobrevivência e só cede parte de sua liberdade e se submete à autoridade alheia em troca de segurança.

Montesquieu *foi dos pioneiros a rejeitar o direito natural*. Em “*De l'esprit des lois*” (“O espírito das leis”, 1748), defendeu a tese segundo a qual *o direito e a justiça de um povo são determinados por factores que operam sobre eles e, portanto, não é aplicável o princípio da imutabilidade sustentado pelo direito natural*.

Kant também discutiu o *direito natural*. Segundo ele, todos os conceitos morais são baseados no conhecimento *a priori*, que só pode ser atingido por intermédio da razão. No entanto, os conceitos kantianos mostraram-se tão transcendentais quanto os do direito natural e, por isso, outros

pensadores do idealismo metafísico, como Johann Gottlieb Fichte, voltaram às noções tradicionais do direito natural.

2.2.6. Séculos XIX e XX

Na primeira metade do século XIX, o pensamento jurídico experimentou, por influência da *filosofia positivista*²¹ de Augusto Comte, uma reacção ao idealismo e às teorias do direito natural. De acordo com a *doutrina do positivismo analítico, os casos deveriam ser resolvidos mediante o estudo das instituições e leis existentes*. Segundo o *positivismo histórico*, cujo principal representante foi o jurista alemão Friedrich Karl von Savigny, *o direito reside no espírito do povo e o costume é o direito por excelência. O papel do jurista consiste em interpretar esse espírito e aplicá-lo às questões técnicas*.

A *interpretação materialista do direito*, surgida em meados do século XIX, iniciou-se com a doutrina marxista, para a qual os sistemas político e judicial representam a superestrutura da sociedade e têm um carácter classista, isto é, estão ao serviço dos interesses da classe dominante e exploradora, detentora dos meios fundamentais de produção. O direito da sociedade capitalista seria, assim, a vontade da burguesia dominante transformada em lei.

A *teoria pura do direito*, cujo representante mais conhecido foi o austríaco Hans Kelsen²², concebia o *direito como um sistema autónomo de normas baseado numa lógica interna, com validade e eficácia independentes de valores extrajurídicos*, os quais só teriam importância no processo de formação do direito. A teoria das leis é uma ciência, com objecto e método determinados, da qual se infere que todo sistema legal é, essencialmente, uma hierarquia de normas.

A **Teoria Tridimensional do Direito**, desenvolvida por Miguel Reale²³ para servir de contraponto à teoria de Hans Kelsen, compreende o direito como sendo facto, valor e norma, numa relação dialéctica. Afirma ele que a

²¹ O Positivismo, corrente que teve como idealizador Auguste Comte e expoente maior Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito), acredita que os princípios gerais do Direito são os consagrados no próprio ordenamento jurídico. Sustenta que, fora da experiência jurídica, do facto, do direito ordenado pelo Estado em suas leis e jurisprudência, **não há direito**. O direito é, portanto, identificado como a expressão da vontade do legislador, a lei (*positivismo normativista*), o código, com os precedentes judiciais (*positivismo anglo-americano*). R. V. Ihering: “*o Estado é a única fonte do direito, formulado segundo o princípio da finalidade, e não da causalidade*”.

²² Em sua obra “*Teoria Pura do Direito*”, Kelsen faz a distinção entre norma jurídica e proposição jurídica, pretendendo acentuar a diferença entre a actividade de aplicação do direito e a desenvolvida pelo cientista jurídico. Kelsen defende a renúncia da ciência do direito relativamente a qualquer manifestação valorativa sobre as normas. Há absoluta rejeição à concepção de uma moral absoluta. Quanto à estrutura da norma jurídica, entende que ela pode ser compreendida como a imposição de uma sanção à conduta nela considerada. As normas têm a estrutura de uma proibição.

²³ REALE, Miguel. “*Lições Preliminares de Direito – 27 ed. ajustada ao novo código civil*”, São Paulo: Saraiva, 2002.

ciência jurídica deve estudar as normas sem abstrair os factos e os valores presentes e condicionantes no seu surgimento e supervenientes ao seu advento. Requer a integração dos três elementos numa unidade funcional, pois a ciência do direito é histórico-cultural e compreensiva-normativa.

Segundo a Teoria Tridimensional do Direito:

Facto: é o acontecimento social que envolve interesses básicos do homem;

Valor: é o elemento moral do Direito. Se toda obra humana é impregnada de sentido ou valor, igualmente o Direito o é. É a carga axiológica da relação jurídica;

Norma: consiste no padrão de comportamento social imposto aos indivíduos, que devem observá-la em determinadas circunstâncias.

Em suma: “Direito é o facto social na forma que lhe dá uma norma, segundo uma ordem de valores.”

As *escolas modernas do realismo jurídico* entendem o *direito como fruto dos tribunais*. Dentro de sua diversidade, essas escolas admitem princípios comuns: a lei decorre da acção dos tribunais; o direito tem um propósito social; as mudanças contínuas e ininterruptas da sociedade verificam-se também no direito; e é necessário distinguir o que é do que deve ser.

O conceito actual do direito configura-se como uma rebelião contra o formalismo. A maior parte das tendências evita definir-se exclusivamente em função de um único factor e admitem tanto a lógica analítica quanto as questões de índole moral e o enfoque sociológico. Assim, o trabalho jurídico sobre as relações entre o direito e a sociedade levou à integração com outras disciplinas e à melhor compreensão da influência dos factores económicos e sociais.

2.3. Direito hispano-português.

O direito hispano-português procede directamente das fontes romano-justiniana, germânica e canónica. O *direito romano* penetrou na península ibérica no final do século III a.C. e se manteve em vigor até a conquista dos visigodos, quando foi introduzida a duplicidade de direitos decorrentes do *princípio da personalidade das leis*. A ocupação muçulmana, a partir do século VIII, quebrou a unidade do reino visigótico. Com a reconquista e o fortalecimento do poder real, surgiram tentativas de unificar a legislação e a administração da justiça, principalmente por meio do recurso de outorgar um mesmo foro a diversas cidades.

Deu-se nessa época (fim do século XII e século XIII), antes na Espanha e depois em Portugal, a *recepção do direito justiniano e do direito canónico*, com interpretações e comentários elaborados pelos mestres italianos. Essas novas fontes prevaleciam muitas vezes sobre os direitos locais e eram reconhecidas como direito comum vigente, aplicado pelos tribunais.

Começaram a surgir as primeiras tentativas de codificação no início do século XV, de que foram sucessivamente incumbidos o chanceler João das Regras, João Mendes Cavaleiro e Rui Fernandes. Com o falecimento do rei D. Duarte, o príncipe-regente D. Pedro encarregou uma comissão de ultimar e rever o trabalho realizado. Essa comissão concluiu sua obra em **1446** e o código, denominado **Ordenações Afonsinas**, foi promulgado nesse mesmo ano por Afonso V. Além de profundamente *impregnadas de direito romano e canónico*, as Ordenações receberam *influência do direito espanhol*, designadamente das Partidas. Dividem-se em cinco livros: o primeiro contém normas de direito constitucional e de organização judiciária; o segundo, uma compilação de concordatas; o terceiro, normas de processo; o quarto, o direito civil; e o quinto, o direito penal.

Filipe II da Espanha, investido soberano de Portugal, manteve separados os sistemas jurídicos dos dois países. Em 1595 ordenou a compilação de toda a legislação portuguesa com vista à sua codificação. *As Ordenações Filipinas foram aprovadas por lei de 11 de Janeiro de 1603 e se tornaram imediatamente obrigatórias em terras de aquém e além-mar*. Seus cinco livros dispõem sobre direito público; privilégios jurisdicionais, regalias e bens; processo civil e criminal; direito privado; e direito penal.

No direito peninsular ibérico estão igualmente as fontes dos sistemas jurídicos brasileiro, cabo-verdiano e outros.

2.4. Sistemas jurídicos contemporâneos

O Direito nas sociedades contemporâneas pode ser classificado, acima dos limites políticos dos estados, em alguns *grandes sistemas jurídicos*: o ocidental, que abrange o direito continental europeu (ou do grupo francês) e o direito anglo-americano; o muçulmano; o hindu e o chinês.

Limitemo-nos aqui a uma abordagem sumária do direito ocidental. Os direitos dos estados que se incluem no sistema ocidental devem suas linhas estruturais às mesmas concepções da tradição filosófica do Ocidente, ao influxo dos princípios da ética cristã e ao predomínio da ideologia liberal. A ordem jurídico-política baseia-se na noção de direitos naturais e invioláveis, entre os quais a liberdade individual que, em suas várias especificações, se erige em valor supremo da vida social. Assenta-se ainda no princípio da soberania popular, no regime representativo e no sistema pluripartidário, no dogma da supremacia da lei, nos princípios da divisão dos poderes e da neutralidade do estado. Na ordem económica, prevalece o princípio capitalista. Apesar dessa afinidade fundamental, distinguem-se, no direito ocidental, um direito continental europeu, ou do grupo francês, e um direito do grupo anglo-americano.

2.4.1. O sistema de direito continental ou romano-germânico

No âmbito do direito continental europeu, situam-se os ordenamentos jurídicos derivados do direito romano: inclui, na Europa, todos os estados com excepção do Reino Unido e dos que integravam o bloco soviético até 1991; a América Latina e, de certo modo, a África do Sul e o Japão.

Nos países do *direito continental europeu (romano-germânico ou da civil law)*, a característica fundamental do sistema jurídico é a absoluta preeminência do direito escrito e, secundariamente, a tendência para a codificação. O próprio raciocínio jurídico se constrói sobre o pressuposto de que a solução de qualquer controvérsia encontra-se numa norma geral criada pelo legislador. *A lei é a fonte do direito por excelência e o ideal jurídico se expressa na identidade plena entre o direito e a norma jurídica*. Embora nesses ordenamentos a jurisprudência goze de considerável autoridade, não constitui, a rigor, fonte do direito, pois uma decisão só obriga nos limites do caso em que é proferida e não vincula outros tribunais e juízes no julgamento de casos idênticos.

Nesse grupo se edificam os dois maiores monumentos da codificação²⁴ do direito privado moderno: o **código civil francês de 1804**, chamado *Código Napoleão*, e o **código civil alemão de 1900**, que influenciaram os códigos civis da Itália, Portugal, Espanha, Cuba, Brasil, Cabo Verde, entre outros.

O **Código Napoleão** inspira-se no sistema de Gayo (romano-francês), que se divide em três partes: Pessoas, Coisas e Acções. Foi modelo para a feitura de códigos nacionais por toda a Europa e não só (v.g. Brasil) e sua influência somente foi mitigada com o surgimento do Código alemão (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*), cerca de um século depois.

O **Código civil alemão**, que se inspira no sistema de Savigny, apresenta cinco partes. Teoria da Relação Jurídica (parte geral), Direito de Propriedade, Direito de Obrigações, Direito de Família e Direito de Sucessões.

2.4.2. O sistema anglo-saxónico ou de common law

O direito anglo-saxónico, anglo-americano ou de *common law*, na esteira de RECASENS SICHES²⁵, deve ser estudado nos seus dois sentidos históricos, a saber: a) a *concepção tradicional* (melhor, talvez, seria dizer-se "concepção inicial"), que prevaleceu até os primeiros anos do século XX, e que ainda conserva prestígio residual; e b) o seu mais *moderno significado*.

- O sentido tradicional do common law dos primeiros tempos é o de que esse sistema se constituía de um conjunto de princípios de Direito Natural do homem, de origem divina e, pois, anteriores ao Estado e à sociedade e que o protegiam contra o despotismo dos reis tiranos. Os juízes, portanto, não

²⁴ Não se confunda **Codificação** (acto pelo qual se adopta um **Código**, isto é, um conjunto sistematizado, generalizado e coerente de normas jurídicas de um determinado ramo de direito) com **Compilação** (acto de compilar leis, ou seja, um conjunto de leis que versam, de forma autónoma, diversas matérias, mais ou menos afins, mas cuja publicação conjunta visa facilitar, de algum modo, a respectiva divulgação).

²⁵ RECASENS SICHES, Luis, "Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX", Ed. Porrúa, México, Tomo II, 1963, pp. 581-586.

eram tidos propriamente como os “criadores” do Direito, mas os seus “descobridores”, através de suas sentenças. No máximo, portanto, se admitia que os juízes “criavam” o direito apenas no sentido “formal” mas, não, “materialmente”, uma vez considerada a decisão judicial como o único meio de efectiva concretização do direito. Na hipótese de alteração dos precedentes judiciais, o que se dava eram tão-somente meras *rectificações* de equívocos anteriores e, não, a “criação” de uma nova regra *substancial* de direito. Tratar-se-ia de uma “redescoberta” ou ampliação do conteúdo anterior, com a pretensa revelação da autenticidade do direito substancialmente preexistente.

- *O sentido moderno de common law, diferentemente do “tradicional”, traduz-se no facto de que o Direito é criado inteiramente pelos tribunais, isto é, nos dois sentidos, não apenas formal mas, também (e principalmente) material ou substancial, consoante o mais amplo e preciso significado da expressão inglesa “judge made law”. A legislação não é tida, portanto, como Direito autêntico, mas, tal como expressa Roscoe POUND, “como un intruso en el cuerpo del Derecho, la cual sólo puede proporcionar reglas detalladas para los casos a que se refiere de una manera expresa.”*²⁶

Se bem que, conforme informa Cueto Rua,²⁷ Roscoe Pound, já no princípio do século XX, em seu artigo publicado em 1907, registava a tendência do desenvolvimento jurídico no sentido da adopção do método do raciocínio por analogia a partir da inovação legislativa, de preferência às regras estabelecidas nos *precedentes judiciais*.

Por sua vez, disserta Recasens Siches, com o passar do tempo, ainda no século XX, pouco a pouco foi-se modificando a atitude dos juristas, principalmente norte-americanos, em virtude de vários factores, salientando o referido autor dois deles, a saber:

“Por una parte, la presión de las nuevas circunstancias -la nueva realidad creada por la más formidable industrialización que cambió la estructura social de los Estados Unidos, y el hecho del clamor de las reivindicaciones de los trabajadores- no pudieron por menos de ejercer una influencia sobre los jueces, los cuales fueron cambiando sus criterios. Por otra parte, las nuevas direcciones filosófico-jurídicas -entre ellas especialmente la llamada de la jurisprudencia sociológica y también el movimiento del realismo jurídico.

De acordo com ambos os sentidos de common law, admite-se, em última análise, e em caso de conflito, o predomínio dos princípios gerais do Direito, em contraposição a todo e qualquer arbítrio.

É esta a tese que se manifesta na chamada doutrina da “*rule of the law*” (“*regra de Direito*” ou, melhor, “*princípio de direito*”), assente numa concepção, obviamente, jusnaturalista do Direito, além da experiência

²⁶POUND, Roscoe, citado por RECASENS SICHES, L., “*Ob. cit.*”, p.584.

²⁷CUETO RUA, Julio C., “*La Ley en el Mundo...*” *cit.*”, ps. 252-253 –que cita o artigo de ROSCOE POUND, “*Common Law and Legislation*” (publicado na “*Harvard Law Review*”, t. 21, 1907, p. 385.

jurídica, a justificar esse império do Direito. Por outras palavras, a ideia moderna da supremacia do Direito, nomeadamente, a condicionar a supremacia do Parlamento, desde que sob o comando do Direito (“*under the rule of law*”), traduz um princípio jurídico de aplicação genérica, reconhecido e aprovado pelas autoridades e comumente expresso em forma de uma proposição lógica chamada “*regra*”, porque, em casos imprevistos ou duvidosos, consiste num guia ou norma tanto para os legisladores quanto para os juizes. Quer dizer, a tese da “*rule of law*”, também denominada “*a regra da supremacia do Direito*”, estipula que as normas gerais legislativas (leis) e as normas individuais judiciais (sentenças) podem e devem ser aplicadas, desde que não contrariem os reconhecidos e consagrados princípios gerais do Direito.

Assim, dentro do chamado “mundo ocidental” (em sentido político-cultural e não em sentido geográfico, obviamente), haverá apenas que considerar duas famílias: **a romano-germânica** (ou da *civil law*) e **a da common law** (muitas vezes chamada anglo-saxónica, mas a que outros preferem chamar anglo-americana).

*Escusado seria dizer que as remissões dos sistemas jurídicos realmente existentes no mundo ocidental às duas famílias jurídicas definidas podem não ser perfeitas. Há sistemas híbridos, no sentido de apresentarem traços de mais de uma família, nomeadamente traços da common law e da família romano-germânica*²⁸. Na realidade, a sociedade de informação em que vivemos, a par da recepção no ordenamento jurídico dos países, de uma profusão de normas de direito internacional, tende a fazer aproximar-se os sistemas jurídicos no plano mundial. Esta é, efectivamente, um dos aspectos mais marcantes da evolução do Direito moderno.

Por último, é de sublinhar que a oposição entre *common law* e *civil law* não pode ser exacerbada. A divisão assenta, sobretudo, nas formas de utilização das fontes formais do Direito e nos métodos dos juristas, não nos conteúdos essenciais dos sistemas jurídicos em causa. Um especialista americano em direito comparado escreveu que, quando pressionado para dar ilustrações dramáticas das diferenças entre as duas famílias de Direito, só é capaz de pensar em dois exemplos de regras directamente opostas do ponto de vista substancial (e mesmo essas com limitações, ressalvas e excepções): as relativas à possibilidade de os pais deserdarem os filhos e as relativas à possibilidade de os proprietários de coisas roubadas as reivindicarem de terceiros compradores de boa-fé sem pagarem indemnização²⁹. Convenhamos que estes exemplos são muito pouco dramáticos.

²⁸ São exemplos de sistemas híbridos de *common law* e *civil law* os da Luísiã, do Québec, da África do Sul e da Escócia. Sobre esta matéria, v. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução...*, cit., pág. 34, e WILLIAM TETLEY, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified) (Part I)*, in *Uniform Law Review*, 1999-3.

²⁹ JOHN HENRY MERRYMAN, *The Loneliness of the Comparative Lawyer*, A Haia, Londres, Boston, Kluwer, 1999, pág. 8.

Capítulo 3. AS NORMAS JURÍDICAS E AS SANÇÕES

SUMÁRIO: 3.1. Conceito; 3.2. Estrutura; 3.3. Características das normas jurídicas; 3.4. As sanções jurídicas como variedade das sanções sociais.

3.1. Conceito de norma jurídica

Como referimos, a ordem jurídica se expressa através de **normas jurídicas**, que são regras de conduta social gerais, abstractas e imperativas, adoptadas e impostas de forma coercitiva pelo Estado, através de órgãos ou autoridades competentes.

3.2. Características da norma jurídica

A partir da própria definição acabada de apresentar, podem extrair-se as características mais marcantes da norma jurídica, que são:

- a) Generalidade: Todos os cidadãos são iguais perante a lei, razão por que a norma jurídica se aplica a todas as pessoas em geral. As normas jurídicas são válidas para todos e a todos obrigam de igual forma;
- b) Abstracção: As normas jurídicas aplicam-se a um número abstracto de situações, a situações hipotéticas em que poderão enquadrar-se as condutas sociais e não a um indivíduo ou facto concreto da vida social;
- c) Imperatividade: As normas jurídicas são de cumprimento obrigatório;
- d) Coercibilidade: As normas jurídicas podem impor-se mediante o emprego de meios coercivos (ou da força) pelos órgãos estaduais competentes, em caso de não cumprimento voluntário.

A norma jurídica, ao revestir as características de imperatividade e coercibilidade, limita a liberdade do indivíduo, impelindo-o a conter os impulsos pessoais e a eleger as condutas a seguir de modo a não pôr em causa a liberdade dos outros e as bases de convivência social. Assim, para que a norma jurídica possa ser observada efectivamente, a par da sua justeza intrínseca, joga um papel importante a responsabilidade do indivíduo, que pode levá-lo a ter uma conduta conforme ao direito. O acatamento voluntário ou natural dos deveres jurídicos afasta a necessidade de coerção na aplicação da norma jurídica.

3.3. Estrutura da norma jurídica

A norma jurídica tem uma estrutura interna constituída, amiúde, por três elementos, a saber:

- a) **Previsão**: a norma jurídica regula situações ou casos hipotéticos da vida que se espera venham a acontecer (previsíveis), isto é, contém, em si mesma, a representação da situação futura;
- b) **Estatuição**: a norma jurídica impõe uma conduta a adoptar quando se verifique, no caso concreto, a previsão da norma;
- c) **Sanção**: a norma jurídica dispõe os meios de coacção que fazem parte do sistema jurídico para impor o cumprimento dos seus comandos.

Exemplo: “Aquele que, achando exposto em qualquer lugar um recém-nascido ou que, encontrando em lugar ermo um menor de sete anos, abandonado, o não apresentar à autoridade administrativa mais próxima, será condenado a prisão de um mês a dois anos” (artigo 346º do Código Penal vigente em Cabo Verde):

No exemplo apresentado, temos:

- Previsão: “Aquele que, achando exposto em qualquer lugar um recém-nascido ou que, encontrando em lugar ermo um menor de sete anos, abandonado....”

- Estatuição: ...” o não apresentar à autoridade administrativa mais próxima”...

- Sanção: ...” será condenado a prisão de um mês a dois anos”.

Esclareça-se, entretanto, que nem sempre (e, porventura, raramente) encontramos, na estrutura de uma norma jurídica, simultaneamente, os três elementos referidos, que podem apresentar-se de forma dispersa em diferentes normas do mesmo diploma legal ou mesmo de distintos diplomas legais. Assim, há diplomas legais em que a parte sancionatória é encontrada no fim, precedendo-a as normas de previsão/estatuição.

Refira-se, por outro lado, que certos autores apenas consideram, na estrutura da norma jurídica, dois elementos. Assim, a Previsão e a Estatuição fundem-se num só elemento, que costuma tomar diferentes designações (Estatuição, Hipótese ou Previsão...), mantendo-se, entretanto, o último elemento (a Sanção), com a ressalva referida no parágrafo precedente.

Não obstante a sua natureza imperativa, a ordem jurídica, como toda a norma social, é violável. O incumprimento da norma jurídica implica a aplicação de sanções, matéria de que nos ocupamos em seguida.

3.4. As sanções jurídicas como variedade das sanções sociais

Como sabemos, a ordem social é constituída por uma rede complexa e mutável de regras provenientes de ordens normativas de diversa índole (ordem moral, religiosa, de trato social e ordem jurídica), que se interpenetram e se relacionam entre si de forma dinâmica. Em função das ordens sociais normativas, temos as normas morais, religiosas, de trato social e jurídicas, cuja observância ou inobservância implicam a adopção de sanções de diversa índole, as quais têm duplo sentido:

Numa *primeira acepção*, de uso mais comum, "aplicar sanções" significa aplicar penalidades por determinadas condutas que violem disposições legais, regulamentos, usos ou costumes, ou criar restrições e proibições que cerceiam a liberdade de conduta.

Numa *segunda acepção*, mais ampla, entende-se por "sanção" qualquer forma de aprovação ou reprovação de um acto ou forma de conduta determinados; isto é, neste sentido, a sanção é não apenas a aprovação com que se ratifica a validade de algum acto, uso ou costume, mas também

a reprovação com que se repele, condena ou reprime esse mesmo acto, uso ou costume. Na segunda acepção, encontramos, pois, sanções em sentido positivo (aprovação de condutas) e em sentido negativo (reprovação, repressão de condutas).

Se o conceito de sanção, em sentido amplo, abarca esse duplo aspecto (aprovação ou desaprovação de condutas), é, no entanto, na acepção restrita (ou seja, no aspecto repressivo ou de condenação) que, geralmente, se utiliza o conceito de sanção.

Em sentido restrito, entende-se, pois, por **sanção social** o fenómeno pelo qual um grupo social desaprova a conduta social deste ou daquele dos seus membros, aplicando-lhe sanções que se traduzem, designadamente: em juízos ou julgamentos colectivos de desfavor ou de desprezo do transgressor; no impedimento de participação na vida social do grupo; na marginalização social do transgressor; na repressão de condutas consideradas negativas. A sanção social, nesta acepção, aplica-se em caso de violação das normas sociais, de entre as quais se incluem aqui tanto as normas morais, religiosas e jurídicas como as conhecidas “normas de trato social” que se expressam em regras destinadas a lograr uma convivência agradável entre as pessoas mas que nem sempre se apresentam como indispensáveis à subsistência da vida em sociedade (normas de etiqueta e boas maneiras, de cortesia e urbanidade; normas da moda; normas deontológicas, usos e costumes de determinados grupos ou regiões, etc.)

De entre os *tipos de* sanção social, em sentido restrito ou negativo, destacam-se:

- a) **Sanções morais** são aquelas que se traduzem na reprovação da formação moral do transgressor e na condenação do mesmo sob o anátema da má reputação. Aplicam-se em virtude da violação das normas morais que, como já vimos, regulam o comportamento do indivíduo em função daquilo que se considera o Bem e o Mal;
- b) **Sanções religiosas** são aquelas que se aplicam em virtude da violação das normas religiosas que, como as sabe, têm por função regular as condutas humanas com base na Fé em Deus. A violação das normas religiosas traduz-se em infracções cuja gravidade é objecto de diversa graduação (que se expressam, nomeadamente, em “pecados veniais”, pecados graves ou “mortais”) e implicam a aplicação das mais diversas sanções religiosas, umas de aplicação terrena (v.g. proibição de benefício de sacramentos, excomunhão, etc.) e outras após a morte (condenação ao purgatório e ao inferno);
- c) **As sanções jurídicas** são aquelas que visam sancionar a violação das normas jurídicas que, como sabemos, são as regras de conduta gerais, abstractas e obrigatórias que regulam os aspectos mais relevantes da vida em sociedade, distinguindo-se das demais normas da ordem social

pelo facto de poderem ser aplicadas coercivamente pelo Estado quando não são acatadas de forma voluntária.

Partes integrantes das sanções sociais, as sanções jurídicas apresentam diversas modalidades, destacando-se as seguintes:

- **Sanções civis** – têm por fim impor o cumprimento das obrigações e ou o ressarcimento de danos morais e materiais causados por quem age em violação das normas a que está obrigado. Traduzem-se, designadamente, na reconstituição do interesse lesado, isto é, na reposição das coisas no estado em que se encontravam antes da prática da ilicitude, mediante o cumprimento forçoso das obrigações em causa (exs: pagamento de uma dívida num contrato de compra e venda, devolução do bem emprestado, etc.)³⁰ e ou na fixação de uma indemnização, destinada a cobrir os prejuízos ou danos causados³¹;

- **Sanções criminais** (ou penais)³² – visam responsabilizar o criminoso perante a sociedade em virtude de actos ou omissões que violem normas imperativas de convivência social, podendo as penas revestir-se as mais diversas formas: pena de multa, privação da liberdade (pena de prisão)³³, imposição de medidas de segurança, indemnizações (nalguns casos), etc.;

- **Sanções disciplinares** – traduzem-se na aplicação de sanções a indivíduos pela violação de normas que disciplinam a conduta no seio de organizações a que pertençam esses mesmos indivíduos. As penas disciplinares podem ser de mera censura, pecuniárias (multas), suspensivas (suspensões e inactividade) e expulsivas (aposentação compulsiva e demissão), além da pena acessória de cessação da comissão de serviço, que pode aplicar-se a funcionários investidos em cargo dirigente ou equiparado.

Nas sanções jurídicas revela-se a coercibilidade que se traduz na associação entre o Direito (Justiça) e a Força. Entretanto, não é imprescindível a utilização da Força em todos os casos para se assegurar o cumprimento das normas jurídicas. Com efeito, na maioria das vezes, o acatamento destas acontece de forma voluntária ou natural, sem a intervenção da Força.

3.5. Sanções Políticas

Uma categoria especial de sanções sociais é constituída pela **Sanções Políticas**. Efectivamente, com a emergência, a partir das sociedades primárias, da chamada sociedade civil ou política e, com ela, do Poder Político, cujo exercício obedece a regras que, como quaisquer outras,

³⁰ Estamos, neste caso, perante uma sanção reconstitutiva.

³¹ Nesse caso, estamos perante uma sanção compensatória.

³² As sanções criminais e as sanções disciplinares são tipicamente sanções punitivas.

³³ A prisão da liberdade assume o carácter de sanção compulsória ou compulsiva, por excelência. Mas as demais sanções não deixam de ter tal característica, ainda que, por vezes, mais mitigada.

requerem cumprimento obrigatório, mas são, por natureza, igualmente violáveis, torna-se necessária a existência das Sanções Políticas, para “premiar” ou “penalizar” o desempenho dos indivíduos investidos nos mais diversos cargos políticos.

Podendo ter origem em condutas que se situam no âmago das diferentes ordens normativas estudadas, as sanções políticas não deixam, conseqüentemente, de assumir, em maior ou menor grau, características das outras sanções.

Ao destinar-se a aprovar ou reprovar o desempenho dos indivíduos investidos em cargos políticos, as *sanções políticas*, na vertente punitiva, expressam-se em múltiplas formas, nomeadamente: revogação do mandato de titulares de cargos políticos; suspensão de mandatos; demissão de políticos; preterição na candidatura a cargos políticos; despromoção na hierarquia política; preterição na hierarquia das listas de candidatos; manifestações públicas de condenação; queda nas sondagens de opinião...

Capítulo 4. AS FONTES DO DIREITO

SUMÁRIO: 4.1. Conceito e classificação das Fontes do Direito. 4.2. Fontes imediatas: a lei, o costume, o tratado internacional. 4.3. Fontes mediatas: a doutrina e a jurisprudência 4.4. Os princípios gerais de Direito.

4.1. Conceito e Classificação das Fontes de Direito

Quando falamos de Fontes do Direito queremos referir-nos às nascentes, aos mananciais do Direito. Ou seja, Fontes de Direito são os meios pelos quais se formam ou se revelam as normas jurídicas.

Segundo prelecciona Washington de Barros Monteiro, são várias as classificações das fontes do Direito. "A mais importante divide-as em fontes directas ou imediatas e fontes indirectas ou mediatas. Fontes directas ou imediatas são aquelas que, por si sós, pela sua própria força, são suficientes para gerar a regra jurídica". São a lei, o Costume e o Tratado Internacional. Fontes indirectas ou mediatas são as que não têm tal virtude, porém encaminham os espíritos, mais cedo ou mais tarde, à elaboração da norma. São a doutrina e a jurisprudência". Vejamos, resumidamente, cada uma.

4.2. Fontes imediatas ou directas:

Como vimos, são fontes imediatas a lei, o costume e o tratado internacional³⁴.

4.2.1. A Lei: Para dirimir uma questão submetida à apreciação do Poder Judicial, a primeira fonte de que se lança mão é a lei. Em países como o nosso, em que o Direito é escrito, a lei assume papel de suma importância, figurando como a principal fonte do Direito.

"Lei é uma regra geral, que, emanando de autoridade (estadual) competente, é imposta, coactivamente, à obediência de todos". Com efeito, ela caracteriza-se por ser um conjunto de normas dotadas de generalidade, isto é, que se dirigem a todos os membros da colectividade, sem exclusão de ninguém. A lei é ainda provida de coacção, com o objectivo tornar induzir os indivíduos a não violar os seus preceitos. Regra jurídica sem coacção, disse Jhering, é uma contradição em si, um fogo que não queima, uma luz que não ilumina.

³⁴ Costuma ainda citar-se como fonte de Direito as **normas corporativas** que são regras jurídicas adoptadas e impostas por organismos representativos de corporações (ex: Sindicatos de Jornalistas; Ordens de Médicos, Advogados, Engenheiros, etc; Câmaras de Comércio, etc), no âmbito das suas atribuições específicas. As normas corporativas resultam de acordos com outras entidades (ex: acordos colectivos de trabalho), perante as quais as corporações actuam em defesa dos interesses que representam. Estas normas não podem contrariar a lei e são de cumprimento obrigatório pelas partes

A mais importante das Leis é a Constituição, que contém as normas jurídicas superiores, às quais se subordinam as normas contidas em leis e outros actos legislativos e normativos.

A Lei, em sentido restrito, é aprovada pelo Parlamento, órgão legislativo por excelência em Cabo Verde. No entanto, em sentido corrente, tomam a designação de lei os actos legislativos do Governo, nomeadamente os decretos-leis e decretos-legislativos (que analisaremos noutro capítulo)³⁵.

4.2.2. O Costume: Norma não escrita que resulta de prática reiterada e habitual, acompanhada da consciência ou convicção colectiva acerca do seu carácter obrigatório.

Na verdade, as leis escritas não compreendem todo o Direito. Há normas costumeiras, também chamadas consuetudinárias, que obrigam, igualmente, ainda que não constem de preceitos votados por órgãos competentes. Realmente, havendo lacuna na lei, não se segue que a ordem jurídica seja lacunar, e então a questão será resolvida mediante recursos aos costumes, a segunda fonte imediata do Direito. A obediência a uma conduta por parte de uma colectividade configura um uso. A reiteração desse uso forma o costume, que, na lição de Vicente Ráo, vem a ser a regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme, e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica. Ou, como observa João Franzen de Lima, é o produto de uma elaboração entre os homens. O emprego de uma determinada regra para regular determinada situação, desde que se repita reiteradamente, quando igual situação se apresente de novo, constitui uma prática, um uso, cuja generalização através do tempo leva a todos os espíritos a convicção de que se trata de uma regra de Direito. Esse hábito que adquirem os homens de empregar a mesma regra sempre que se repete a mesma situação, e de segui-la como legítima e obrigatória, é que constitui o costume.

Nestas condições, e como pondera Ricardo Teixeira Brancato, "algumas normas há em nossa sociedade que, embora não escritas, são obrigatórias. Tais normas são ditadas pelos usos e costumes e não pode deixar de ser cumpridas, muito embora não estejam gravadas numa lei escrita. Aliás, mais cedo ou mais tarde determinados costumes acabam por ser cristalizados em uma lei, passando, pois, a integrar a legislação do país. Exemplo de norma costumeira que, não obstante não estar consagrada em lei escrita nem por isso deixa de ser obrigatório, é a chamada "fila", seja para tomar autocarros, seja para ingresso no Cinema, na Escola, no Supermercado ou em qualquer lugar.

³⁵ No caso do Brasil, em casos excepcionais, ditados pela urgência e relevância da matéria, pode também o Presidente da República editar medidas provisórias, com força de lei (CF, art. 62 da Constituição brasileira).

Assim, no caso exemplificado, preserva-se, com carácter obrigatório, o direito de precedência dos que chegam primeiro, de acordo com os costumes tradicionais.

Para que um costume seja reconhecido como fonte de Direito deve reunir determinados **requisitos**. Assim, é preciso: a) que seja **contínuo** (factos esporádicos, que se verificam vez por outra não são considerados costumes); b) que seja **constante** (a repetição dos factos deve ser efectiva, sem dúvidas, sem alteração); c) que seja **moral** (o costume não pode contrariar a moral ou os bons hábitos, não pode ser imoral); d) que seja **obrigatório**, isto é, que não seja facultativo, sujeito a vontade das partes interessadas".

O Direito criado pelo costume, como já vimos, chama-se consuetudinário. Era ele muito importante na Antiguidade, antes do Direito escrito.

Hoje, esta fonte perdeu em grande parte sua importância, sendo aplicado somente por excepção, em determinados casos de omissão da lei.

Enquanto o Costume é espontâneo e se expressa oralmente, a Lei dimana de um órgão do Estado, através de um processo próprio de elaboração, e se expressa por fórmula escrita. São essas as principais diferenças entre eles.

Os Costumes podem classificar-se do seguinte modo, segundo Ascensão (1993):

- Secundum Legem: (segundo a lei) é o costume que está previsto na lei, a qual reconhece a sua eficácia obrigatória. A lei se reporta expressamente a ele reconhecendo sua obrigação.

- Praeter Legem: (além da lei) é aquele que intervém na falta ou omissão da lei. Nesses casos ele pode ser invocado, embora não mencionado pela legislação, tendo carácter supletivo.

- Contra Legem: (contra a lei) aquele que se forma em sentido contrário ao da lei. Aplica-se mais aos casos de desuso (desuetudo) ou superação da lei (ab-rogatório).

Diferenças entre lei e costume

Factor	Lei	Costume Jurídico
Origem	A origem é determinada, prefixada, não dá margem de dúvida, quanto a seu nascimento (quando e onde), se revestindo de segurança e certeza.	Nasce de forma anónima. Não se sabe onde surgiu, ou seja, sua origem é incerta.
Forma de elaboração	Acto normativo oriundo do Poder Legislativo, havendo um processo legislativo com fases determinadas. O órgão elaborador é certo e os trâmites prefixados. As fases são: -Iniciativa; -Discussão e votação; -Sanção ou veto; -Promulgação (da lei, não do projecto de lei)→declaração formal da existência da lei; -Publicação.	Sua génese se dá de forma indeterminada, sendo sua forma imprevista. Ninguém poderia predeterminar os processos reveladores dos usos e costumes.
Âmbito de eficácia	A lei é genérica, ou seja, possui um elemento de universalidade. *Assim como há leis desprovidas de generalidade, também há costumes genéricos, como os que vigoram no Direito Internacional. Ex.: Lei determinando a pensão da viúva do poeta Carlos Drumond de Andrade	São particulares, em sua maioria, referindo-se a um grupo de pessoas, a determinada região.
Forma	Escrita, podendo ser oriunda, inclusive, da positivação de costumes	Não escrita. O costume pode ser reduzido a escrito, porém isto não tem relação com a sua vigência. Ex.: Junta comercial em relação às sacas de café do Porto de Santos.
Vigência	Vigora até o surgimento de uma nova lei que a modifique ou a revogue. Se não houver prazo para sua vigência. A lei não perde a vigência pelo desuso, apesar de haver posição minoritária, em contrário, na doutrina. A lei possui validade que aspira à eficácia	Vigora até o desuso ocorrer. O costume possui eficácia que aspira à validade (com o reconhecimento do Poder Judicial). O costume é por excelência eficaz, pois é repetido pela sociedade.

Sendo bastante discutível a admissão do Costume como fonte de direito, a tendência vai no sentido de os usos e costumes relevantes na ordem social serem acolhidos pelo legislador sob a forma de direito escrito, posto que a efectividade deste é tanto maior quanto maior for a sua coincidência com as regras e práticas sociais aceites e consensualmente numa Comunidade. Se, pelo contrário, as normas jurídicas forem totalmente alheias aos costumes prevalecentes na sociedade, a aplicação daquelas pode engendrar conflitos e revelarem-se de difícil aplicabilidade social.

4.2.3. O Tratado Internacional

O Tratado Internacional é o acordo de vontades entre estados e outros sujeitos internacionais³⁶. Por força constitucional, os tratados fazem parte da ordem jurídica cabo-verdiana. Para tanto, devem ser aprovados (a aprovação pode ser, consoante os casos, da competência do Governo ou da Assembleia) e ratificados (confirmados) pelo Presidente da República.

Há diferentes tipos de Tratados: tratados normativos (que definem normas ou regras de Direito), tratados-contratos (que visam a realização de uma operação concreta, extinguindo-se os seus efeitos com o término dessa operação), tratados colectivos (que envolvem mais do que dois estados) e tratados particulares ou bilaterais (que envolvem dois estados).

4.3. Fontes mediatas ou indirectas:

São fontes indirectas do Direito:

4.3.1.A Doutrina. Conjunto de opiniões, estudos e pareceres jurídicos elaborados por professores e técnicos de Direito de reconhecida competência sobre a forma adequada e correcta de aplicar, articular e interpretar as normas jurídicas. Não possui carácter vinculativo; Esta fonte indirecta do Direito resulta de investigações e reflexões teóricas e de princípios metodicamente expostos, analisados e sustentados pelos autores, tratadistas, jurisconsultos, no estudo das leis. Como salienta Caio Mário da Silva Pereira, "em determinadas fases da cultura jurídica sobressaem escritores, a cujos trabalhos todos recorrem de tal forma que as suas opiniões se convertem em preceitos "obrigatórios"³⁷...

Com efeito, é de grande valor o trabalho dos doutrinadores na elaboração e na aplicação do direito objectivo, já que, analisando criticamente as diferentes opções jurídicas, apontando as falhas, os inconvenientes e defeitos da lei vigente, ajuda o legislador na feitura de lei mais perfeita e o aplicador do direito na procura das soluções mais adequadas aos casos em

³⁶ São sujeitos internacionais os Estados, as Organizações Internacionais e outros sujeitos internacionais....

³⁷ "Obrigatórios" no sentido de que essas orientações são pacificamente seguidas, pela sapiência revelada pelos doutrinadores e pela consistência e razoabilidade de suas tomadas de posição. Em todo o caso, entre nós, e nos sistemas romano-germânicos em geral, a Doutrina não é uma fonte de direito de carácter vinculativo, tal como acontece, também, com a Jurisprudência

apreço.

4.3.2. A Jurisprudência: Fonte indirecta do Direito, a Jurisprudência é o resultado da actividade jurisdiccional, atribuída aos magistrados por força da jurisdição (*juris + dicio* - dizer o direito = poder legal dos magistrados de conhecer e julgar os litígios). A Jurisprudência evidencia-se, pois, através de regras gerais que se extraem das reiteradas decisões de tribunais (em geral, de maior hierarquia) num mesmo sentido, numa mesma direcção interpretativa. Sempre que uma questão é decidida reiteradamente no mesmo modo surge a jurisprudência. Como fonte indirecta do Direito, não vincula o juiz, mas costuma dar a este importantes subsídios na solução de cada caso³⁸.

Dito de outro modo, a **Jurisprudência** *é um conjunto de regras gerais e orientações que se retiram das decisões judiciais emanadas dos tribunais da mais alta hierarquia para efeitos de consideração ulterior no julgamento de casos semelhantes submetidos a outros tribunais de igual ou menor nível.* Com efeito, as sentenças ou acórdãos dos tribunais superiores sobre determinados casos servem de referência no julgamento de casos idênticos, contribuindo para uma interpretação e aplicação uniformes (ou tendencialmente uniformes) das normas jurídicas.

4.4. Os princípios gerais de Direito

A Ciência Jurídica costuma enunciar ainda como Fonte de Direito os chamados **Princípios Gerais do Direito**, que são os pressupostos lógicos que em que se baseiam as diferentes normas jurídicas.

No seu livro “Lições preliminares de Direito”, Miguel Real considera que os princípios gerais do Direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas.

Podem considerar-se como os alicerces do ordenamento jurídico, informando o sistema independentemente de estarem formalizados na norma legal. Assim, admitem-se como princípios gerais

³⁸ Um exemplo concreto, retirado da experiência brasileira, ajudará a elucidar o valor da jurisprudência na formação do Direito. Antigamente, não tinha a concubina qualquer direito reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Longa série de julgados alterou, todavia a situação, e hoje, embora não o diga a lei expressamente, já se reconhece à concubina a remuneração de seus serviços de valor económico e a sua parte no adquirido pelo esforço comum (RT 452/206, 483/195 etc.). Aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica neste sentido, cuja Súmula 380 dispõe: "Comprovada a existência de sociedade de facto entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do património adquirido pelo esforço comum". E sob o influxo dessa jurisprudência, começou a concubina a adquirir na legislação brasileira alguns direitos (pode ser inscrita como dependente do companheiro no regime de previdência social e no imposto de renda; tem, segundo a Lei 6.015, de 31.12.1973, o direito de incluir em seu nome o patronímico de seu companheiro, cf. art. 57º, § 2.º), direitos esses que se reflectiram na regra contida no art. 226, § 3.º da actual Constituição, que reconhece como entidade familiar, para efeito da protecção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher. No caso cabo-verdiano é conhecida a evolução da “união de facto”, se bem que a sua regulação jurídica tenha evoluído sobretudo através do reconhecimento, sob a forma escrita, dos usos e costumes e só parcialmente da jurisprudência dos tribunais...

- Não condenar alguém se não se pode provar sua culpa;
- A ninguém é permitido causar dano a outrem e, se o fizer, deverá indenizá-lo;
- Não se pode punir ninguém pelos seus pensamentos;
- Ninguém pode ser obrigado a citar os dispositivos legais em que se apoia a sua pretensão, pois parte-se do pressuposto de que o julgador os conhece;
- A ninguém é obrigado fazer o impossível;
- Não há crime nem criminoso se não houver lei anterior que o prescreva como tal.

Assim, a justiça, a igualdade, a equidade, a liberdade, a legalidade, o direito à vida, à defesa e à resistência contra a opressão – tais são alguns desses princípios cuja relevância na configuração e na realização do Direito é indiscutível, mas que, no entendimento de muitos autores, não constituem mais uma fonte de Direito, porquanto: não constituem propriamente uma via pela qual o direito “nasce” ou “se dá a conhecer”; eles estão ligados, de forma indissolúvel, às demais fontes que devem tomá-los em consideração, quer na criação, quer na interpretação e aplicação das regras de Direito.

Capítulo 5. OS RAMOS DO DIREITO

SUMÁRIO: 5.1. Conceito de Ramos de Direito. 5.2. O Direito Positivo e Direito Natural – 5.3. Direito Internacional e Direito Nacional – 5.4. Direito Público e Direito Privado – 5.5. Breve estudo dos principais ramos de Direito

5.1. Conceito de Ramos de Direito

Fazendo jus ao seu carácter societário, o Direito evolui em função das mudanças sociais, seja à escala de cada país, seja a nível mundial. Em virtude dessa evolução, o Direito torna-se cada vez mais complexo e alguns dos seus segmentos tendem a especializar-se e a ganhar autonomia relativa. É assim que, ao longo dos anos, têm surgido, no seio do Direito, e em relação a vários domínios da vida social, vários ramos de direito ou disciplinas jurídicas.

Ramos de Direito são, pois, disciplinas de especialização do Direito, que se ocupam das formas de regulação de determinados aspectos da vida societária através de normas jurídicas próprias e servindo-se de princípios, métodos e processos adequados. Os diferentes **ramos de Direito** surgem em virtude da necessidade de o Direito se especializar de modo a regular de forma eficaz os novos problemas e fenómenos da vida societária que vão surgindo, por vezes com grande complexidade. Assim, os diferentes segmentos ou domínios de regulação do Direito tendem a ganhar relativa autonomia, apresentando-se como disciplinas ou ramos específicos dentro da Ciência Jurídica.

Sem que constituam, propriamente ramos de Direito, começamos por fazer uma breve referência a alguns conceitos de Direito, que se referem à sua natureza ou âmbito de regulação: Direito Positivo e Direito Natural; Direito Internacional e Direito Nacional; Direito Público e Direito Privado.

5.2. Direito Positivo e Direito Natural

O **Direito Positivo** compreende o conjunto de regras jurídicas em vigor num país determinado e numa determinada época. É o Direito histórica e objectivamente estabelecido, encontrado em leis, códigos, tratados internacionais, decretos, regulamentos, costumes, etc.; é o Direito cuja existência não é contestada por ninguém. É com esse significado que nos referimos ao direito romano, ao direito alemão, ao direito português, ao direito brasileiro.

O **Direito Natural**, para os que aceitam a sua existência, é aquele que não se consubstancia em regras impostas ao indivíduo pelo Estado, mas de uma lei anterior e superior ao Direito Positivo, que se impõe a todos os povos pela própria força dos princípios supremos dos quais resulta, constituídos pela própria natureza e não pela criação dos homens, como, por exemplo, o direito de reproduzir, o direito de viver etc. Numa palavra, o Direito Positivo, é o direito que depende da vontade humana, enquanto o

Direito Natural, é o que independe do acto de vontade, por reflectir exigências sociais da natureza humana, comuns a todos os homens.

5.3. Direito Internacional e Direito Nacional

Direito Internacional vem a ser o complexo de normas aplicáveis nas relações entre países (Direito Internacional Público), e aos particulares que tenham interesse em mais de um país (Direito Internacional Privado). Exemplificando: se, na exploração de uma fábrica hidroeléctrica, construída por dois países, estes tiverem alguma divergência, a questão poderá ser resolvida por meio de aplicação de normas de Direito Internacional Público. Já o inventário de um falecido que tenha deixado bens em vários países cria problemas de Direito Internacional Privado, por isso que estão em jogo interesses de particulares em mais de um país.

Direito Nacional é o que existe dentro das fronteiras de um país.

5.4. Direito Público e Direito Privado

O Direito Nacional (assim como o Internacional) pode desdobrar-se em dois grandes ramos: o Direito Público e o Direito Privado³⁹. O Direito Público disciplina aos interesses gerais da colectividade, e se caracteriza pela imperatividade de suas normas, que não podem nunca ser afastadas por convenção dos particulares. Já o Direito Privado versa sobre as relações dos indivíduos entre si, tendo na supletividade de seus preceitos a nota característica, isto é, vigora apenas enquanto a vontade dos interessados não disponha de modo diferente que o previsto pelo legislador. Para melhor compreensão, tomemos dois exemplos:

Supondo-se que o salário mínimo é fixado como obrigatório por lei, imagine-se um contrato de trabalho pelo qual trabalhador e empresário convencionam que o primeiro ganhará 2/3 do salário mínimo, visto que ele não tem mulher nem filho. É válido o acordo? Obviamente, não. O patrão terá que pagar de qualquer forma o salário mínimo, por se tratar de uma norma de ordem pública, de protecção ao trabalhador. Se recebo, por empréstimo, 2 sacos de arroz, a lei diz (Código Civil) diz que sou obrigado a restituir esse género, na qualidade e quantidade recebidas. No entanto, quem me emprestou aceita que eu faça a devolução em sacos de milho. É válido o acordo? Sim, porque aqui estamos no terreno do Direito Privado, onde o particular pode exigir ou deixar de exigir o cumprimento da lei. A

³⁹ Essa divisão do Direito em Público e Privado, embora milenar (invenção romana), não é aceite pacificamente entre os autores. Daí falar-se num Direito Misto, já que no mundo actual, entre os dois grandes e tradicionais campos do Direito se encontram regras que tutelam tanto interesse público quanto o privado, como, por exemplo, no caso do Direito de Família, do Trabalho, etc. Com efeito, observa-se, presentemente, acentuada tendência publicística no Direito Privado, como acontece com a legislação protectora do inquilinato e da família. Aliás, todo o Direito de Família caminha para o Direito Público. Para fins didácticos, entretanto, continuamos com a bipartição do Direito em Público e Privado.

lei lhe dá a faculdade de agir, ou seja, o direito subjectivo dá-lhe a possibilidade de agir, deixando-lhe, porém, iniciativa da acção.

Sendo discutível a divisão do Direito entre Direito Público e Direito Privado, admite-se, contudo, que o primeiro dos ramos do Direito Público interno é o Direito Constitucional (tem por objecto fixar a estrutura do Estado e estabelecer os direitos fundamentais da pessoa humana).

Pertencem, ainda, ao Direito Público interno o Direito Administrativo (que estabelece os preceitos relativos à administração da coisa pública), o Direito Penal (que define as condutas criminosas, visando preveni-las e reprimi-las), o Direito Financeiro (que cuida da organização das finanças do Estado), o Direito Processual Civil e Penal (que tratam da realização da Justiça, regulando o processamento das acções perante o Poder Judicial) e o Direito do Trabalho ou, na acepção brasileira, Direito Trabalhista⁴⁰ (que tem por objecto reger as relações de trabalho subordinado).

O Direito Privado, por seu turno, compreende, essencialmente, o Direito Civil (regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às relações que as pessoas estabelecem entre si e a respeito dos bens) e o Direito Comercial (que regula a profissão dos comerciantes, seus actos e contratos).

5.5. Breve estudo dos principais ramos de Direito

Como vimos, na sua evolução, o Direito especializa-se em vários ramos, para poder regular e dar resposta, de forma cabal, a questões, cada vez mais complexas, com que se defronta a sociedade. Passamos a enunciar, sucintamente e de forma não exaustiva, os principais ramos de Direito:

a) **Direito Constitucional** - É o ramo do Direito que tem por objecto de estudo as normas constitucionais, ou seja, os princípios e normas fundamentais da estrutura política e organizativa do Estado, as liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos e as bases do ordenamento jurídico da sociedade. O Direito Constitucional caracteriza-se por ter uma posição normativa hierarquicamente superior aos outros ramos de Direito, porquanto: suas normas constituem uma lei superior que se fundamenta a si própria; suas normas são a fonte de produção jurídica de outras normas

⁴⁰ 3 O Direito de Trabalho (ou Direito Trabalhista, na versão brasileira) é de classificação controvertida. Preferimos situá-lo no campo do Direito Público, seguindo, neste ponto, o insigne mestre Miguel Reale (ob. cit), quando aduz ser inegável no Direito do Trabalho a presença do Estado, na sua função institucional, impondo limites à iniciativa individual, ao livre jogo dos interesses particulares. Assim, se examinarmos as regras que, hoje em dia, regulam o contrato individual de trabalho, é fácil perceber que o operário e o empresário, por exemplo, não têm liberdade de dispor livremente, fixando salários à sua vontade, mas devem obedecer a um mínimo estabelecido coercivamente pelo poder público. Assim, ninguém pode perceber menos do que o salário mínimo, ninguém pode renunciar àquelas garantias concernentes ao repouso semanal remunerado, ao trabalho normal de oito horas. Não estão, portanto os empregadores e os empregados na mesma situação de um comerciante cabo-verdiano que vende e de um francês que compra; no acto de convencionar as formas de remuneração do trabalho, devem atender às exigências imperativas de ordem pública, constantes da lei laboral.

(leis, regulamentos); todos os poderes públicos devem actuar conforme às normas constitucionais.

b) Direito Administrativo – É o ramo de Direito que tem por objecto de estudo o sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o processo de actuação da Administração Pública e disciplinam as relações pelas quais ela prossegue interesses colectivos, podendo usar para o efeito de iniciativas e do privilégio da execução prévia.

c) Direito Civil – É o ramo de Direito que se ocupa dos preceitos que regulam as relações entre simples particulares ou entre estes e o Estado ou outros entes públicos desde que actuem desprovidos do *ius imperium*, sob o signo da Justiça. O objecto de regulação do Direito Civil abarca não apenas as relações sociais de carácter patrimonial (relações monetário-mercantis amparadas juridicamente) mas também relações pessoais com certo conteúdo patrimonial (como os direitos de autor) e mesmo relações pessoais puras (como os direitos ao nome e à imagem). O Direito Civil, do qual se desprenderam diversos ramos do Direito, fixa normas e institutos fundamentais que servem de referência ou assumem carácter supletivo em relação aos demais ramos. O Direito Civil possui sub-ramos que tendem a assumir cada vez mais autonomia, como: direito de propriedade, direito de obrigações, direito de família, direito de sucessões, direito do trabalho, direito comercial, etc.;

d) Direito de Propriedade – É o ramo do Direito que se ocupa das normas jurídicas que instituem, regulam e protegem relações patrimoniais que surgem entre pessoas singulares e colectivas devido à apropriação e transformação dos bens da natureza e da produção e reprodução sociais. O Direito de Propriedade regula primordialmente os direitos reais, que são aqueles em que se atribui a uma pessoa todas as prerrogativas que se possa ter sobre um bem, de modo a obter desse bem, de forma total ou parcial, as utilidades que proporciona. O direito real mais importante é o de propriedade que concede ao titular (o proprietário) as faculdades de posse, uso, desfrute, disposição e reivindicação. Esta disciplina regula os diferentes tipos de direitos reais, nomeadamente os de aproveitamento (v.g. propriedade, superfície, uso, habitação, servidão⁴¹), de garantia (v.g. hipoteca, retenção, prenda⁴²) e de aquisição (v.g. direitos de preferência na compra de uma coisa, como os de tanteio e retracto⁴³).

e) Direito de Obrigações - É o conjunto de princípios e normas que regulam as relações obrigacionais, ou seja, os direitos ou faculdades que de que uma

⁴¹ Servidão é uma carga ou ónus que recai sobre uma coisa, ao impor-lhe a prestação de determinado serviço em proveito de uma pessoa que não é seu dono ou em benefício de um prédio pertencente a outro proprietário.

⁴² A prenda implica a entrega de um bem móvel ao credor para garantir o cumprimento de uma obrigação; A retenção dá ao credor o direito de conservar em seu poder a coisa que lhe foi entregue pelo devedor como garantia do cumprimento da obrigação e até à satisfação efectiva do seu crédito.

⁴³ Tanteio é o direito que confere ao seu titular preferência na compra ou aquisição de determinado bem; Retracto permite ao seu titular substituir outro, nas mesmas condições e pelo mesmo preço, na compra de determinado bem...

pessoa é investida e que lhe permitem exigir de uma outra pessoa determinada prestação (passível de ser valorada economicamente), cujo cumprimento pode ser forçoso caso não ocorra de forma voluntária. Os diferentes negócios jurídicos, como contratos de arrendamento, compra e venda, doação, mandato, representação, seguro, etc. são regulados pelo Direito de Obrigações.

f) Direito de Família – É a disciplina de Direito que regula o complexo de relações jurídicas (de natureza pessoal, social, material, económica) que surgem no seio da família em si e entre esta e terceiros ou o próprio Estado. Matrimónio, união de facto, divórcio, pátria potestade, filiação e adopção, tutela e curatela são, entre outras, matérias reguladas pelo Direito de Família.

g) Direito de Sucessões – É a disciplina de Direito que se ocupa das normas jurídicas que regulam a transmissão do património e outras relações de carácter não patrimonial ou de certo conteúdo patrimonial de uma pessoa para outra(s) depois da morte daquela. Questões relacionadas com a sucessão testada e intestada, o direito à herança e a divisão dos bens herdados são reguladas por esta disciplina.

h) Direito Internacional Público – É a disciplina de Direito que se ocupa do conjunto de regras que determinam os deveres e os direitos dos sujeitos internacionais (Estados, Organizações Internacionais e outros entes) nas suas relações entre si, normas essas que são de obrigatório cumprimento. Tem como fontes os Tratados, os Costumes e os princípios gerais de Direito (fontes directas), as decisões dos tribunais internacionais, as opiniões da doutrina internacional e as resoluções dos organismos internacionais (fontes indirectas) e as fontes dos próprios estados (leis, doutrina e jurisprudência nacionais e actos diplomáticos dos estados).

i) Direito Internacional Privado – É a disciplina de Direito que se ocupa do conjunto de princípios e regras que determinam a lei aplicável a relações jurídicas em que ao menos um dos seus elementos (sujeito, objecto e lugar) é estrangeiro e, por isso, está relacionado com mais do que uma legislação. Dito de outro modo, é o conjunto de regras aplicáveis à solução de conflitos que podem surgir entre duas soberanias em virtude do confronto de suas respectivas leis privadas ou de interesses privados de seus nacionais.

j) Direito Financeiro - É o ramo de Direito que se ocupa do conjunto de normas jurídicas que versam ou regulam a actividade financeira do Estado, ou seja, a colecta, gestão e aplicação dos recursos financeiros tendo em vista a satisfação das necessidades do Estado e da colectividade. Tem por subsistemas ou sub-ramos o Direito tributário e o Direito fiscal.

k) Direito Tributário - É a disciplina de Direito que tem por objecto de estudo o conjunto de normas que regulam a actividade de arrecadação das receitas, efectuada essencialmente através de impostos (prestações

unilaterais estabelecidas por lei e calculadas com base nos rendimentos auferidos pelos cidadãos e entregues ao Estado) e taxas (prestações efectuadas pelos cidadãos como contrapartida de serviços que lhes são prestados pelo Estado ou pela utilização de bens do domínio público.

l) Direito Fiscal - É a disciplina de Direito que se ocupa do sistema de normas jurídicas que disciplinam as relações de imposto e definem os meios e processos através dos quais se realizam os direitos emergentes daquelas relações. Inclui normas de soberania fiscal (referentes a poderes do Estado para criar impostos) , normas de incidência (referentes aos pressupostos e aos elementos de tributação, definindo quem está sujeito a determinado imposto e sobre que rendimentos recaem os impostos), normas de lançamento (referentes aos processos de determinação dos elementos da relação de imposto, identificando os sujeitos passivos e determinando a matéria colectável), normas de cobrança (referentes à entrada nos cofres do Estado dos impostos;

m) Direito Económico – É a disciplina que se ocupa do estudo do conjunto de normas jurídicas reguladoras das relações de realização e de direcção da actividade económica, tendo em vista a produção e a distribuição de bens e a prestação de serviços susceptíveis de satisfazer as necessidades de subsistência e desenvolvimento da sociedade.

n) Direito Comercial – É o ramo de direito que tem por objecto de estudo as normas que regulam os actos de comércio ou respeitantes ao seu exercício, independentemente de os sujeitos serem ou não comerciantes. Costuma ser encarado como sinónimo do Direito empresarial.

o) Direito empresarial é um ramo do direito privado que se ocupa, essencialmente, do estudo do conjunto das normas jurídicas que disciplinam a actividade de uma pessoa física ou jurídica (empresário individual ou sociedade empresarial, de diversa natureza), destinada à prossecução habitual de fins de natureza económica, através da produção de bens ou da prestação de serviços que satisfaçam necessidades humanas e, em contrapartida, resultem em benefícios ou resultados patrimoniais ou lucrativos para a empresa. Deste modo, o direito empresarial abrange um conjunto variado de matérias, incluindo as regras de constituição das sociedades comerciais ou empresariais, as obrigações destas, os contratos especiais de comércio empresarial, os títulos de crédito, a alteração, fusão ou extinção das empresas, de entre outras.

p) Direito do Trabalho – Ocupa-se do estudo do conjunto de normas jurídicas que regulam as relações sociais emergentes do trabalho, em especial do trabalho subordinado.

q) Direito do Notariado – É o ramo de Direito que regula a forma como se expressam documentalmente relações patrimoniais e não patrimoniais que têm lugar essencialmente entre particulares de modo a que possam fazer fé pública e surtir os devidos efeitos jurídicos. Contratos, testamentos, casamentos, etc. devem revestir determinadas formas documentais para que sejam juridicamente válidos.

r) Direito Penal – É o ramo de direito que se ocupa das normas que qualificam como crimes ou delitos determinadas condutas e comportamentos reprováveis (à luz dos valores fundamentais da comunidade erigida em Estado) e fixa os pressupostos de aplicação das penas e medidas de segurança que couberem, em função da gravidade das transgressões.

s) Direito Processual – (Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Processual do Trabalho, etc.) - Refere-se ao conjunto de normas que visam tornar efectivos os direitos legalmente protegidos, definindo a forma de actuar junto dos tribunais e bem assim a actuação destes com vista aplicação do direito e à realização da justiça. O Direito Processual tem assim por função dar operacionalidade às normas previstas nos vários ramos de Direito.

t) Direito da Internet – É um ramo emergente do Direito (pertencente à vasta área do chamado Direito Virtual) que tem por objecto de estudo as normas que regulam matérias decorrentes do próprio desenvolvimento da Internet, em especial das relações jurídicas e sociais decorrentes do fenómeno da Internet. Com efeito, não escapa ao Direito a regulação a vasta e complexa rede de relações sociais que têm lugar à escala mundial, incluindo as realidades económicas, políticas, étnicas, raciais, culturais, religiosas, mediatizadas pela Internet e, designadamente, pelas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC). Questões como a governação e o sufrágio electrónicos, realidades como comércio electrónico, jornais, revistas e publicidades virtuais, bibliotecas *on-line*, *tele-trabalho*, conferências, cursos e escolas virtuais – tais são algumas das muitas formas de manifestação das TIC e que exigem regulação jurídica adequada pelos Estados, desafio deveras complexo.

Capítulo 6. A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, ENQUANTO REFERÊNCIA ESSENCIAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO

6.1.Noção de Constituição 6.2. Surgimento e formação das Constituições. 6.3.Funções da Constituição. 6.4 Acepções da Constituição.6.5. Classificação das Constituições. 6.6.Estrutura das Constituições. 6.7. Estrutura e conteúdo sumário da Constituição da de Cabo Verde.

6.1. Noção de Constituição

Qualquer Estado, seja qual for o tipo histórico a que pertença, tem Constituição, na medida em que necessariamente se faz acompanhar de uma institucionalização jurídica do poder. Em qualquer Estado podem encontrar-se normas fundamentais em que assenta o seu ordenamento.

Todavia, só a partir do séc. XVIII se encara a Constituição como um conjunto de regras jurídicas definidoras das relações de poder, em moldes de limitação da actuação dos governantes e de legitimação ou validação dos actos do Estado.

A história do constitucionalismo traduz-se na luta por uma constituição limitativa do poder e de garantia dos direitos individuais.

A Constituição é, antes de tudo, um problema de poder⁴⁴ e, derivadamente, um problema de direito, pelo que não deve ser encarada como simples fenómeno jurídico, mas antes como uma síntese jurídica das realidades socioeconómicas e históricas de uma dada sociedade. Ela está condicionada pelos fundamentos económicos, sociais e políticos da sociedade, ou seja, pelo regime económico vigente e pelo carácter das relações sociais e políticas predominantes.

Em termos simples, definimos a Constituição como a lei fundamental do Estado, a lei-mãe, a lei das leis; é a lei suprema que regula a base económica do Estado, as formas de propriedade e o sistema de economia, a forma de governo e os principais fundamentos da organização e actividade dos órgãos do Estado, os direitos fundamentais dos cidadãos e as garantias de salvaguarda da própria lei fundamental.

É uma lei superior que recolhe o fundamento da sua validade em si própria (princípio de auto-primazia organizativa); é uma norma de normas, a fonte primária de produção de normas jurídicas. Todos os actos do poder Político e todas as demais normas

⁴⁴ Poder é a capacidade de tomar decisões ou, dito de outro modo, a capacidade de influenciar a conduta alheia. No texto, refere-se ao Poder no sentido de **Poder Político**, que é a faculdade que uma Sociedade tem de, autonomamente, tomar decisões essenciais orientadoras da sua vida presente e futura. Quando o Poder Político é supremo e independente, diz-se Poder Político soberano ou, simplesmente, **Soberania**. Assim, há Estados que detém Poder Político mas não a Soberania.

jurídicas (normas infraconstitucionais) devem estar em conformidade com as normas e princípios constitucionais.

As normas constitucionais têm especial tipicidade e prosseguem fins e objectivos que as distinguem das demais normas do ordenamento jurídico estatal. Elas estão especialmente ligadas ao exercício do poder político através dos instrumentos dedicados a esse fim. Só as normas constitucionais têm hierarquia para regular questões essenciais que se prendem com o exercício do poder estatal, sua natureza, forma e conteúdo. Daí que a Constituição se apresente como “manifestação jurídica da existência de um Estado, o estatuto jurídico do político”.

Segundo o constitucionalista Jorge Miranda, a Constituição, porque é Direito, "é elemento conformado e elemento conformador da sociedade a que se dirige e é resultado e factor de integração política. Ela reflecte a formação, a cultura, a geografia e as condições económicas de um Povo e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, é conjunto de normas directamente aplicáveis, dispõe sobre os direitos dos indivíduos e dos grupos, racionaliza as suas posições recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, pode ser agente de conservação ou de transformação... Vem a ser a sede dos valores jurídicos básicos acolhidos na comunidade política, a expressão mais imediata da ideia de Direito nela triunfante, o estatuto do poder político que se pretende ao serviço desta ideia, o quadro de referência recíproca da sociedade e do poder".

Se é certo que o conceito de Constituição se converteu na época actual num conceito neutro (aberto a conteúdos políticos, económicos e sociais divergentes), é também verdade que a Constituição concreta de cada povo, enquanto estatuto da sua vida política, não é nem pode ser neutra, indiferente ou insusceptível de apreciação para o cidadão e para o jurista. Aliás, nem tudo o que se apresenta como constitucional o merece ser por perversão de valores; outrossim, o poder constituinte não goza de uma ilimitada (irrestrita) liberdade de consagração ou não consagração de certas regras (v.g. não goza do poder de não respeitar os direitos fundamentais, que traduzem o essencial da dignidade humana)

6. 2. Surgimento e formação das Constituições.

Historicamente, a Constituição surge com o surgimento do Direito. Não se fala aqui das Constituições “de jure” (jurídicas), que apareceram na época moderna com a ascensão da burguesia, mas sim de Constituição “de facto” (de acção), ou seja: Constituição política, como a própria organização do Estado; Constituição como princípio ordenador da sociedade.

Já na Grécia Antiga encontramos Aristóteles (384-322 a.C) a estudar as Constituições de mais de 100 cidades-estados, não propriamente com o propósito de fazer um estudo constitucional comparado mas sim uma análise da normatividade dos povos onde a Constituição constituía um dos

factores dessa normatividade. Essencialmente jurídico-política, a concepção aristotélica de Constituição encontramos-na na obra "A Política, onde Aristóteles sublinha que “a Constituição do Estado tem por objecto a organização das magistraturas a distribuição dos Poderes, as atribuições de soberania, numa palavra, a determinação do fim essencial de cada comunidade política”. Referindo-se ainda ao objecto da Constituição, Aristóteles dizia que ela deve ocupar-se:”1º, de quem e de que espécie de pessoas deve ser composto um Estado; 2º, de como ele deve ser governado para ser feliz e florescente, o que suscita a questão das formas de governo: monarquia, aristocracia e república (que podem degenerar-se, respectivamente, em tirania, oligarquia e democracia).

Em Roma, dentro do chamado Direito Público estudava-se uma disciplina cujo único fim era o estudo da ordem jurídica respeitante directamente ao Estado. Cícero (1 06-43 a. C) oferece-nos um conceito acentuadamente jurídico de Constituição ao definir a "res publica" como "agregado de homens associados mediante um consentimento jurídico e por causa de uma utilidade pública - *constitutio populi*. E é ainda em Roma que encontramos a expressão “*constitutiones principum*” que serviria para indicar os actos do imperador dotados de eficácia superior a quaisquer outros.

Na Idade Média, o conceito de lei fundamental toma corpo e define tendencialmente um conjunto de princípios ético-religiosos e de normas consuetudinárias que vinculavam reciprocamente o rei e as classes sociais e não podiam ser violadas pelo titular do poder soberano. Não obstante, não se chegou a um documento escrito e sistematizado, o que só viria a acontecer na Idade Moderna, não obstante alguns autores situarem a pré-história constitucional no século XIII (1215), em Inglaterra, com a Magna Carta Libertatum imposta a João Sem Terra pelos barões do reino.

É a partir do século XVII que começa a usar-se o termo “constituição” como lei fundamental do Estado, mas só por volta do século XVIII é que irrompe o conceito de organização constitucional do Estado. Efectivamente, no século XVIII, as revoluções burguesas, armadas da teoria do Direito Natural, do Contrato Social e da Razão Universal, põem em causa os direitos históricos dos senhores feudais, surgindo a Constituição jurídica como freio que defende a pessoa contra o poder absoluto. Contra as arbitrariedades e o abuso do poder, as revoluções burguesas esgrimem um argumento de direito (a ideia de direito) que deveria ser respeitado de forma solene pelos novos governos. Surge assim a Constituição, como preocupação pela justiça, a igualdade e a fraternidade...

Mas qualquer Constituição não surge por acaso, não é fruto de geração espontânea. Como se dá, pois, o surgimento, a formação de uma dada Constituição?

O factor determinante da abertura de uma era constitucional é o corte com a situação ou o regime até então vigente, seja por meio de revolução, por golpe de estado ou outro meio, e não a aprovação de uma constituição formal ou a redacção de uma constituição instrumental.

A entidade determinante do conteúdo fundamental de uma Constituição é a entidade (força política ou social, militar ou popular, monarca, outro órgão ou grupo) que toma a decisão de mudar a ordem preexistente e não a entidade que elabora e decreta a constituição formal.

O órgão que aprova a Constituição formal não o faz por autoridade própria, mas por autoridade derivada daquela primeira entidade e no âmbito das regras por ela prescritas quanto à sua competência (em razão da matéria e do tempo) e à sua estrutura.

6. 3. Funções da Constituição

Quando analisamos a literatura especializada sobre o Direito Constitucional, encontramos uma diversidade de abordagens sobre as funções da Constituição, que podemos resumir da seguinte forma:

a) Função de ordenamento normativo da organização estadual, uma vez que determina com carácter vinculativo as competências dos órgãos de soberania e as formas e processos de exercício do poder;

b) Função de racionalização e limitação dos poderes públicos, ao consagrar a separação dos órgãos e a distribuição de funções;

c) Função de fundamentação de ordem jurídica da comunidade, servindo de parâmetro para as decisões do poder e estabelecendo os direitos fundamentais dos cidadãos;

d) Função programática, já que a Constituição pode conter um programa, com as tarefas essenciais a realizar pelo Estado.

Numa perspectiva marxista, costuma atribuir-se à Constituição as seguintes funções:

i) Função política – que se expressa, antes de tudo, pelo seu carácter classista, isto é, pelo facto de ela traduzir, em maior ou menor grau, os interesses das classes que detêm o poder político e económico. A Constituição referenda as conquistas e os resultados da luta das classes ou grupos dominantes, cuja vontade determina o conteúdo essencial da lei fundamental;

ii) Função jurídica - que se manifesta em que a Constituição é o centro de todo o sistema ou ordenamento jurídico, estabelece os princípios mais importantes que servem de pontos de partida para todos os ramos do direito, ordenando-os num sistema único e coerente;

iii) Função ideológica - que se manifesta em que a Constituição referenda as concepções dominantes na sociedade em matéria de organização política do Estado, regime político e estruturação do poder, organização económica, social, etc, contribuindo para que a ideologia jurídica que exprime seja a dominante na sociedade;

iv) Função legitimadora - que se traduz em que, mediante a Constituição, o Estado moderno se acredita, ainda que o seu texto legal seja simples retórica;

v) Função organizativa, pois que a Constituição é a matriz organizativa do Estado, ao regular o sistema de funções e atribuições dos órgãos do poder e autoridades.

Destacamos, por último, a classificação de Canotilho (2002, pp. 1422-1425), que distingue cinco funções clássicas da Constituição, a saber:

a) Função de “revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política relativamente a princípios, valores e ideias directrizes que servem de conduta política nessa comunidade (*Ibid.* p. 1422);

b) Função de conferir “legitimidade a uma ordem política” e de dar “legitimação aos respectivos titulares do poder político”, assumindo-se, assim, “como estatuto jurídico do político” (*Ibid.*, p. 1423);

c) Função de garantia dos direitos e liberdades (“função garantística”) e de protecção dos mesmos, nomeadamente através da “limitação do poder” (*Ibid.*, p. 1424);

d) Função de estabelecimento da “ordem fundamental do estado” , conformando juridicamente a diversidade de órgãos interdependentes do Estado e estabelecendo a pirâmide do respectivo sistema normativo (*Ibid.*, p. 1425);

e) Função de “organização do poder político”, que se expressa tanto na criação dos “órgãos constitucionais - quer órgãos constitucionais de soberania, quer órgãos constitucionais simples”, como na definição das suas competências e atribuições (configurando, tendencialmente, o “princípio da tipicidade de competências”) e ainda no estabelecimento dos princípios estruturantes da sua organização (*Ibid.* p. 1425).

6.4. Acepções da Constituição

Lembrámos acima o conceito de Constituição. Todavia, o termo “Constituição” é definido por certos autores em vários sentidos:

a) Como ordem de formação e funcionamento dos órgãos do poder do Estado, independentemente da essência social do regime estatal estabelecido e sem ter em conta as bases deste regime (a lei, o costume, ou a coerção directa) nem a existência ou falta de formalização directa do mesmo e seu procedimento de alteração. Neste caso, a Constituição é entendida como estrutura das sociedades que sempre está constituída de alguma maneira (organização do trabalho, distribuição, relações sociais, políticas, ideológicas, etc.);

b) Como o procedimento da regulação jurídica das bases da vida do Estado. Neste sentido, a Constituição é o conjunto de normas jurídicas que legalizam as bases do sistema social e económico e da organização política da sociedade. Este procedimento foi aplicado pela primeira vez com as revoluções burguesas;

c) Como a Lei Fundamental do Estado, como o acto que regula as bases da vida estatal. Pode ser que o Estado não tenha a Constituição como uma Lei Fundamental única, sistematizada. Porém, desde a aparição da burguesia, existe sempre a Constituição no sentido do conjunto de normas que consolidam as bases da organização social e estatal.

De acordo com diversos autores, nomeadamente Miranda (*Ibid.*), a Constituição pode ser encarada de várias perspectivas, designadamente:

a) - Perspectiva formal - em que se atende à disposição das normas constitucionais ou do seu sistema em face das demais normas ou do ordenamento jurídico em geral. Assim, fala-se da **Constituição em sentido formal**, como conjunto de normas formalmente qualificadas de constitucionais e revestidas de força jurídica superior à de quaisquer outras normas;

b) – Perspectiva material - em que se atende ao objecto, conteúdo ou função da Constituição. Assim, fala-se da **Constituição em sentido material**, como conjunto de normas que se referem aos fins e titularidade do poder político, órgãos que o exercem e direitos que o limitam. Por outras palavras, existe Constituição sentido material quando se está perante normas (escritas ou não, e até dispersas que versem matéria considerada constitucional (estabelecimento e funcionamento das instituições políticas, regulamentação do sistema de governo, direitos individuais e sociais, etc.

c) - Perspectiva institucional, em que se fala de **Constituição institucional**, porque qualquer Estado, por ser Estado, e seja qual for o seu sistema político, a implica, porquanto possui normas jurídicas superiores que regulam a formação e o funcionamento das instituições do Estado;

d) - Perspectiva instrumental, em que se toma a Constituição como o documento onde se inserem ou se depositam normas constitucionais. Neste sentido se fala de **Constituição em sentido instrumental**, como todo e qualquer texto constitucional, seja ele definido material ou formalmente, ou como qualquer texto que contenha normas formal ou materialmente constitucionais. (Assim, p. ex., apesar de os documentos legislativos da Inglaterra que versem matéria com dignidade constitucional, não exprimirem uma constituição formal, pode considerar-se, em sentido amplo, que o Reino possui uma constituição em sentido instrumental)⁴⁵.

e) - Perspectiva substancial (que pode reconduzir-se à perspectiva anterior), em que se toma a Constituição como fonte originária do ordenamento jurídico, como fundamento de validade das demais normas jurídicas estaduais. Assim se tem o **conceito genético da Constituição**, como conjunto das normas cuja validade ou eficácia não se fundamenta em nenhuma outra do mesmo ordenamento jurídico, como conjunto de normas

⁴⁵ Na definição de Alves e Silva (2010, p. 57), “**Constituição em sentido instrumental** é o documento onde se inserem ou depositam as normas constitucionais”. Em sentido amplo, será “todo o texto constitucional, seja ou não em sentido formal”; em sentido estrito, “é o texto chamado Constituição e aqui depende sempre da existência de uma Constituição em sentido formal”.

conexas com o exercício do poder constituinte que, portanto, não podem deixar de se ligar à definição do Estado e do poder político em geral.

6.5. Classificação das Constituições

Atendendo à sua forma, e retomando conceitos já abordados, as Constituições podem ser escritas e naturais.

As **Constituições escritas** são aquelas que existem como documentos à parte e podem corresponder a estados federados ou unitários. Normalmente, toda a Constituição é escrita.

As **Constituições naturais** são aquelas que são formadas por vários actos aprovados em distintos períodos, separados às vezes por séculos inteiros, como é o caso da Inglaterra: Carta Magna (1215), *Bill of Rights* (1689), *Bill of Parliaments* (1911), Estatuto de Westminster (1931), etc. Também na Suécia e outros países.

Fala-se também em **Constituições não escritas** (constituições consuetudinárias) como aquelas em que determinados costumes, usos ou convenções regem para o Estado como lei fundamental mas que não estão formulados por escrito. Obviamente, as constituições consuetudinárias só podem ser constituições materiais, como salientam Alves e Silva (200).

Georges Burdeau, citado por Marcelo Rebelo de Sousa (1979), faz a distinção entre a **Constituição consuetudinária** e o **Costume constitucional**, entendendo este último como o costume que nasce e vigora num Estado onde vigora uma Constituição escrita, servindo este apenas para cobrir zonas não abrangidas pela Constituição escrita. Em Inglaterra, onde o Costume e a Lei escrita estão no mesmo plano, encontramos uma **Constituição mista** (Alves e Silva, *Ibid.*).

As constituições consuetudinárias só podem ser constituições materiais, como salientam Alves e Silva (2010).

Tendo em conta que o Costume é uma fonte de Direito, as constituições os sistemas constitucionais podem ser classificados, em função do grau de importância que neles é atribuída ao costume, distinguindo-se, assim, sistemas constitucionais **consuetudinários**, **semi-consuetudinários** e **subsidiariamente consuetudinários** (Sousa, Rebelo, 1979, apud Alves e Silva, 2010).

Outras classificações da Constituição são:

- **Constituição de facto e Constituição de jure** - Por Constituição de facto entende-se a própria organização do Estado; qualquer Estado a tem. Constituição de jure é a fonte formal ou jurídica do poder, o documento ou a soma de documentos que determinam as bases do poder do Estado.

• **Constituição material e Constituição formal** - Entende-se por Constituição material a constituição de facto, a situação material (política, económica, etc.) que caracteriza a vida no Estado; Constituição formal será o texto escrito ou formalmente vigente como contendo a lei fundamental do país.

• **Constituições flexíveis e rígidas** - Constituições **flexíveis** (ou brandas) são aquelas leis fundamentais que podem ser emendadas sem nenhum trâmite especial, com certa facilidade, seguindo-se o “mesmo processo adoptado para a elaboração de leis ordinárias”, como foi o caso da Constituição italiana de 1947); Constituições **rígidas** são aquelas cuja revisão encontra maiores dificuldades, requerendo procedimentos e requisitos especiais, nela previstos, ou seja, obedecem a um processo específico e “distinto do processo legislativo ordinário” (Alves e Silva, *Ibid.*, p. 67), tal como acontece com a maioria das Constituições vigentes, como as dos E.U.A, de Portugal e de Cabo Verde. “A Constituição **semi-rígida** é aquela que certa parte pode ser revista por processo análogo ao legislativo ordinário e noutra parte só mediante um processo específico” (Alves e Silva, *Ibid.*, p. 67), como chegou a ser o caso da Constituição brasileira de 1824, não havendo notícia da vigência actual de constituições desta natureza.

• **Constituições federais e unitárias** - Por **Constituição federal** entende-se a Constituição que referenda uma estrutura federal de Estado, ou seja, regula o regime político vigente nos países que constituem uma federação. **Constituição unitária** é a que recolhe uma estrutura unitária de Estado, isto é, regula o regime político vigente num Estado unitário.

• **Constituições políticas e jurídicas** (segundo Ramon Infiesta, citado por Fidel Castro) – As constituições políticas são as constituições reais, de facto e materiais. As constituições jurídicas são as formais.

6.6. Estrutura das Constituições

Modernamente, defende-se a tese de que uma Constituição tem de possuir determinada estrutura. Tomando como modelos a Constituição americana de 1787 e a francesa de 1791 e 1793, esta tese distingue 4 partes essenciais numa Constituição, a saber:

1 - **PREÂMBULO** - Parte inicial ou introdutória, em que se pode fazer a exposição dos fundamentos, das razões da adopção de determinada (e não de outra) Constituição, reflectir o contexto político-histórico em que se adopta a constituição e abordar os princípios gerais do texto constitucional. No Preâmbulo procura-se explicar o texto constitucional, convertendo-o em algo mais do que uma selecção de normas legais supremas e se lhe dá o carácter de manifesto político programático.

2 - **PARTE ORGÂNICA** - Parte da Constituição em que se estabelece a organização do Estado, os diferentes órgãos e instituições que o integram, a

forma do Estado e o sistema de governo, enfim o mecanismo de exercício do poder político.

3 - PARTE DOGMÁTICA - Parte da Constituição em que se consagram os direitos fundamentais, as liberdades e garantias dos cidadãos.

4 - CLÁUSULA DE REFORMA - Parte final, em que se apresenta, com maior ou menor detalhe o procedimento para se modificar a Constituição. Tem a sua razão de ser no facto de que a lei das leis não pode estar sujeita aos mesmos procedimentos de criação e revisão que uma lei ordinária. É nesta parte, a partir da maior ou menor facilidade de revisão constitucional, que se obtém elementos para se classificar uma Constituição de rígida, semi-rígida e flexível.

A ordenação das diferentes partes nem sempre é a mesma, podendo a parte dogmática anteceder a orgânica (v.g. países socialistas) ou o contrário. Outrossim, nem sempre uma Constituição apresenta as 4 partes. Assim, encontramos Constituições sem Preâmbulo (v.g. as primeiras da Rússia comunista e da URSS), sem a Parte Dogmática (v.g. a dos EUA, que só veio a incorporar essa parte através de uma das chamadas Emendas) e, incluso, sem a Cláusula da Reforma. Por outro lado, há Constituições, como a cabo-verdiana de 1992, que, além das 4 partes acima referidas, inclui outras (v.g. parte económica...).

No entanto, não encontramos Constituições sem a Parte Orgânica, já que a Constituição regula fundamentalmente a organização estatal.

6.7. Estrutura e conteúdo sumário da Constituição de Cabo Verde

A Constituição actualmente em vigor em Cabo Verde data de 1992, sendo a sua última versão a resultante de uma lei de revisão de 2010.

A Constituição de 1992 caracteriza-se por um elevado grau de densidade normativa, isto é, constitui um texto relativamente longo, que inclui, a começar, um Preâmbulo, seguido de um conjunto de 283 artigos, divididos em 7 partes essenciais⁴⁶.

Parte I - Princípios Fundamentais (artigos 1º a 14º);

Parte II - Direitos e deveres dos cidadãos (artigos 15º a 90º);

Parte III - Organização Económica, Financeira e Fiscal (artigos 91º a 94º);

Parte IV - Do exercício e da organização do Poder Político (artigos 95º a 118º);

Parte V - Da organização do Poder Político (artigos 119º a 269º);

⁴⁶ Os tópicos que se seguem destinam-se a apresentar aos alunos uma ideia genérica do conteúdo da Constituição. Não dispensam, mas antes visam incentivar, a consulta da Constituição, documento cuja relevância justifica que seja do conhecimento de todos os cidadãos, mormente dos estudantes de Introdução ao Direito.

Parte VI - Das Garantias de Defesa e da Revisão da Constituição (artigos 270º a 292º);

Parte VII – Disposições Finais e Transitórias (artigos 293º a 295º).

6.7.1. Preâmbulo:

No Preâmbulo da Constituição, faz-se uma síntese histórica do processo político cabo-verdiano desde a proclamação da Independência, caracteriza-se o contexto em que se aprova o novo texto constitucional e se faz a apresentação, em linhas muito gerais, da filosofia, natureza e missão da nova Constituição da República.

6.7.2. Princípios fundamentais:

Na sua 1ª parte (Princípios Fundamentais), a Constituição caracteriza a República de Cabo Verde (república soberana, unitária e democrática; república que se organiza em estado de direito democrático); definem-se os elementos conformadores do Estado (poder político, cidadania, território); traçam-se as tarefas fundamentais do Estado (o núcleo programático da Constituição); define-se a simbologia da República (a bandeira, as armas e o hino); estabelecem-se os parâmetros essenciais das relações internacionais do Estado Cabo-verdiano, enfatizando-se o respeito pelos princípios da independência nacional, do respeito pelo Direito Internacional e pelos Direitos Humanos, da igualdade entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, da reciprocidade de vantagens, da cooperação com todos os outros povos, da coexistência pacífica, da defesa do direito dos povos à determinação e independência, do apoio à luta dos povos contra quaisquer formas de dominação, da instauração de uma ordem internacional justa e capaz de assegurar a paz e a amizade entre os povos, etc. (cf. artigos 1º a 14º);

6.7.3. Direitos e deveres fundamentais

Na sua 2ª parte (artigos 15º a 90º), a Constituição de Cabo Verde apresenta um catálogo alargado dos direitos e deveres fundamentais, que constituem a chamada parte dogmática da lei fundamental, que integra:

1º Direitos, liberdades e garantias, que incluem:

- a) Direitos, liberdades e garantias individuais;
- b) Direitos, liberdades e garantias de participação política e de exercício da cidadania;
- c) Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores;

2º Direitos socioeconómicos e culturais;

3º Deveres fundamentais.

6.7.4. Organização económica e financeira

A parte 3ª da Constituição cabo-verdiana (artigos 91º a 94º) inclui a chamada “constituição económica” do Estado, que referenda as bases essenciais dos sistemas económico, financeiro e fiscal do Estado.

6.7.5. Organização e exercício do Poder Político

As partes 4ª e 5ª da Constituição (artigos 95º a 269º) constituem a chamada “parte orgânica”, onde se regulam as formas e os princípios gerais do exercício do poder político e bem assim a organização do poder político, com o elenco dos órgãos, suas competências e metódica de funcionamento.

6.7.6 Garantias de defesa e da revisão da Constituição

A 6ª parte integra, além da chamada “cláusula da reforma” (regras de procedimento para a revisão da Constituição), as garantias de defesa da Constituição, as bases em que se processa a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade e bem assim algumas disposições transitórias que normalmente resultam da adopção de uma lei constitucional.

6.7.7. Disposições finais e transitórias

Esta última parte apresenta um conjunto de normas que vigoram durante um período relativamente curto (período de transição), até à criação de condições para a aplicação efectiva e integral das opções constitucionais assumidas no novo texto constitucional aprovado.

Capítulo 7.O DIREITO SUBJECTIVO E A PESSOA

7.1. A Pessoa, fundamento e fim da ordem jurídica; 7.2. A relação jurídica e os actos jurídicos 7.3. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos; 7.4. Direitos Fundamentais em Cabo Verde; 7.5. Deveres Fundamentais na Constituição cabo-verdiana.

7.1. A Pessoa, fundamento e fim da ordem jurídica

Como sabemos, o Direito existe para regular as relações entre pessoas. As relações sociais (relações entre pessoas), uma vez reguladas pelo Direito, transformam-se em relações jurídicas.

Entende-se, pois, por relação jurídica toda a relação entre pessoas a que a ali atribui efeitos. Na verdade, qualquer relação da vida social que seja juridicamente relevante, isto é, a que o direito atribua efeitos constitui relação jurídica em sentido lato. Será relação jurídica em sentido restrito a relação interpessoal que o Direito regula através da atribuição de um sujeito de um direito e da imposição a outro de um dever ou sujeição.

Enquanto formas de conduta social reguladas pelo Direito, as relações jurídicas produzem efeitos jurídicos sobre as pessoas, pois que estas são os sujeitos de toda a relação jurídica.

Pessoa, em sentido jurídico, é o sujeito susceptível de direitos e obrigações, isto é, titular de personalidade jurídica⁴⁷.

Personalidade jurídica – É a susceptibilidade (a possibilidade) de qualquer pessoa ser titular de relações jurídicas, ou seja, de direitos e obrigações. Compete à lei estabelecer quem tem personalidade jurídica. De acordo com o Código Civil, a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida e cessa com a morte. Assim, todos os seres humanos têm personalidade jurídica e, desde logo, os direitos de personalidade como: o direito à vida e à integridade física, direito ao nome, ao bom-nome e à reputação, direito à honra, direito à imagem, direito à reserva sobre a intimidade privada, etc.

Se a personalidade jurídica significa a susceptibilidade de a pessoa ser titular de direitos e obrigações, e sendo certo que todas as pessoas podem gozar direitos (a capacidade de gozo de direitos é dada a todos os que tem

⁴⁷ Pessoa em Direito abarca os conceitos de Pessoal Natural (ou física), que é o homem, enquanto ser susceptível de ter direitos e obrigações, e de Pessoa Jurídica ou Colectiva (como Associação, Fundação, Sociedade, Corporação) que é uma entidade dotada de património e é igualmente dotada de aptidão para ser sujeito de relações jurídicas, isto é, para exercer direitos e responder pelas obrigações que contrair.

personalidade jurídica), a verdade é que nem toda a pessoa é efectivamente capaz de exercer total ou mesmo parcialmente os seus direitos e responder pelas suas obrigações (a capacidade de exercício de direitos pode ser maior ou menor). A medida em que uma pessoa pode ser sujeito de relações jurídicas, ou seja, titular de direitos e obrigações é dada pela sua capacidade jurídica.

Capacidade Jurídica é, pois, é a capacidade ou faculdade que o ordenamento jurídico confere a uma pessoa para ser sujeito de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário⁴⁸. Qualquer sujeito de relações jurídicas é titular de direitos e poderá dispor deles desde que não sofra de qualquer incapacidade prevista na lei, como a menoridade ou a anomalia psíquica. Se tal acontecer, o incapaz deve ter um representante legal que actuará em seu nome e defenderá os seus direitos. A capacidade jurídica envolve, assim, a capacidade jurídica de gozo de direitos, que em regra todos possuem, e capacidade jurídica de exercício de direitos, que é maior ou menor consoante os casos e conforme a lei.

7.2. A relação jurídica e os actos jurídicos

Tal como vimos acima, quando se fala em **relação jurídica** tem-se em vista, uma relação entre, pelo menos, dois sujeitos com personalidade jurídica, tendo um deles o poder jurídico de exigir do outro determinada conduta e este o dever jurídico de sujeitar-se a essa conduta.

É o que acontece, por exemplo, no contrato de compra e venda de um carro: o comprador fica com o direito à propriedade da coisa que adquiriu (o carro) e com o dever de pagar o preço convencionado; por seu turno, o vendedor fica com o direito de receber o preço acordado e o dever de entregar a coisa que vendeu (o dito carro)

Utilizando o exemplo dado, identificamos, assim, os seguintes elementos da relação jurídica:

- a) Os sujeitos (os entes que entram na relação jurídica de compra e venda, a saber: o comprador e o vendedor);
- b) O objecto (a coisa sobre a qual vai recair o contrato: o carro);
- c) O facto (aquilo que dá origem à relação jurídica, neste caso, o contrato);
- d) A garantia (a faculdade que cada um dos sujeitos da relação jurídica têm de recorrer aos meios coercivos para satisfação do seu direito em caso de violação do mesmo (Ex: recurso ao Tribunal).

Referiu-se que numa relação jurídica, os sujeitos produzem factos ou actos voluntários que têm determinados efeitos jurídicos. Esses actos ou factos tomam a denominação de actos jurídicos.

⁴⁸ Ver o artigo 65º do Código Civil vigente.

Acto jurídico é, pois, o acto ou facto voluntário que produz efeitos jurídicos. Exemplo: o matrimónio.

A natureza dos efeitos dos actos jurídicos varia consoante a própria do acto praticado voluntariamente pelos sujeitos. Assim, se o acto está de acordo jurídico com as normas legais, estamos perante um acto lícito; se, pelo contrário, viola a lei, estamos face a um acto ilícito. No entanto, quer os actos lícitos quer os ilícitos produzem efeitos jurídicos, que obviamente se traduzem em diferentes implicações para os sujeitos.

Os actos jurídicos podem ser praticados com o ânimo ou objectivo de produzir certos e determinados efeitos jurídicos, predominantemente de natureza patrimonial ou económica. Quando assim acontece, o acto jurídico toma o nome de negócio jurídico.

Negócio Jurídico é, assim, um acto jurídico, em que existe uma ou mais declarações de vontade prosseguindo um fim prático e determinado, predominantemente de natureza económica ou patrimonial, com o propósito de que esse fim seja tutelado pelo direito. Exs: testamento, compra e venda de um carro.

O negócio jurídico pode ser:

- Unilateral – quando há apenas uma só declaração de vontade (Ex: testamento);

- Bilateral – quando há duas ou mais declarações de vontade (ex: compra de um carro).

O negócio jurídico pode ser afectado por causas que o possam tornar ineficaz ou inválido.

Ineficácia é a carência de efeitos de um negócio jurídico, no seu todo ou em parte, por lhe faltar um elemento essencial, não cumprir um requisito legal, padecer de um vício na manifestação de vontade, na forma ou no conteúdo do negócio, provocar danos, etc.

Invalidez é a qualidade de um negócio jurídico no qual faltam ou são irregulares elementos internos essenciais, tornando o negócio insusceptível de produzir os efeitos jurídicos para que tendia.

Quando afectado por alguma das causas de ineficácia ou invalidez, o negócio jurídico pode ser inexistente, nulo, anulável ou rescindível.

- a) Inexistência – É inexistente quando lhe falta um requisito essencial de tal importância que não pode conceber-se a existência do próprio negócio;
- b) Nulidade – É nulo quando, por transgredir a lei ou lhe faltar um elemento essencial, o negócio não pode ser válido nem produzir efeitos desde o início da sua existência (estamos perante o vício da Nulidade);

- c) Anulabilidade – É anulável quando o negócio padece de um defeito ou vício susceptível de ser anulado pela justiça a pedido da parte afectada que, no entanto, pode confirmá-lo ou ratificá-lo, tornando-o válido (estamos perante o vício da Anulabilidade);
- d) Rescisão – É rescindível quando o negócio jurídico existe, é válido e produz efeitos mas causa dano a qualquer das partes ou a um terceiro que assim tem direito a pedir sua anulação ou rescisão.

7.3. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos

À personalidade jurídica está associado todo um catálogo de direitos fundamentais dos cidadãos que têm fundamento na dignidade da pessoa humana, na liberdade, na fraternidade e na igualdade do Homem.

Devemos diferenciar os “Direitos Fundamentais” do Homem dos “Direitos do Homem”, expressões muitas vezes utilizadas como sinónimas, como elucidaremos em seguida.

7.3.1. Direitos Humanos

Os Direitos do Homem são direitos aceites como válidos por toda a Humanidade (para todos os povos e todas as épocas), com base no carácter inviolável, intemporal e universal da natureza da pessoa humana. Derivam da natureza da pessoa humana, fazem parte da essência da Humanidade (entendida aqui como uma comunidade de gerações presentes e futuras).

Fazendo parte da essência da Humanidade e sendo conaturais ao próprio Homem, os Direitos Humanos têm por objectivo a protecção da personalidade humana na sua dimensão social e impõem limites à autoridade e soberania dos Estados modernos.

Os Direitos Humanos têm um carácter universal e indivisível e a Comunidade Internacional possui organizações (como a Amnistia Internacional) e normas, tratados ou convenções que visam a sua protecção ou salvaguarda (como a Declaração Universal dos Direitos do Homem)

A condenação generalizada da pena de morte, da tortura e da prisão por motivos políticos ou religiosos, do racismo e da xenofobia, do genocídio e da violação do princípio da autodeterminação dos povos constitui expressão do combate universal em prol da promoção dos Direitos Humanos.

7.3.2. *Direitos Fundamentais*

Os Direitos Fundamentais do Homem são a consagração dos Direitos do Homem, garantida pelos Estados aos seus cidadãos através das respectivas Constituições ou Leis Fundamentais. São os Direitos do Homem em vigor num ordenamento jurídico concreto num dado momento histórico.

Assim, os Direitos Humanos têm maior ou menor consagração no direito positivo dos Estados.⁴⁹

Mas o direito positivo só tem efectividade numa sociedade se se fundamenta em valores aceites pela generalidade dos cidadãos e em princípios universais concretizadores da Justiça. Estes valores decorrem ou da natureza humana ou de um poder divino, cuja autoridade é eterna e universal, situando-se acima do Direito positivo vigente – é o chamado Direito Natural⁵⁰

Assim, os direitos fundamentais integram o chamado direito objectivo enquanto conjunto de normas gerais e abstractas que se destinam a ordenar a vida em sociedade.⁵¹

Entretanto, e como derivação do direito objectivo, os direitos fundamentais integram-se na acepção de direito subjectivo, que apresenta duas vertentes:

- a) Direito subjectivo propriamente dito – que é o poder ou faculdade que cada um tem de exigir de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão);
- b) Direito potestativo – que consiste em, por um acto voluntário, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos que se impõem à outra parte, ainda que esta não o queira (Ex: Direito de propor uma acção de divórcio desde que respeitados os requisitos legais)

⁴⁹ Direito positivo “é constituído pelo conjunto das normas jurídicas efectivamente em vigor, em dado momento e em dada comunidade” (Ana Prata).

⁵⁰ **Direito Natural** é o direito justo por excelência, fundado na natureza humana e ou que tem origem na vontade divina. O Direito Natural teria assim por função dar legitimidade ao Direito Positivo (ordenamento jurídico) que, por sua vez, para ser respeitado como válido deve conformar-se com os princípios do Direito Natural, entendido como:

- aquilo que é devido como justo em virtude da natureza das coisas (Lei Natural);
- as normas emanadas da vontade divina;
- os direitos subjectivos que todos os homens, enquanto pessoas, devem desfrutar (Direitos Fundamentais, Direitos Humanos).

⁵¹ O direito objectivo, assim definido, identifica-se com o conceito de direito positivo, já apresentado

Os Direitos Fundamentais estão divididos, em função da época histórica em que surgiram, em quatro gerações:

1ª Geração – Direitos Cíveis e Políticos – Tem como referências históricas a Declaração da Virgínia (Estados Unidos da América, 1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) e inclui, entre outros, os direitos à vida, à integridade física, à identidade pessoal, à cidadania, ao bom nome e à reputação, à liberdade e à segurança, à liberdade de expressão de opinião, de reunião, associação e manifestação, à liberdade de pensamento, consciência e de culto, o direito de defesa, direito de contrair matrimónio e de constituir família, direito de voto, de participação na vida política, de acesso a cargos públicos, de constituir ou participar em associações e partidos políticos, direito à greve e liberdade sindical, etc., etc.);

2ª Geração – Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Emergem entre o século XIX e início do século XX, e incluem direitos ao trabalho, à iniciativa económica privada, à propriedade privada, à segurança social, à protecção da saúde, à habitação, à protecção da família, à protecção da paternidade e da maternidade, à protecção da infância, à educação e formação profissional, ao desporto e à cultura física, à fruição e criação culturais, etc., etc.). Uma das referências históricas é a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Russa de 1919.

3ª Geração – Direitos dos Povos e da Solidariedade (direitos dos povos à autodeterminação e à soberania, à paz e ao desenvolvimento económico, aos seus recursos naturais, a uma nova ordem política, económica e internacional mais justa e equitativa, à paz e à segurança internacionais, a um meio ambiente equilibrado, etc. Como marcos referenciais desta geração, citam-se, entre, outros documentos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) e a Declaração Universal dos Direitos dos Povos (1976).

4ª Geração – Direitos ao ambiente e à qualidade de vida. Tendo como uma das referências a Carta da Terra ou a Declaração do Rio (1992), esta geração de direitos enfatiza os direitos dos homens e dos povos a uma vida saudável, em harmonia com a natureza, o direito a um ambiente saudável e ao desenvolvimento sustentável, etc. ⁵²

Vê-se que a 4ª geração constitui um desprendimento da terceira, com maior ênfase colocada à problemática do ambiente e da sustentabilidade do desenvolvimento. Fala-se, ainda, actualmente, numa nova geração de direitos emergentes da Sociedade de Informação, colocando-se a ênfase no

⁵² Os direitos ditos da 1ª geração costumam também denominar-se direitos exigíveis; os restantes direitos, em especial os socio-económicos, conhecem-se igualmente por direitos não exigíveis (ou direitos exigíveis na medida do possível).

combate à chamada infoexclusão. Preferimos, entretanto, considerar que tais direitos podem enquadrar-se nos da 4ª geração, posto que ainda se está na senda da salvaguarda da qualidade de vida.

A maior parte das sociedades modernas apresenta nos seus ordenamentos jurídicos um conjunto alargado de direitos fundamentais, mas, diariamente, tem-se notícia de sua violação, pelo que importa promover o respeito por esses direitos e denunciar a sua inobservância junto de organizações internacionais e nacionais vocacionadas (Amnistia Internacional, Comissões Nacionais de Direitos Humanos...).

7.4. Direitos Fundamentais em Cabo Verde

Em Cabo Verde, a Constituição da República⁵³ apresenta um catálogo moderno e alargado de direitos fundamentais, colocando o país, no plano jurídico, na dianteira dos estados defensores dos Direitos Humanos. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República podem ser agrupados em dois grandes grupos: a) direitos liberdades e garantias individuais; b) direitos, económicos, sociais e culturais.

No quadro que se segue, ilustramos como a Constituição cabo-verdiana classifica os direitos fundamentais (a enumeração destes é ilustrativa, logo não exaustiva).

Classificação dos Direitos Fundamentais		Enumeração dos mais importantes direitos
I. Direitos, liberdades e garantias	I.1 Direitos, liberdades e garantias individuais	Direito à vida e à integridade física e moral Direito à liberdade Direito à liberdade e segurança pessoal Direito de defesa Direito à presunção de inocência até ao julgamento Direito a Habeas Corpus Direito a não ser expulso do seu país Direito a não ser extraditado Direito de asilo Direito à nacionalidade Direito à identidade, à personalidade, ao bom-nome, à imagem e à intimidade Direito de escolha da profissão e de acesso à função pública Inviolabilidade do domicílio Inviolabilidade de correspondência e de telecomunicações Habeas data Direito ao casamento e filiação Liberdade de expressão e informação Liberdade de consciência, religião e de culto Liberdade de aprender, educar e ensinar Liberdade de deslocação e de emigração Liberdade de associação Liberdade de reunião e manifestação Liberdade de criação artística e cultural

⁵³ A actual Constituição da República, aprovada em 1992, apresenta-se na versão que lhe foi dada pela lei de revisão constitucional de 1999, publicada no Suplemento ao Boletim Oficial nº 43, de 23 de Novembro (I Série).

	I.2. Direitos, liberdades e garantias de participação política e de exercício da cidadania	Direito de participação na vida pública Participação na direcção de assuntos públicos Participação na organização do poder político Direitos de antena, resposta e réplica políticas Direito de petição e acção popular Liberdade de imprensa
	I.3. Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores	Direito ao trabalho Direito à retribuição Direitos à higiene, saúde e segurança no trabalho Direito a um limite máximo da jornada de trabalho Direito a descanso semanal Direito a segurança social Direito a repouso e lazer Direito a não despedimento de trabalho por motivos políticos ou ideológicos Liberdade de associação profissional e sindical Liberdade de inscrição em sindicatos Direito à greve e proibição do lock-out
II. Direitos, económicos, sociais e culturais	Direito à iniciativa privada Direito à propriedade privada Direito à segurança social Direito à saúde Direito à habitação condigna Direito ao ambiente Direitos das crianças e dos jovens (...) Direitos dos portadores de deficiência... Direitos dos idosos... Direito à educação Direito à cultura Direito à cultura física e ao desporto Direitos dos consumidores... Direitos da família...	

7.5. Deveres Fundamentais na Constituição cabo-verdiana

Como já vimos, do carácter social do homem decorre a necessidade do Direito para regular as relações jurídicas na sociedade, nas quais se evidencia, por um lado, o poder de um sujeito exigir de outro sujeito determinada conduta e este último o dever jurídico de sujeitar-se a essa conduta.

Os direitos fundamentais pressupõem, por isso, a existência de deveres, posto que um dos principais deveres do cidadão será o de respeitar os direitos e liberdades dos outros.

A Constituição cabo-verdiana consagra os deveres dos cidadãos, que incluem deveres para com os seus semelhantes, a família, a sociedade, o Estado e demais instituições e autoridades legalmente reconhecidas.

Capítulo 8. INTERPRETAÇÃO DAS LEIS

SUMÁRIO: 8.1. Conceito de interpretação; 8.2. Elementos da interpretação; 8.3. Métodos de interpretação da lei; 8.4. Exemplos de aplicação de métodos de interpretação. 8.5. As lacunas e sua integração

8.1. Conceito de interpretação da lei

Antes de se aplicar a lei (ou qualquer norma jurídica), há que interpretá-la, para se ter uma clara percepção do sentido e alcance do que nela se contém, ou seja, do pensamento do legislador.

Estudada no âmbito da denominada Hermenêutica Jurídica⁵⁴, a interpretação da lei é o processo técnico-jurídico que visa determinar qual o conteúdo e alcance das normas jurídicas.

A interpretação da norma jurídica integra **duas fases**: interpretação literal, em que se vai apreender o sentido gramatical, textual ou literal da norma legal; interpretação lógica, em que, a partir do texto da norma e com base em elementos extra-literais, se procura extrair o pensamento do legislador.

A interpretação das leis é objecto de estudo no âmbito da Hermenêutica Jurídica.

8.2. Elementos da Interpretação

Na interpretação da lei, temos presentes quatro elementos, a saber:

- Elemento literal – atende-se à letra da lei, ao sentido das palavras que a compõem;
- Elemento lógico. – Vai-se explorar todas as possibilidades de análise do texto legal, para se determinar a razão de ser das normas, o espírito da lei;
- Elemento sistemático – Tem-se em conta a norma não numa perspectiva isolada mas sim no âmbito do sistema em que a norma está inserida;
- Elemento histórico – Para se interpretar bem a norma, deve-se considerar o contexto histórico em que a mesma foi adoptada, sendo para isso importante a consulta dos documentos que fazem parte dos trabalhos preparatórios do diploma⁵⁵.

⁵⁴ Hermenêutica Jurídica é a teoria científica da arte de interpretar, aplicar e integrar o direito. Existe íntima relação entre estas três situações. Se o Direito existe, existe para ser aplicado. Antes, porém, precisa ser interpretado. Só aplica bem o Direito quem o interpreta bem. Caso, entretanto, a lei apresente lacunas, é necessário preencher tais vazios, pela integração.

⁵⁵ Os quatro elementos de interpretação estudados correspondem a outros tantos métodos de interpretação: interpretação literal, interpretação lógica, interpretação sistemática e interpretação histórica.

8.3. Métodos de interpretação da lei

Existem vários métodos de interpretação da normas jurídicas, cuja classificação varia consoante os critérios: sua fonte ou origem, sua finalidade e seu resultado

11.3.1. Atendendo ao critério da fonte ou origem da interpretação, esta pode ser autêntica ou doutrinária:

a) **Interpretação autêntica** - É uma interpretação que é feita pelo próprio órgão que criou a norma (não pode ser feita por um órgão de hierarquia inferior) e deve assumir a mesma forma de acto que a utilizada na produção da norma que ora se interpreta

b) **Interpretação doutrinal** - É uma interpretação feita por especialistas e técnicos de Direito, como os magistrados, juristas, assim como pelos tribunais, fazendo uso da doutrina e da ciência jurídicas.

11.3.2. Quanto ao critério da finalidade da interpretação da norma jurídica, distinguem-se os métodos de interpretação: subjectivista, objectivista, histórica ou actualista.

a) **Interpretação subjectivista** - É um método de interpretação através do qual se procura reconstituir o pensamento concreto do legislador.

b) **Interpretação objectivista** - É um método de interpretação em que se busca apurar o sentido da norma abstraindo-se de quem foi o legislador ou de quem produziu essa norma

c) **Interpretação histórica** - É um método de interpretação em que se busca alcançar o sentido que a norma tinha no momento de sua aprovação e entrada em vigor

d) **Interpretação actualista** - É um método de interpretação em que se busca alcançar o sentido que a norma tinha no momento de sua aplicação ou execução

11.3.3. Atendendo ao resultado da interpretação, distinguem-se os seguintes métodos de interpretação: interpretação declarativa, extensiva, restritiva, enunciativa e ab-rogante.

a) **Interpretação declarativa** - É um método de interpretação em que o intérprete entende que o sentido da norma está de acordo com o respectivo texto

b) **Interpretação extensiva** - É um método através do qual se faz uma interpretação de modo a corrigir a não conformidade entre a letra da norma e o pensamento do legislador, no entendimento de que este expressou na lei

menos do que queria, não abarcando todas as situações que caberiam razoavelmente no seu pensamento. Assim, o intérprete alarga o alcance da norma de modo a abarcar essas situações, adequando-se, assim, a letra da norma ao pensamento do legislador.

c) **Interpretação restritiva** - É um método através do qual se faz uma interpretação de modo a corrigir a desconformidade existente entre a letra da norma e o pensamento do legislador, no entendimento de que este expressou na lei mais do que queria, usando uma formulação demasiado ampla que foi além da realidade que pretendia abarcar. Assim, o intérprete restringe ou reduz o alcance da norma de modo a abarcar apenas as situações que caberiam razoavelmente no pensamento do legislador.

d) **Interpretação enunciativa** - É uma interpretação em que, através de um processo dedutivo, se retira da norma todas as suas consequências

e) **Interpretação ab-rogante** - É um método de interpretação em que o intérprete, apesar de presumir que o legislador consagrou a solução mais acertada e exprimiu correctamente seu pensamento, conclui que a norma não tem qualquer efeito útil, nomeadamente porque é incompatível e irreconciliável com outra norma jurídica. É semelhante à **interpretação correctiva**, a que se refere Ascensão (1993), que ocorre quando se conclui que a lei é nociva para a comunidade, contrastando com os interesses que a ordem jurídica considera preponderantes; neste caso, a norma inadequada, injusta, inoportuna ou nociva é afastada pelo intérprete no pressuposto de que o legislador não teria desejado esse efeito caso o pudesse prever.

8.4. Exemplos da aplicação de métodos de interpretação

Vejamos, com alguns exemplos práticos, como os métodos de interpretação ajudam a compreender o sentido e o alcance de normas jurídicas:

- **Exemplo de aplicação de interpretação doutrinária:** - A obra “Estudos sobre os Direitos Fundamentais, de José Gomes Canotilho, ajuda a compreender as normas da Constituição relativas aos direitos dos cidadãos; a obra “O Estado democrático e a cidadania”, de António Teixeira Fernandes”, permite compreender o sentido e o alcance da norma da Constituição que define Cabo Verde como um “Estado de Direito Democrático”; o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (enquanto Tribunal Constitucional) que declara inconstitucionais as normas de natureza fiscal constantes da lei de orçamento por terem sido aprovadas por maioria absoluta, como as demais normas da mesma lei, e não por maioria qualificada (2/3), como a Constituição exige para a aprovação das leis fiscais, ajuda a clarificar o sentido em que devem ser interpretada a maioria de aprovação da lei orçamental.

- **Exemplo de uma interpretação extensiva:** “É permitido aos cidadãos expressar sua opinião através dos meios de comunicação social, designadamente a rádio e os

jornais” (a interpretação extensiva permite incluir, por exemplo, a televisão e o cinema, que foram omitidos na norma)

- **Exemplo de uma interpretação restritiva:** “É concedido aos meios de comunicação subsídio de papel, no montante correspondente à metade dos custos de impressão” (a interpretação restritiva impõe-se, porque o legislador quererá referir-se apenas aos jornais e não aos demais meios de comunicação social, que não são impressos)

- **Exemplo de aplicação dos métodos de interpretação histórica e actualista:** Uma hipotética lei de 1947, constante de uma lei portuguesa, ainda vigente em Cabo Verde, diz: É dever de todos os cidadãos prestar serviço militar à Pátria. Se se tomar em conta o momento da aprovação, o termo cidadãos referia-se a “portugueses” e a palavra Pátria a “Portugal”, fazendo, assim, uma interpretação histórica. Se se procura atender ao significado actual da norma em Cabo Verde, tem-se um sentido completamente diferente: o termo “cidadãos” deve entender-se referido a “cabo-verdianos” e o da “Pátria” a “Cabo Verde”.

8.5. As lacunas e sua integração

Diferente da interpretação é a questão do tratamento a dispensar às lacunas na lei, que são os casos omissos no sistema normativo (de ausência de normas aplicáveis a certas situações).

Efectivamente, o legislador não consegue, por mais providente que seja, prever todas as hipóteses que podem ocorrer na vida real. Esta, em sua manifestação infinita, cria a todo instante situações que o legislador não lograra fixar em fórmulas legislativas. Pode ocorrer que ao julgar determinada questão o juiz não encontre no ordenamento jurídico a solução legislativa adequada. Houve época em que, na falta de disposição legal aplicável ao caso concreto, o juiz abstinha-se de julgar. Hodiernamente, tal solução não mais se admite, sob pena de remanescerem questões sem pronunciamento definitivo. Efectivamente, após a interpretação e uma vez verificada a lacuna, o jurista procura, pelos processos admitidos pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, encontrar a forma de resolver a situação. Assim, por exemplo, segundo o Código Civil vigente (artigo 8º), o juiz, na sua função de julgar não pode deixar de decidir um caso devido ao silêncio da lei (ou à falta dela). Ao resolver o caso, estará a fazer a integração de lacuna (artigo 10º do Código Civil)⁵⁶.

Na integração de lacunas, o juiz deve começar por procurar no ordenamento jurídico uma norma que embora não regule especificamente a situação em causa, possa contudo ser-lhe aplicável em virtude da semelhança da situação regulada pela mesma norma. Deste modo, estará a aplicar a analogia Analogia é, pois, a aplicação ao caso omissos a norma reguladora de um caso semelhante (ou análogo)

⁵⁶ Cf. a Portaria nº 68-A/97, de 30 de Setembro, que reconstitui e publica integralmente o Código Civil, ao abrigo do disposto no Decreto-Legislativo nº 12-C/97, de 30 de Setembro (B.º nº 37, 2º Suplemento)

Coisa diferente é a interpretação extensiva, em que não há ausência de norma (como na analogia), existindo, sim, uma norma que, na sua letra, não abarca certos aspectos que no entanto cabem no seu espírito ou no espírito do legislador (este disse menos do que pretendia).

Todavia, há casos em que não é aplicável a analogia nem, por conseguinte, a integração de lacunas. São os casos de:

- a) leis excepcionais, que regulam um sector particular das relações sociais de modo diverso do regime geral adoptado para relações situações do mesmo género (ora, nas situações excepcionais reguladas pelo Direito, a ausência de norma de excepção não é susceptível de suprimento por analogia);
- b) leis penais, que se regem pelos princípios da legalidade e da tipicidade⁵⁷, nos termos dos quais não é possível condenar ninguém por condutas e ou com penas não previstas expressamente na lei;
- c) leis tributárias (normas do Direito Fiscal ou Tributário), pois que ninguém é obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da lei.

⁵⁷ O **princípio da legalidade** em direito penal significa que só é crime o que estiver definido na lei como tal (nulum crimen sine lege); o **princípio da tipicidade** significa que a lei deve especificar de modo claro e preciso as situações que integram o tipo legal de crime.

Capítulo 9. A APLICAÇÃO DAS LEIS NO ESPAÇO E NO TEMPO

SUMÁRIO: 9.1. Aplicação das leis no tempo; 9.2. Aplicação das leis no espaço.

As normas de Direito aplicam-se às condutas humanas e às relações sociais que têm lugar em determinados contextos temporais e espaciais.

9.1. Aplicação das leis no tempo

9.1.1. Vigência e ineficácia das leis no tempo

Em relação à vigência das normas jurídicas no tempo, importa referir que, em regra, os actos legislativos e normativos começam a aplicar-se e tornam-se obrigatórios a partir do momento em que entram em vigor na ordem jurídica, podendo estabelecer-se entretanto um prazo, desde a sua publicação, para que produzam efeitos. Este prazo é conhecido por “*vacatio legis*”⁵⁸, podendo ele ser regulado de duas formas: cada lei aprovada pode determinar um prazo de entrada em vigor (*vacatio legis* especial); uma lei geral pode estabelecer um prazo para entrada em vigor dos diferentes diplomas desde que estes não fixem prazos específicos (é a *vacatio legis* geral).

Assim como começam a ser aplicadas, as normas jurídicas deixam de ter vigência ou aplicação no tempo, ou seja, extinguem-se com o tempo os seus efeitos. A cessação da vigência das normas jurídicas pode verificar-se por caducidade ou revogação.

A **caducidade** é a forma de cessação de vigência das leis pelo decurso tempo (do respectivo período de eficácia), pelo desaparecimento do objecto ou fim a que se destina ou em virtude de se tornar obsoleto, insusceptível de regular eficazmente as situações.

A **revogação** das normas jurídicas consiste na manifestação da vontade do legislador, através de uma nova lei, de igual ou superior hierarquia, no sentido de as normas anteriormente vigentes deixarem de produzir efeitos. A revogação das leis pode ser expressa ou tácita.

Há **revogação expressa**, quando a lei nova declara, de forma explícita, que a lei anterior deixa de vigorar no seu todo ou em parte, indicando, no segundo caso, as normas jurídicas abrangidas pela revogação. Há **revogação tácita**, quando o legislador nada diz sobre a cessação da vigência de uma lei ou normas jurídica, mas essa cessação se depreende, inequivocamente, do conteúdo da lei nova ao regular de modo diferente a totalidade ou parte das matérias contidas na lei anterior, ou seja, a vontade revogatória do legislador se infere (ou se depreende) das diferentes soluções que adoptou na nova lei.

⁵⁸ Voltaremos a este assunto ao falarmos da “entrada em vigor” das leis, no item IX.2

A revogação das leis pode ainda ser **total** ou **parcial**, conforme a lei nova tiver alterado global ou parcelarmente a lei anterior, respectivamente. Uma e outra destas formas de revogação podem ser, igualmente, expressas ou tácitas. A **revogação total** também costuma designar-se por **ab-rogação**, enquanto que a **revogação parcial** sói chamar-se de **derrogação**.

NB: Dispõe o Código Civil de Cabo Verde que “a revogação pode resultar de declaração expressa, da incompatibilidade entre as novas disposições e as precedentes ou da circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior (cf. n.º 2 do artigo 7º).

Em geral, os actos legislativos e normativos podem ser revogados (abrogados ou derogados) pelo órgão que o aprovou ou que é, em todo o caso, competente para fazer tal revogação. Essa revogação não pode, em princípio (salvo mudança do figurino constitucional), ser feita através de acto legislativo ou normativo de menor hierarquia. Em todo o caso, e a menos que seja essa a vontade inequívoca e expressa do legislador, a lei geral não revoga a lei especial.

9.1.2. Princípios da aplicação das leis no tempo

Normalmente, as normas jurídicas aprovadas devem projectar os seus efeitos para o futuro e não para o passado: é o princípio da irretroactividade das leis e demais normas jurídicas. No entanto, as normas jurídicas têm, por vezes, eficácia para além dos limites temporais da sua existência. É assim que, excepcionalmente, os actos legislativos e normativos podem ter carácter retroactivo, aplicando-se a situações ou factos ocorridos antes de sua aprovação e publicação. Neste caso, presume-se que ficam ressaltados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular. Resumindo, distinguem-se **três posições doutrinárias** acerca da possibilidade de retroacção dos efeitos das leis:

- a) A posição de retroactividade absoluta, que defende que a norma jurídica nova é mais justa e, por isso, deve reger não só para actos posteriores mas também para factos ou actos anteriores à sua aprovação e publicação;
- b) A posição de irretroactividade absoluta, que defende que a lei não pode reger para actos anteriores, visto que acarretaria insegurança, incerteza, instabilidade e caos na vida social;
- c) A posição ecléctica, que considera que normalmente a lei deve aplicar-se a factos futuros mas, em determinadas circunstâncias e sob certas condições, pode reger não só os actos posteriores como também factos ou situações anteriores à sua aprovação ou aplicação. É esta posição que encontramos reflectida no ordenamento jurídico cabo-verdiano, maxime na Constituição da República (n.º 2 do artigo 31º, n.º 6 do artigo 93º) e no Código Civil (artigo 12º): as leis penais e as leis fiscais só podem ter

efeitos retroactivos se forem mais favoráveis aos interessados; as leis, quando retroactivas, não põem em causa os efeitos já produzidos pelos factos que se destinam a regular.

Em termos doutrinários, as leis processuais seguem o princípio geral da irretroactividade, devendo, porém, distinguir-se os casos de:

- a) Processos terminados – em que se aplica geralmente a lei antiga, continuando válidos todos os actos anteriormente válidos (não há retroacção dos efeitos da lei nova);
- b) Processos não iniciados – em que se aplica a lei nova;
- c) Processos pendentes – em que se aplica a lei antiga aos actos processuais já realizados (que continuam válidos) e a lei nova aos actos a serem praticados.

Como é evidente, estas regras doutrinárias podem sofrer variações de acordo com as opções consagradas no ordenamento jurídico dos países.

9.2. Aplicação das leis no espaço

Quanto à vigência das normas jurídicas no espaço, vigora o princípio básico da territorialidade, isto é, a lei é ditada para reger no território de um determinado Estado. Todavia, em determinadas situações, as normas jurídicas podem ter um alcance maior em termos de aplicação espacial, casos em que se revestem da característica de extraterritorialidade, ou seja, podem aplicar-se a cidadãos ou organizações que se encontrem fora do território do Estado em questão.

Acontece também que, em certos casos, se admite a aplicação num Estado de lei estrangeira. Tal ocorre fundamentalmente se o ordenamento jurídico do país assim o permite e se a aplicação da lei não põe em causa o princípio da “ordem pública internacional”.

Tal como ensina o Direito Internacional Privado, a eficácia extraterritorial das leis depende de sua natureza. Assim, e em termos sucintos:

- a) As **leis pessoais** (que se referem à cidadania, nacionalidade, domicílio, residência, sede) são leis que se aplicam a todos os nacionais ou domiciliados de um país onde quer que vão ou se encontrem. É o princípio da personalidade das leis: estas “perseguem” as pessoas lá onde se encontrem. Referem-se a tipos legais como a capacidade ou a incapacidade, o estado civil, as relações de família, as relações de direito sucessório, etc. Exemplo: sou cidadão cabo-verdiano e, por este facto, sujeito-me à legislação de Cabo Verde que regula o exercício do direito de sufrágio em qualquer país onde me encontrar; sou casado segundo as leis do Estado de Cabo Verde e esta circunstância acompanha-me em qualquer país (os exemplos são infindáveis);

b) As **leis voluntárias**, que são aquelas que se ditam para produzir efeitos no território mas que podem produzir efeitos fora desse território quando as partes contratantes assim o estipulam. Por exemplo: num contrato de prestação de serviços, as partes, que podem ser de distintos países, um dos quais Cabo Verde, podem estipular que “em caso de controvérsia na aplicação das cláusulas contratuais, deve aplicar-se a lei cabo-verdiana reguladora da matéria”;

Já as **leis territoriais**, que, como vimos, se aplicam a todas as pessoas que se encontrem no território do respectivo Estado, sejam eles cidadãos, estrangeiros ou apátridas, obedecem ao *princípio da territorialidade*, ou, por outro, não têm eficácia extraterritorial. Variam segundo os Estados e referem-se a tipos legais ou normas de direito constitucional, penal, processual e, em parte, de direito civil.

Capítulo 10. OS ACTOS LEGISLATIVOS E NORMATIVOS

SUMÁRIO: 10.1. Actos legislativos; 10.2. Actos normativos; 10.3. Princípios subjacentes à hierarquia das normas do Direito. 10.4. Prerrogativas do exercício da função legislativa em Cabo Verde; 10.5. Condições de existência material das leis: Iniciativa legislativa; Aprovação; Assinatura; Referenda e Promulgação; Publicação e Entrada em vigor.

As normas jurídicas não são do mesmo nível, havendo normas que são relativamente superiores ou inferiores a outras, do mesmo passo que existem normas que são do mesmo nível. Isto quer dizer que existe diferente grau de hierarquia das normas jurídicas, consoante se trate de actos legislativos (da Assembleia Nacional e do Governo) ou de actos normativos, referindo-nos ao caso concreto do ordenamento jurídico cabo-verdiano. Assim temos:

10.1. Actos legislativos

À luz da Constituição da República de Cabo Verde, **os actos legislativos** – que são aqueles que inovam na ordem jurídica, regulando situações novas na vida social – provêm da Assembleia Nacional ou do Governo. São leis em sentido formal e material.

10.1.1. Actos legislativos da Assembleia

São actos legislativos da Assembleia Nacional os seguintes:

- a) Lei Constitucional – É o acto legislativo que aprova ou altera a Constituição da República. Contém as normas jurídicas de maior hierarquia na ordem jurídica, às quais se subordinam as demais normas jurídicas (actos legislativos e normativos).
- b) Lei – Assumem esta forma as chamadas “leis ordinárias” da Assembleia Nacional, através das quais este órgão estabelece normas jurídicas reguladoras de matérias da sua competência. Apresentam a forma de “Lei” os actos previstos nos artigos 171º a), 174º b), c), f), g), e m), 175º, 176º e 177º b) da Constituição de Cabo Verde;
- c) Regimento – Acto legislativo que regula a organização e o funcionamento da Assembleia Nacional;

10 1. 2. Actos legislativos do Governo:

São actos legislativos do Governo:

a) Decretos-leis – Diplomas legais que o Governo, reunido em Conselho de Ministros, aprova, versando matérias de sua competência ou que não estejam submetidas à reserva legislativa da Assembleia Nacional;

b) Decretos legislativos – Diplomas aprovados pelo Governo, reunido em Conselho de Ministros, ao abrigo e nos termos de autorização legislativa dada, para o efeito, pela Assembleia Nacional (por isso, os decretos legislativos estão sujeitos à ratificação parlamentar no prazo de 60 dias após a sua publicação, sob pena de continuarem a produzir plenamente os seus efeitos);

c) Decretos – Actos legislativos de aprovação, pelo Governo, dos tratados e acordos internacionais que sejam da sua competência.

10. 2. Actos normativos:

São actos normativos aqueles actos que contém normas jurídicas que não inovam na ordem jurídica. Vêm concretizar, pormenorizar, regulamentar as normas constantes dos actos legislativos. Podem ser considerados, entretanto, como leis em sentido lato ou em sentido material. Os actos normativos compreendem:

a) Regulamentos: Actos normativos praticados pelo Governo e demais entidades públicas no exercício de funções administrativas. Não inovam na ordem jurídica, limitando-se a pormenorizar ou determinar a forma de concretização de certas normas jurídicas constantes de leis da Assembleia Nacional ou de actos legislativos do Governo. Os regulamentos devem indicar expressamente a lei que têm em vista regulamentar ou que definem a competência objectiva ou subjectiva para a sua aprovação. São regulamentos do Governo:

- Os Decretos Regulamentares – Regulamentos do Governo que sejam da competência do Conselho de Ministros e que devam, por imposição de lei expressa, ter essa forma.
- As Portarias e os despachos normativos – Regulamentos do Governo que não devam assumir a forma de decreto regulamentar ou que, nos termos da lei, sejam da competência isolada ou conjunta de um ou mais membros do Governo. Quando a lei impõe uma destas formas (portaria ou despacho), o(s) membro(s) do Governo é (são) obrigado(s) a respeitar a forma determinada; se, pelo contrário, a lei nada disser sobre a forma do acto regulamentar, o(s) membro(s) do Governo é (são) livre(s) para optar por uma delas (portaria ou despacho). A diferença entre portaria e despacho normativo é de natureza formal e não de conteúdo ou matéria: enquanto que o

despacho normativo não obedece a qualquer formulário prescrito na lei, a portaria obedece a um formulário (as normas devem constar de artigos numerados e são precedidas de um preâmbulo em que se expressa a fórmula “...manda o Governo de Cabo Verde pelo Ministro de... o seguinte”). Em ambos os casos, é, entretanto, exigível a referência à lei permissiva (Constituição, lei parlamentar, acto legislativo ou normativo do Governo).

b) Regimentos (excepto o da Assembleia Nacional, que é um acto legislativo): actos normativos reguladores da organização e funcionamento dos órgãos colegiais e aprovados por estes, nos termos da lei. Exs: Regimentos do Conselho de Ministros, do Conselho da República, das Assembleias Municipais, etc.

10.3. Princípios subjacentes à hierarquia das normas do Direito:

A hierarquia das normas jurídicas está em relação estreita com a natureza do órgão de poder que as aprova, mas tal correlação não é absoluta. Assim, sendo a Assembleia Nacional o órgão legislativo por excelência, somos tentados a considerar que os actos legislativos por ela aprovados são sempre de maior hierarquia que os adoptados pelo Governo, no uso da sua competência legislativa. Ora, isso nem sempre acontece.

Para melhor apreciação da hierarquia das normas jurídicas, apresentamos em seguida alguns princípios e regras básicos:

a) A supremacia da norma constitucional. A Constituição é o acto legislativo supremo, isto é, contém normas jurídicas de hierarquia superior, tendo primazia em relação a qualquer outro acto legislativo, seja ele do Governo ou da própria Assembleia Nacional. Decorrem deste princípio algumas conclusões óbvias: nem todos os actos legislativos têm a mesma hierarquia, posto que a Lei ordinária, o Decreto-Lei e o Decreto-Legislativo devem subordinar-se à Constituição; os actos normativos, que regulamentam, pormenorizam e concretizam os actos legislativos (sendo-lhes, por isso, inferiores em hierarquia), não podem contrariar as normas constitucionais;

b) A igualdade de hierarquia entre as leis ordinárias da Assembleia e os actos legislativos do Governo (decretos-leis e decretos legislativos), salvaguardas algumas excepções. Explicando melhor: se é certo que nenhum diploma legal do Governo possui maior hierarquia que as leis da Assembleia, verifica-se que os decretos-leis e os decretos legislativos (actos legislativos do Governo) têm, em regra, igual valor (situam-se no mesmo nível hierárquico) que as leis ordinárias da Assembleia, com as seguintes excepções: a subordinação dos decretos legislativos às correspondentes leis de autorização legislativa; a subordinação dos decretos-leis de

desenvolvimento dos princípios e bases contidos em leis às correspondentes leis;

c) Subordinação do acto normativo ao acto legislativo. Um acto normativo (Decreto-Regulamentar, Portaria ou Despacho normativo) é sempre de hierarquia inferior a um acto legislativo. É no acto legislativo que o acto normativo vai encontrar legitimidade para a sua existência e validade. Dito de outro modo, o acto normativo precisa de “lei habilitante” ou “lei permissiva” para poder vigorar válida e legalmente na ordem jurídica;

d) Prevalência das leis especiais sobre as leis gerais. Efectivamente, as leis especiais prevalecem sobre as leis gerais. Isto quer dizer que, quando uma dada matéria estiver regulada, de modo diferente, por uma lei geral (ex: lei sobre o estatuto da função pública) e por uma lei especial (ex: estatuto do pessoal docente) situação geral, esta última lei (lei especial) deve ser aplicada aos professores em primeiro lugar, só se recorrendo à lei geral se a especial não for suficiente para regular completamente a matéria (a lei geral tem assim um carácter supletivo em relação à lei especial). Por outro lado, em regra, as leis legais não revogam as leis especiais, salvo se esta for a vontade inequivocamente demonstrada pelo legislador;

10.4. Prerrogativas do exercício da função legislativa em Cabo Verde

Em sentido geral, como vimos, a noção de lei pode incluir tanto as leis aprovadas pela Assembleia Nacional (AN) como os diplomas legais aprovados pelo Governo (decretos-leis, decretos-legislativos). Com efeito, ambos os órgãos de soberania têm a faculdade de legislar, embora o poder legislativo do Governo seja largamente condicionado, assumindo a Assembleia Nacional, como referimos, a condição de órgão legislativo por excelência.

Entretanto, a diferenciação entre lei e demais diplomas legais assume importância, quer em termos de apreciação da hierarquia das leis (em sentido geral), como vimos atrás, quer no que tange às prerrogativas da Assembleia e do Governo no processo de sua elaboração.

Assim, nos termos da Constituição da República:

- a) Quando se trate de matérias em que a Assembleia Nacional (AN) detém a competência exclusiva ou absolutamente reservada (reserva absoluta de competência), só a mesma pode legislar, podendo o Governo, no máximo, apresentar projecto de lei para discussão e aprovação da Assembleia;
- b) Quando se trate de matérias não reservadas à Assembleia Nacional, havendo antes uma competência concorrente entre a AN e o Governo, tanto um como outro órgão legislativo pode legislar nessas matérias. Neste caso, o Governo pode, através de decreto-lei, legislar;

- c) Quando se trate de matérias de competência relativamente reservada à Assembleia Nacional (ou matérias de reserva relativa de competência), o Governo só pode legislar nessas matérias (sob a forma de decreto-legislativo) mediante autorização legislativa da Assembleia (através de lei de autorização legislativa), em que são definidos os limites ou balizas de actuação do Governo (âmbito, extensão e sentido da iniciativa legislativa e prazo da autorização). Nestes casos, o diploma do Governo pode ser ratificado ou modificado pela Assembleia.
- d) Quando se trate de matérias relativas à sua própria organização e funcionamento, o Governo pode legislar, por decreto-lei, sem qualquer dependência da Assembleia, posto que existe, neste caso, competência exclusiva do Executivo.

10.5. Condições de existência material das leis

Para que uma lei (ou qualquer norma jurídica) tenha existência material, há todo um processo legislativo ou de produção normativa, que inclui várias etapas. Em Cabo Verde, distinguem-se, nesse processo, as seguintes etapas principais:

a)- **Iniciativa legislativa** – Precedida, normalmente, da constatação da necessidade social de adopção ou alteração do quadro legal, a iniciativa legislativa consiste na faculdade de apresentação ao órgão competente propostas ou projectos de lei para efeitos de apreciação e aprovação por esse órgão. Se se trata de uma lei da Assembleia Nacional, a iniciativa legislativa cabe, em regra, e segundo os casos, aos deputados e aos Grupos Parlamentares (em ambos os casos, sob a forma de projectos de lei) e ao Governo (sob a forma de propostas de lei); excepcionalmente, um grupo de 10.000 cidadãos pode ter iniciativa legislativa (iniciativa legislativa popular).⁵⁹

b)- **Aprovação** – Pressupondo discussão prévia (na generalidade e na especialidade) do projecto ou proposta de diploma pelos membros do órgão competente, a aprovação consiste no assentimento ou concordância desse órgão em relação à iniciativa. A aprovação do diploma obedece a certas formalidades, como as que decorrem da observância da maioria necessária de votos para essa aprovação (maioria simples, maioria absoluta, maioria qualificada);

c)- **Assinatura** – Os diplomas legais devem ser assinados pelos membros dos órgãos de soberania que a Constituição (ou a lei) prescreve. Assim, por exemplo, uma Lei da Assembleia que não tenha sido assinada pelo Presidente da Assembleia estará ferida de inexistência jurídica nos termos da Constituição cabo-verdiana.

⁵⁹ A iniciativa legislativa popular é uma forma de exercício de democracia directa que, no entanto, se afigura pouco praticável em Cabo Verde, tendo em conta os condicionalismos de que é rodeada.

d)- **Promulgação** – É o acto pelo qual o Presidente da República (PR) manifesta a sua concordância para que determinado diploma legal entre na ordem jurídica, atestando, desta forma, que o diploma foi aprovado segundo os procedimentos e as regras de direito aplicáveis. Se o PR não concorda com a promulgação, ele pode fazer uso do Veto Político, que consiste em devolver o diploma ao órgão que o aprovou, solicitando-lhe, em mensagem fundamentada, que proceda a nova apreciação desse diploma. No caso de diploma da Assembleia, esta pode, no prazo de 120 dias, superar o veto presidencial, isto é, confirmar a sua posição por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, caso em que o PR é obrigado a promulgar o diploma no prazo de 8 dias. De acordo com a Constituição de Cabo Verde, o PR é obrigado a promulgar as leis de revisão constitucional. Se ao PR se oferecerem dúvidas sobre a constitucionalidade de um diploma legal, ele pode requerer a respectiva fiscalização preventiva junto do Tribunal Constitucional, cuja decisão o PR deve tomar em consideração.^{60, 61}

e)- **Publicação** – Consiste em tornar do conhecimento público, através do Jornal da República (Boletim Oficial) o acto legislativo (da Assembleia e do Governo), a fim de o mesmo poder ter validade⁶² e efeitos jurídicos ⁶³.

g)- **Entrada em vigor** – Consiste na produção dos efeitos de uma lei. Em regra, só depois de publicada é que uma lei produz efeitos ou entra em vigor na ordem jurídica, tornando-se, assim aplicável.

Frequentemente, a data de entrada em vigor é fixada no próprio texto de diploma, variando as formulações desde a entrada “imediatamente em vigor” (ou seja, no dia imediato ao da publicação) à previsão de uma data determinada.

⁶⁰ Ver a seguir Fiscalização da Ilegalidade e da Constitucionalidade.

⁶¹ Em relação aos Tratados submetidos à consideração do Presidente da República, para posterior publicação, já não se trata de promulgação mas sim de ratificação. Se o PR entender por bem não ratificar um tratado ou se se lhe oferecem dúvidas sobre a sua constitucionalidade, ele agirá de modo análogo ao referido em relação à promulgação.

⁶² A **Validade** de uma norma jurídica pode ser vista sob três aspectos: técnico formal (vigência), social (eficácia) e ético (fundamento). Vigência é a executoriedade compulsória de uma norma jurídica, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração. Ocorre após a publicação do ato normativo, transcorrido, se previsto, o prazo da *vacatio legis*. Eficácia é o reconhecimento e vivência do Direito pela sociedade. Fundamento é o elemento valorativo da norma.

⁶³ Refira-se, porém, que não só os actos legislativos da Assembleia e do Governo devem ser obrigatoriamente publicados no Boletim Oficial. Há uma série de outros actos que devem ter essa publicação, sob pena de inexistência jurídica (decretos presidenciais; convenções internacionais; resoluções da Assembleia; decisões do Tribunal Constitucional em matéria de fiscalização da constitucionalidade ou de ilegalidade ou a que a lei confira força obrigatória geral); resultados das eleições legislativas e autárquicas e do referendo; regulamentos da Administração Pública directa e indirecta e do Poder Local; actos administrativos de eficácia externa

Outras vezes, não é referida a data de entrada em vigor, regendo-se, então, a matéria por lei especial. Quando tal acontece, adoptam-se soluções que variam segundo os ordenamentos jurídicos, havendo casos (como o cabo-verdiano) em que, na falta de estipulação de data de entrada em vigor no próprio diploma, o legislador fixa datas diferenciadas para a entrada em vigor nas ilhas (10 dias a contar da data da sua publicação) e no estrangeiro (30 dias). Neste caso, há um período ou intervalo de tempo que medeia entre a data de publicação dos diplomas e a de sua entrada em vigor (destinado à preparação da comunidade para a observância das leis), chamado “vacatio legis”.

Refira-se, ainda, que, em caso de divergência entre a data constante do cabeçalho do Boletim Oficial e a da distribuição efectiva do diploma, a data que conta, para efeitos de determinação da entrada em vigor, é da entrada do Boletim na Secretaria-Geral da Assembleia Nacional.⁶⁴

NOTA: Com a revisão constitucional de 1999, deixou de ser exigida a Referenda do Primeiro-ministro como condição indispensável para que possam ser válidos os actos legislativos do Governo, ainda que promulgados pelo Presidente da República⁶⁵. Outro passou a ser, então, o conceito de Referenda⁶⁶.

Assim, **Referenda** é o acto pelo qual o Chefe de Governo exprime, com sua assinatura, concordância com os actos que o PR deve praticar sob proposta ou depois de ouvido o Governo. Sem a referenda, todos esses actos ficam feridos de inexistência jurídica. Atribui-se à referenda especialmente as seguintes funções: a de associar o Governo a actos do Presidente praticados no exercício de um poder efectivo, ainda que em boa medida vinculado à vontade política do Governo; impedir que o poder presidencial não extravase os seus limites; permitir que o Governo exerça uma espécie de papel moderador da acção do Chefe de Estado; certificar que o Governo foi associado à prática do acto sujeito à referenda

⁶⁴ Cf Lei nº 38/III/88, de 27 de Dezembro.

⁶⁵ Todavia, na prática, continuam sendo referendados pelo Primeiro Ministro os actos legislativos do Governo.

⁶⁶ Não confundir com Referendo, forma de exercício da democracia directa, em que o povo eleitor é chamado a pronunciar-se, mediante o voto, sobre determinadas questões de interesse nacional (referendo nacional) ou local (referendo local), com ou sem carácter vinculativo (referendo deliberativo e opinativo, respectivamente). Em Cabo Verde, o referendo é de carácter vinculativo ou deliberativo, pois que o seu resultado impõe-se a todos os órgãos do poder e às entidades públicas e privadas – Vide artigo 102º da Constituição de Cabo Verde.

Capítulo 11. O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E O CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE E DA LEGALIDADE

SUMÁRIO: 11.1. Conceito de Estado de Direito Democrático; a Constitucionalidade e a Legalidade; 11.2. Tipos de controlo da constitucionalidade. 11.3. Constitucionalidade por acção e por omissão. 11.4. Modalidades de fiscalização. 11.5. Efeitos da fiscalização

11.1. Quadro conceptual

O Estado de Direito Democrático é aquele em que o Poder Político reside no Povo (princípio da soberania popular) e é exercido pelo Povo directamente (especialmente por sufrágio e referendo) e indirectamente (através dos seus representantes eleitos), na base da estrita observância da Constituição e das Leis e no respeito pelos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

De entre os mais importantes princípios do Estado de Direito Democrático, destacam-se: a) a soberania popular; b) a constitucionalidade; c) a legalidade; d) a vinculação do Poder Político aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos; e) a separação e a limitação recíproca de poderes.

Fala-se de **constitucionalidade** quando existe conformidade da actuação das autoridades, dos poderes públicos e dos cidadãos com norma(s) constante(s) da Constituição da República. Nos termos da nossa Lei Fundamental, “são inconstitucionais as normas e resoluções de conteúdo normativo ou individual e concreto que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Quando se actua em sintonia com a lei e demais normas jurídicas infra-constitucionais, diz-se que se observou a **legalidade**.

A violação dos princípios da Constitucionalidade e da Legalidade acarreta consequências que o Ordenamento Jurídico prevê e regula, de modo a garantir a normalidade social.

11.2. A Teoria do controlo da constitucionalidade

A Teoria Constitucional distingue dois tipos de controlo ou fiscalização da constitucionalidade: o controlo dito político e o jurisdicional.

O controlo político é aquele que é exercido pelo próprio órgão criador da norma jurídica ou por outro órgão ad hoc, o qual não detém garantias de independência, caracterizando-se como preventivo e discricionário.

Em contrapartida, o controlo jurisdicional é aquele exercido por órgãos detentores de garantias de independência, como o Poder Judiciário, os quais não participam no processo de criação das normas jurídicas, agindo

por provocação ou “ex lege”, de forma definitiva e com pouca discricionariedade.

Para melhor se entender a distinção entre estes dois sistemas de controlo, destacam-se os ensinamentos de José Afonso da Silva:

a) O **controlo político** é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política. Pode ser de dois tipos: a) controlo político comum, quando um órgão político, como o próprio Poder Legislativo (solução predominante na Europa no século passado e que chegou a vigorar em Cabo Verde na chamada I República) faz o controlo da constitucionalidade, além de exercer as suas funções correntes; b) controlo político especial, quando esse controlo é feito por um órgão de natureza política que só se ocupa da fiscalização da constitucionalidade, como o Presidium do Soviete Supremo da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n.º 4) e o Conseil Constitutionnel da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63).

b) O **controlo jurisdicional**, generalizado, hoje em dia (e denominado “judicial review” nos Estados Unidos da América do Norte), é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judicial de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros actos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais⁶⁷.

Quando o controlo da constitucionalidade e da legalidade é feito por um tribunal que acumula essa função de controlo com a sua função corrente e essencial, que é administrar ou fazer a justiça (como ainda acontece em Cabo Verde), está-se perante um controlo jurisdicional comum.

Tem-se um sistema de controlo jurisdicional especial se a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade é confiada a um tribunal especial, que apenas se dedica a essa fiscalização, como acontece com o Tribunal Constitucional em Portugal e está previsto que aconteça em Cabo Verde (no nosso caso, o Tribunal Constitucional aguarda oportunidade para ser instalado de forma autónoma).

À luz do que acabamos de referir, o sistema cabo-verdiano de fiscalização da constitucionalidade é de natureza jurisdicional, pois que cabe Tribunal Constitucional (cujas funções são assumidas transitoriamente pelo Supremo Tribunal de Justiça), decidir a respeito da inconstitucionalidade das normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. Em suma, temos ainda um controlo jurisdicional comum (pois o Supremo Tribunal, que faz o controlo é um tribunal comum que, no

⁶⁷ Cf. Laisla Fernanda Zeni, in “A Supremacia da Constituição e o Controle de Constitucionalidade”).

entanto, faz, transitoriamente, as vezes de Tribunal Constitucional), mas, logo que entrar em funções, de forma autónoma, o Tribunal Constitucional., teremos um controlo jurisdicional especial.

11.3. Constitucionalidade por acção e por omissão

A Constituição da República de Cabo Verde regula o sistema de fiscalização da constitucionalidade, começando pela inconstitucionalidade por acção, ou seja, a violação da Constituição pela actuação concreta dos órgãos e entidades incumbidos de legislar, aplicar e acatar as normas jurídicas.

A inconstitucionalidade por omissão (que não é objecto de regulação na Constituição cabo-verdiana) seria a violação da Constituição por inacção de órgão ou entidade que deveria agir em defesa ou aplicação das normas constitucionais.

11.4. Modalidades de fiscalização

São previstas na Constituição cabo-verdiana as seguintes modalidades de fiscalização da constitucionalidade:

11.4.1) A **fiscalização preventiva** (artigos 278º e 279º) tem lugar antes da entrada em vigor dos diplomas legais. É da iniciativa do Presidente da República, de quinze Deputados em efectividade de funções ou do Primeiro Ministro, e consiste em solicitar ao Tribunal Constitucional que faça a apreciação preventiva da constitucionalidade nos termos seguintes: i) o Presidente da República pode requerer apreciação preventiva da constitucionalidade de norma constante de Tratado ou Acordo Internacional ou de acto legislativo que lhe tenham sido enviados, respectivamente, para ratificação ou promulgação; ii) os Deputados e o Primeiro Ministro podem requerer fiscalização da constitucionalidade de norma constante de acto legislativo que, estando sujeita a aprovação por maioria qualificada, haja sido enviado ao Presidente da República para promulgação.

11.4.2) A **fiscalização sucessiva** tem lugar em relação a normas jurídicas em vigor e compreende duas modalidades:

a) - A **fiscalização abstracta** (artigo 280º), que visa apreciar e declarar a constitucionalidade ou a ilegalidade de normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto, cabendo a iniciativa ao Presidente da República, ao Presidente da Assembleia Nacional, ao Primeiro Ministro, ao Procurador-Geral da República e a, pelo menos, quinze deputados;

b) - A fiscalização concreta (artigos 281º e 282º), que tem lugar através de recursos formulados ao Tribunal Constitucional pelo Ministério Público ou por pessoas legitimadas para o fazer nos termos das leis de processo, recursos esses motivados:

b)1. Por decisões dos Tribunais que recusem a aplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, de qualquer norma ou resolução de conteúdo material normativo ou individual e concreto;

b)2. Por decisões dos Tribunais que apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no processo;

b)3. Por decisões dos Tribunais que apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto que tenham sido julgadas anteriormente inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional;

b)4. Por decisões que apliquem ou recusem a aplicação de resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto que tenham sido julgadas ilegais pelo Tribunal Constitucional ou cuja ilegalidade haja sido suscitada no processo.

11.5. Efeitos da fiscalização

Quando uma norma é considerada inconstitucional ou ilegal, o efeito geral é o de a mesma norma deixar de ter efeitos.

Entretanto, as implicações variam segundo a natureza das situações: Quando se trate de uma norma de um Tratado, a decisão de inconstitucionalidade (que assume a forma de Parecer) deve levar o Presidente da República a não ratificar o Tratado salvo se a Assembleia, ouvido o Governo, confirmar a aprovação por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções (neste caso, o Presidente da República pode ratificar o Tratado).

Quando se tratar de norma constante de acto legislativo, a decisão de inconstitucionalidade (que assume a forma de Acórdão) implica que o Presidente da República vete o diploma e o devolva ao órgão que o aprovou (Assembleia ou Governo) para o expurgar da inconstitucionalidade, sem prejuízo da possibilidade de a Assembleia confirmar o diploma por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções, caso em que o Presidente da República já poderá promulgá-lo.⁶⁸

⁶⁸ A superação do veto presidencial pela Assembleia Nacional (ainda que com votos favoráveis de 2/3 dos deputados em efectividade de funções), numa situação em que o veto é precedido de acórdão ou parecer do Tribunal Constitucional que considera uma norma inconstitucional, é uma solução de duvidosa bondade, logo, polémica, que coloca problemas de fundo. Parecem estar em causa, de certo modo, princípios do Estado de Direito Democrático, como o da constitucionalidade (ou da primazia constitucional), além, claro está, das garantias efectivamente oferecidas pelo sistema de controlo jurisdiccional da constitucionalidade, ao beliscar-se desta forma a autoridade da Justiça Constitucional.

Os Acórdãos do Tribunal Constitucional que tenham por objecto a fiscalização da constitucionalidade ou ilegalidade têm força obrigatória geral, o que quer dizer que produzem o mesmo efeito que uma norma jurídica, impondo-se à observância de todos. Essa força obrigatória geral implica que a declaração (Acórdão) produza efeitos retroactivos à data de entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal, com a conseqüente repristinacão (reposição) das normas que aquela (norma inconstitucional) tiver revogado.

Quanto aos demais efeitos da declaração de inconstitucionalidade, veja-se o disposto na Constituição da República, maxime no seu artº. 285º, nºs 2 e 3, que passamos a transcrever:

“2. Tratando-se de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a sua entrada em vigor.

3. A declaração de inconstitucionalidade de norma constante de qualquer convenção internacional produz efeitos a partir da data da publicação do acórdão.

4. No caso referido nos números 1 e 2, quando razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo, devidamente fundamentado o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar efeitos de alcance mais restrito do que os previstos nos números 2 e 3.

5. Dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com força obrigatória geral ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”

Praia, Outubro de 2011.
Bartolomeu L. Varela
Docente da Uni-CV

=====

Bibliografia

ALESSANDRO GROPPALI, Introdução ao Estudo do Direito, 3ª ed., Coimbra, 1978.

ANGEL LATORRE, Introdução ao Direito, Coimbra, 1997 (3ª reimpressão).

ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, O Direito. Introdução e Teoria Geral. Almedina, Coimbra, 7ª edição, 1989

BAPTISTA MACHADO, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 1983

BULTÉ, JULIO FERNÁNDEZ, Manual de Historia del Estado y del Derecho - Editorial Pueblo y Educación, 1987

BULTÉ, JULIO FERNÁNDEZ y otros, Manual de Teoría del Estado y el Derecho –Editorial Pueblo y Educación; 1988

_____ Derecho Romano – Editorial Pueblo y Educación, 1982

- CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE - Introdução ao Direito – Almedina Coimbra, 1989;
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES - Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, Coimbra, 6ª edição, 2002
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, Noções Fundamentais de Direito Civil, Coimbra, 4ª ed., 2001.
- CUNHA, PAULO, Introdução à Teoria do Direito, Porto.
- DIAS MARQUES, Introdução ao Estudo do Direito, Lisboa, 1984.
- DUARTE, MARIA LUÍSA, Introdução ao Estudo do Direito – Sumários Desenvolvidos, 2003.
- FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO, Noções Gerais de Direito - s/ data,
- FREITAS DO AMARAL, DIOGO, Sumários de Introdução ao Direito, 2ª ed., Lisboa, 2000.
_____, Manual de Introdução ao Direito, 2004.
- GALVÃO TELLES, Introdução ao Estudo do Direito, I, 11ª ed., Coimbra, 1999 e II, 10ª ed., Coimbra, 2000.
- HANS KELSEN, A justiça e o Direito Natural (tradução de J. BAPTISTA MACHADO).
- HEINRICH EWALD HÖRSTER, A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, 2000.
- HERBERT HART, O conceito de Direito, 3ª ed., 2001.
- MENDES, JOÃO DE CASTRO, Introdução ao Estudo do Direito, Lisboa, 1984
- MERRYMAN, JOHN HENRI, The Loneliness of the Comparative Lawyer, 1999
- MIRANDA, JORGE, Manual de Direito Constitucional, 4 tomos – Coimbra, Editora Limitada;
- OTERO, PAULO, Lições de Introdução ao Estudo do Direito, I, 1º tomo, 1998 e 2º tomo, 1999.
- REBELO DE SOUSA, MARCELO e GALVÃO, SOFIA, Introdução ao Estudo do Direito, 2000.
- RECASENS SICHES, LUIS, Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX”, Ed. Porrúa, México, Tomo II, 1963.
- RIBEIRO, MANUEL DE ALMEIDA, Introdução ao Direito para as Ciências Sociais, 2004.
- SANTOS JUSTO, Introdução ao Estudo do Direito, 2ª ed., 2003.
- SILVA, MARIA MANUELA MAGALHÃES e ALVES, DORA RESENDE, Noções de Direito Constitucional e Ciência Política - Editora Rei dos Livros, 2000.

Legislação:

- Constituição da República de Cabo Verde de 1992, Revisão de 3 de Maio de 2010
Declaração dos Direitos do Homem/1789
Código de Direito Canónico, anotado, Braga, 1984
Lei das 12 Tábuas
Código de Hammurabi
Bíblia Sagrada (Peutateuco)

ANEXOS:

Anexo 1. LEI DAS DOZE TÁBUAS

Tábua I (De in jus vocando - Do chamamento a juízo)

- I- Se convocas alguém a presença do magistrado e ele se recusar, testemunha essa recusa e obriga-o a comparecer.
- II- Se ele tentar fugir, prende-o e leve-o à força.
- III- Se a doença ou idade o impossibilitarem, fornece-lhe condução, mas nunca uma carruagem, a não ser que queiras ser benevolente.
- IV- Que um rico somente responda por um rico; por um proletário responda quem quiser.
- V- Se as partes transigirem, que a demanda seja assim regulada.
- VI- Não havendo acordo, que o magistrado conheça a causa antes do meio-dia, no comício ou no foro, depois da discussão dos litigantes.
- VII- Passado o meio-dia, que o magistrado se pronuncie perante as partes presentes.
- VIII- Depois do sol posto, nenhum acto mais de processo.
- IX- Inciso incompleto que determinava ao magistrado a tomada de compromisso dos litigantes para comparecimento em determinado dia, caso o trabalho forense não fosse terminado.

Tábua II (De judiciis - Das instâncias judiciárias)

- I- Inciso incompleto que determinava às partes o depósito de certa quantia, denominada sacramentum.
- II- Se o juiz, ou árbitro ou uma das partes se achar acometido de moléstia grave, que o julgamento seja adiado.
- III- Aquele que precisar do testemunho de alguém, vá a sua porta e o convoque em alta voz, para o terceiro dia de feira.
- IV- Quem procede sem dolo não comete furto.

Tábua III (De aere confesso rebusque jure judicatis - Da execução em caso de confissão ou de condenação)

- I- Para o pagamento de uma dívida em dinheiro, confessada pelo devedor e por ela condenado, tenha ele o prazo de trinta dias para se desobrigar.
- II- Decorrido esse tempo, seja preso o devedor e levado a presença do magistrado.
- III- Não sendo líquida a dívida nesse momento e nem alguém oferecendo caução pelo devedor, seja ele preso por meio de correias com ferros de quinze libras aos pés, no máximo, podendo ser de menor peso, de acordo com o credor.
- IV- Viva, então, o devedor às suas expensas e, em caso de não o poder, que o credor lhe dê uma libra de farinha por dia, no máximo.
- V- Inciso incompleto que determinava que a dívida fosse apregoada após o prazo de três feiras, no sentido de haver um meio de remissão.
- VI- Terminado esse prazo, o devedor seria morto, podendo ser cortado em pedaços, na hipótese de existirem vários credores. Mas a lei admitia também, o que era mais usual, a venda do devedor a um estrangeiro, para além do Tibre.

Tábua IV (De jure patrio - Do pátrio poder)

- I- Que seja morta, segundo a Lei das XII Tábuas, a criança monstruosa.
- II- Se o pai vendeu por três vezes o seu filho, que o filho seja libertado de seu pai.
- III- Segundo a Lei das XII Tábuas (em caso de divórcio) que ele ordene a sua mulher que leve os seus trastes, e que ela entregue as chaves.
- IV- Inciso que determinava o tempo da gestação, dispondo que a viúva poderia ter legalmente um filho até o décimo mês da morte do marido.

Tábua V (De haereditibus et tutelis - Da tutela hereditária)

- I- Inciso que declarava a mulher sob tutela perpétua.
- II- Proibia o usucapião das coisas pertencentes às mulheres, pois sob tutela dos seus agnatos.
- III- Aquilo que o pai de família houver testado relativamente aos seus bens, ou à tutela, terá força de lei.
- IV- Se alguém morre sem ter feito testamento, sem herdeiro necessário, que o agnato mais próximo recolha a sucessão.
- V- Se ele não tem agnato, que a sucessão se defira a estranhos.
- VI- Não havendo tutor nomeado por testamento, os agnatos são os tutores legítimos.

Tábua VI (De domínio et possessione - Da propriedade e da posse)

- I- Quando alguém cumprir a solenidade do nexu e da emancipação, o que sua língua declarar, isto será direito.
- II- Este inciso determinava o pagamento de uma dupla multa àquele que relegar as suas palavras pronunciadas.
- III- Adquiri-se a propriedade do solo pela posse de dois anos e das outras coisas, pela de um ano.
- IV- Interrompe-se a usucapião da mulher se ela dormir durante três noites seguidas fora do domicílio conjugal.
- V- Contra o estrangeiro, eterna vigilância.
- VI- Se duas pessoas lutam pela posse de uma coisa diante do magistrado [...] o magistrado dará a posse a quem julgar conveniente.
- V- Inciso incompleto
- VII- Que não sejam arrancadas as traves empregadas nas construções, nem os esteios que sustentam as vinhas alheias.
- VIII- Cabe uma acção de pagamento duplo contra aquele que emprega materiais de outrem.
- IX- Se os materiais forem arrancados imediatamente... (o proprietário os poderá reivindicar).
- X- A propriedade de uma coisa vendida entregue, não é adquirida por aquele que a comprou enquanto o adquirente não pague o preço.
- XI- Este inciso determinava que o magistrado confirmasse a cessão feita em sua presença, bem como a emancipação.

Tábua VII (De jure aedium et agrorum - Do direito relativo aos edifícios e às terras)

- I- Entre os edifícios vizinhos deve existir um espaço de dois pés e meio, destinado a circulação.

Todos os demais incisos recuperados são referentes ao direito de vizinhança.

Tábua VIII (De delictis - Dos delitos)

- I- Pena capital ao autor de injúrias ou ultrajes públicos difamatórios.
- II- Contra aquele que destruiu o membro de outrem e não transigiu com o mutilado, seja aplicada a pena de talião.
- III- Pela fractura de um osso de um homem livre, pena de trezentos "as"; de um escravo, pena de cinquenta "as".
- IV- Pela injúria feita a outrem, pena de vinte e cinco "as".
- V- Se o prejuízo é causado por acidente, que seja reparado.
- VI- Pelo prejuízo causado por um quadrúpede, deve-se reparar o dano ou abandonar o animal.
- VII- Cabe acção de dano contra aquele que faz pastar o seu rebanho no campo de outrem
- VIII- Aquele que por encantamentos, faz murchar a seara de outrem, atraindo-a para o seu campo...
- IX- Aquele que causa, à noite, furtivamente, destruição, ou apascenta o seu rebanho sobre colheitas, seja votado a Ceres e punido de morte; sendo impúbere, será vergastado ao critério do magistrado e condenado a reparar o dano em duplos.
- X- Aquele que causa incêndio num edifício, ou num moinho de trigo próximo de uma casa,

se o faz conscientemente, seja amarrado, flagelado e morto pelo fogo; se o faz por negligência, será condenado a reparar o dano; se for muito pobre, fará a indemnização parceladamente.

XI- Contra aquele que corta injustamente as árvores de outrem, aplique-se a pena de vinte e cinco "as" sobre cada árvore cortada.

XII- Se alguém cometeu furto à noite e foi morto, seja o causador da morte absolvido.

XIII- Mesmo que o ladrão esteja roubando a pleno dia, não terá o direito de se defender com armas.

XIV- O ladrão confesso (preso em flagrante) sendo homem livre, será vergastado por aquele a quem roubou; se é um escravo, será vergastado e precipitado da Rocha Tapeia; mas sendo impúbere, será apenas vergastado ao critério do magistrado e condenado a reparar o dano.

XV- Inciso não recuperado

XVI- No caso de um furto manifesto, que a pena contra o ladrão seja do duplo do objecto furtado.

XVII- É proibido o usucapião sobre as coisas roubadas, não valendo, no caso, o uso ou a posse do detentor.

XVIII- O juro de empréstimo de dinheiro não poderá exceder de uma onça, isto é, de um por cento ao mês.

XIX- Aquele que for infiel num contrato de depósito, deverá pagar uma pena dupla.

XX- Que o patrono que enganar o seu cliente seja devotado aos deuses.

XXI- Serão afastados da tutela os cidadãos suspeitos, que a exercerem.

XXII- Se o porta-balança ou alguém foi testemunha de um ato e recusa dar seu testemunho, seja considerado infame, incapacitado para testemunhar e indigno de que testemunhem para ele.

XXIII- Seja precipitado da Rocha Tapeia aquele que prestou falso juramento.

XXIV- (Pena de morte para o homicídio)

XXV- Aquele que prendeu alguém por palavras de encantamento ou lhe deu veneno, seja punido de morte.

XXVI- (Punia com a morte os ajuntamentos nocturnos, de carácter sedicioso).

XXVII- Os membros de um colégio ou de uma associação poderão estabelecer os seus regimentos, desde que os mesmos não sejam contrários à lei geral.

Tábua IX (...)

Tábua X (De jure sacro - Do direito sagrado)

I- Que nenhum morto seja inumado ou queimado na cidade.

II- Que não seja polida a lenha da fogueira funerária.

III- O morto não poderá ser amortalhado nem cremado em mais de três togas, nem três faixas de púrpura e nem poderá ser acompanhado por mais de dez tocadores de flauta.

IV- Que as mulheres não arranhem o rosto e nem soltem gritos imoderados.

V- Que não se recolham os ossos dos mortos para se fazerem mais tarde outros funerais (excepto em relação aos mortos em combate, no estrangeiro).

Tábua XI (...) - Perdida no maremoto romano.

Tábua XII (De pignoris capio - Da apreensão do penhor)

I- (...)

II- Se um escravo comete um roubo ou um outro delito prejudicial, será movida contra o seu dono uma acção indirecta, isto é, uma acção noxal.

III- Se alguém simular posse provisória em seu favor, que o magistrado nomeie três árbitros para a causa e que, em face da evidência, condene o simulador a restituir os frutos em duplo.

IV- É proibido consagrar-se a coisa litigiosa

Anexo 2. CÓDIGO DE HAMURABI

Khammu-rabi, rei da Babilónia no 18º século A.C., estendeu grandemente o seu império e governou uma confederação de cidades-estado.. Erigiu, no final do seu reinado, uma enorme "estela" em diorito, na qual ele é retratado recebendo a insígnia do reinado e da justiça do rei Marduk. Abaixo mandou escreverem 21 colunas, 282 cláusulas que ficaram conhecidas como Código de Hamurábi (embora abrangesse também antigas leis).

Muitas das provisões do código referem-se às três classes sociais: a do "awelum" (filho do homem", ou seja, a classe mais alta, dos homens livres, que era merecedora de maiores compensações por injúrias - retaliações - mas que por outro lado arcava com as multas mais pesadas por ofensas); no estágio imediatamente inferior, a classe do "mushkenum", cidadão livre mas de menor status e obrigações mais leves; por último, a classe do "wardum", escravo marcado que no entanto, podia ter propriedade. O código referia-se também ao comércio (no qual o caixeiro viajante ocupava lugar importante), à família (inclusive o divórcio, o pátrio poder, a adoção, o adultério, o incesto), ao trabalho (precursor do salário mínimo, das categorias profissionais, das leis trabalhistas), à propriedade.

Quanto às leis criminais, vigorava a "lex talionis" : a pena de morte era largamente aplicada, seja na fogueira, na forca, seja por afogamento ou empalação. A mutilação era infligida de acordo com a natureza da ofensa.

A noção de "uma vida por uma vida" atingia aos filhos dos causadores de danos aos filhos dos ofendidos. As penalidades infligidas sob o Código de Hamurabi, ficavam entre os brutais excessos das punições corporais das leis mesopotâmicas Assírias e das mais suaves, dos hititas. A codificação propunha-se a implantação da justiça na terra, a destruição do mal, a prevenção da opressão do fraco pelo forte, a propiciar o bem-estar do povo e iluminar o mundo. Essa legislação estendeu-se pela Assíria, pela Judeia e pela Grécia.

PRÓLOGO _ "Quando o alto Anu, Rei de Anunaki e Bel, Senhor da Terra e dos Céus, determinador dos destinos do mundo, entregou o governo de toda humanidade a Marduk... quando foi pronunciado o alto nome da Babilónia; quando ele a fez famosa no mundo e nela estabeleceu um duradouro reino cujos alicerces tinham a firmeza do céu e da terra - por esse tempo de Anu e Bel me chamaram, a mim, Hamurabi, o excelso príncipe, o adorador dos deuses, para implantar a justiça na terra, para destruir os maus e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte... para iluminar o mundo e propiciar o bem-estar do povo. Hamurabi, governador escolhido por Bel, sou eu, eu o que trouxe a abundância à terra; o que fez obra completa para Nippur e Durilu; o que deu vida à cidade de Uruk; o que supriu água com abundância aos seus habitantes:... o que tornou bela a cidade de Borsippa;... o que encheu grãos para a poderosa Urash;... o que ajudou o povo em tempo de necessidade; o que estabeleceu a segurança na Babilónia; o governador do povo, o servo cujos feitos são agradáveis a Anunit".

I - SORTILÉGIOS, JUÍZO DE DEUS, FALSO TESTEMUNHO, PREVARICAÇÃO DE JUÍZES

1º - Se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar a prova disso, aquele que acusou, deverá ser morto.

2º - Se alguém avança uma imputação de sortilégio contra um outro e não a pode provar e aquele contra o qual a imputação de sortilégio foi feita, vai ao rio, salta no rio, se o rio o traga, aquele que acusou deverá receber em posse à sua casa. Mas, se o rio o demonstra

inocente e ele fica ileso, aquele que avançou a imputação deverá ser morto, aquele que saltou no rio deverá receber em posse a casa do seu acusador.

3º - Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e, não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto.

4º - Se alguém se apresenta como testemunha por grão e dinheiro, deverá suportar a pena cominada no processo.

5º - Se um juiz dirige um processo e profere uma decisão e redige por escrito a sentença, se mais tarde o seu processo se demonstra errado e aquele juiz, no processo que dirigiu, é convencido de ser causa do erro, ele deverá então pagar doze vezes a pena que era estabelecida naquele processo, e se deverá publicamente expulsá-lo de sua cadeira de juiz. Nem deverá ele voltar a funcionar de novo como juiz em um processo.

II - CRIMES DE FURTO E DE ROUBO, REIVINDICAÇÃO DE MÓVEIS

6º - Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto.

7º - Se alguém, sem testemunhas ou contrato, compra ou recebe em depósito ouro ou prata ou um escravo ou uma escrava, ou um boi ou uma ovelha, ou um asno, ou outra coisa de um filho alheio ou de um escravo, é considerado como um ladrão e morto.

8º - Se alguém rouba um boi ou uma ovelha ou um asno ou um porco ou um barco, se a coisa pertence ao Deus ou a Corte, ele deverá dar trinta vezes tanto; se pertence a um liberto, deverá dar dez vezes tanto; se o ladrão não tem nada para dar, deverá ser morto.

9º - Se alguém, a quem foi perdido um objecto, o acha com um outro, se aquele com o qual o objecto perdido é achado, diz: - "um vendedor mo vendeu diante de testemunhas, eu o paguei" - e o proprietário do objecto perdido diz: "eu trarei testemunhas que conhecem a minha coisa perdida" - o comprador deverá trazer o vendedor que lhe transferiu o objecto com as testemunhas perante às quais o comprou e o proprietário do objecto perdido deverá trazer testemunhas que conhecem o objecto perdido. O juiz deverá examinar os seus depoimentos, as testemunhas perante as quais o preço foi pago e aquelas que conhecem o objecto perdido devem atestar diante de Deus reconhecê-lo. O vendedor é então um ladrão e morrerá; o proprietário do objecto perdido o recobrará, o comprador recebe da casa do vendedor o dinheiro que pagou.

10º - Se o comprador não apresenta o vendedor e as testemunhas perante as quais ele comprou, mas, o proprietário do objecto perdido apresenta um testemunho que reconhece o objecto, então o comprador é o ladrão e morrerá. O proprietário retoma o objecto perdido.

11º - Se o proprietário do objecto perdido não apresenta um testemunho que o reconheça, ele é um malvado e caluniou; ele morrerá.

12º - Se o vendedor é morto, o comprador deverá receber da casa do vendedor o quántuplo.

13º - Se as testemunhas do vendedor não estão presentes, o juiz deverá fixar-lhes um termo de seis meses; se, em seis meses, as suas testemunhas não comparecerem, ele é um malvado e suporta a pena desse processo.

14º - Se alguém rouba o filho impúbere de outro, ele é morto.

15º - Se alguém furta pela porta da cidade um escravo ou uma escrava da Corte ou um escravo ou escrava de um liberto, deverá ser morto.

16º - Se alguém acolhe na sua casa, um escravo ou escrava fugidos da Corte ou de um liberto e depois da proclamação pública do mordomo, não o apresenta, o dono da casa deverá ser morto.

17º - Se alguém apreende em campo aberto um escravo ou uma escrava fugidos e os reconduz ao dono, o dono do escravo deverá dar-lhe dois siclos.

18º - Se esse escravo não nomeia seu senhor, deverá ser levado a palácio; feitas todas as indagações, deverá ser reconduzido ao seu senhor.

19º - Se ele retém esse escravo em sua casa e em seguida se descobre o escravo com ele, deverá ser morto.

20º - Se o escravo foge àquele que o apreendeu, este deve jurar em nome de Deus ao dono do escravo e ir livre.

21º - Se alguém faz um buraco em uma casa, deverá diante daquele buraco ser morto e sepultado.

22º - Se alguém comete roubo e é preso, ele é morto.

23º - Se o salteador não é preso, o roubado deverá diante de Deus reclamar tudo que lhe foi roubado; então a aldeia e o governador, em cuja terra e circunscrição o roubo teve lugar, devem indenizar-lhe os bens roubados por quanto foi perdido.

24º - Se eram pessoas, a aldeia e o governador deverão pagar uma mina aos parentes.

25º - Se na casa de alguém aparecer um incêndio e aquele que vem apagar, lança os olhos sobre a propriedade do dono da casa, e toma a propriedade do dono da casa, ele deverá ser lançado no mesmo fogo.

III - DIREITOS E DEVERES DOS OFICIAIS, DOS GREGÁRIOS E DOS VASSALOS EM GERAL, ORGANIZAÇÃO DO BENEFÍCIO

26º - Se um oficial ou um gregário que foi chamado às armas para ir no serviço do rei, não vai e assolda um mercenário e o seu substituto parte, o oficial ou o gregário deverá ser morto, aquele que o tiver substituído deverá tomar posse da sua casa.

27º - Se um oficial ou um gregário foi feito prisioneiro na derrota do rei, e em seguida o seu campo e o seu horto foram dados a um outro e este deles se apossa, se volta a alcançar a sua aldeia, se lhe deverá restituir o campo e o horto e ele deverá retomá-los.

28º - Se um oficial ou um gregário foi feito prisioneiro na derrota do rei, se depois o seu filho pode ser investido disso, se lhe deverá dar o campo e horto e ele deverá assumir o benefício de seu pai.

29º - Se o filho é ainda criança e não pode ser dele investido, um terço do campo e do horto deverá ser dado à progenitora e esta deverá sustentá-lo.

30º - Se um oficial ou gregário descarta e abandona seu campo, o horto e a casa em vez de gozá-los, e um outro toma posse do seu campo, do horto e da casa; se ele volta e

pretende seu campo, horto e casa, não lhe deverão ser dados, aquele que deles tomou posse e os gozou, deverá continuar a gozá-los.

31º - Se ele abandona por um ano e volta, o campo, o horto e a casa lhe deverão ser restituídos e ele deverá assumi-los de novo.

32º - Se um negociante resgata um oficial, ou um soldado que foi feito prisioneiro no serviço do rei, e o conduz à sua aldeia, se na sua casa há com que resgatá-lo, ele deverá resgatar-se; se na sua casa não há com que resgatá-lo, ele deverá ser libertado pelo templo de sua aldeia; se no templo de sua aldeia não há com que resgatá-lo, deverá resgatá-lo a Corte. O seu campo, horto e casa não deverão ser dados pelo seu resgate.

33º - Se um oficial superior foge ao serviço e coloca um mercenário em seu lugar no serviço do rei e ele parte, aquele oficial deverá ser morto.

34º - Se um oficial superior furta a propriedade de um oficial inferior, prejudica o oficial, dá o oficial a trabalhar por soldada, entrega o oficial em um processo a um poderoso, furta o presente que o rei deu ao oficial, aquele deverá ser morto.

35º - Se alguém compra ao oficial bois ou ovelhas, que o rei deu a este, perde o seu dinheiro.

36º - O campo, o horto e a casa de um oficial, gregário ou vassalo não podem ser vendidos.

37º - Se alguém compra o campo, o horto e a casa de um oficial, de um gregário, de um vassalo, a sua tábua do contrato de venda é quebrada e ele perde o seu dinheiro; o campo, o horto e a casa voltam ao dono.

38º - Um oficial, gregário, ou vassalo não podem obrigar por escrito nem dar em pagamento de obrigação à própria mulher ou à filha o campo, o horto e a casa do seu benefício.

39º - O campo, o horto e a casa, que eles compraram e possuem (como sua propriedade) podem ser obrigados por escrito e dadas em pagamento de obrigação à própria mulher e à filha.

40º - Eles podem vender a um negociante ou outro funcionário do Estado, seu campo, horto e casa. O comprador recebe em gozo e campo, o horto e a casa que comprou.

41º - Se alguém cercou de sebes o campo, o horto e a casa de um oficial, de um gregário ou de um vassalo e forneceu as estacas necessárias, se o oficial, o gregário ou o vassalo voltam ao campo, horto ou casa, deverão ter como sua propriedade as estacas que lhes foram dadas.

IV - LOCAÇÕES E REGIMEN GERAL DOS FUNDOS RÚSTICOS, MÚTUO, LOCAÇÃO DE CASAS, DAÇÃO EM PAGAMENTO

42º - Se alguém tomou um campo para cultivar e no campo não fez crescer trigo, ele deverá ser convencido que fez trabalhos no campo e deverá fornecer ao proprietário do campo quanto trigo exista no do vizinho.

43º - Se ele não cultiva o campo e o deixa em abandono, deverá dar ao proprietário do campo quanto trigo haja no campo vizinho e deverá cavar e destorroar o campo, que ele deixou ficar inculto e restituí-lo ao proprietário.

44º - Se alguém se obriga a por em cultura, dentro de três anos, um campo que jaz inulto, mas é preguiçoso e não cultiva o campo, deverá no quarto ano cavar, destorroar e cultivar o campo inulto e restituí-lo ao proprietário e por cada dez gan pagar dez gur de trigo.

45º - Se alguém dá seu campo a cultivar mediante uma renda e recebe a renda do seu campo, mas sobrevem uma tempestade e destrói a safra, o dano recai sobre o cultivador.

46º - Se ele não recebe a renda do seu campo, mas o dá pela terça ou quarta parte, o trigo que está no campo deverá ser dividido segundo as partes entre o cultivador e o proprietário.

47º - Se o cultivador, porque no primeiro ano não plantou a sua estância, deu a cultivar o campo, o proprietário não deverá culpá-lo; o seu campo foi cultivado e, pela colheita, ele receberá o trigo segundo o seu contrato.

48º - Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o seu campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.

49º - Se alguém toma dinheiro a um negociante e lhe concede um terreno cultivável de trigo ou de sésamo, incumbindo-o de cultivar o campo, colher o trigo ou o sésamo que aí crescerem e tomá-los para si, se em seguida o cultivador semeia no campo trigo ou sésamo, por ocasião da colheita o proprietário do campo deverá receber o trigo ou o sésamo que estão no campo e dar ao negociante trigo pelo dinheiro que do negociante recebeu, pelos juros e moradia do cultivador.

50º - Se ele dá um campo cultivável (de trigo) ou um campo cultivável de sésamo, o proprietário do campo deverá receber o trigo ou o sésamo que estão no campo e restituir ao negociante o dinheiro com os juros.

51º - Se não tem dinheiro para entregar, deverá dar ao negociante trigo ou sésamo pela importância do dinheiro, que recebeu do negociante e os juros conforme a taxa real.

52º - Se o cultivador não semeou no campo trigo ou sésamo, o seu contrato não fica invalidado.

53º - Se alguém é preguiçoso no ter em boa ordem o próprio dique e não o tem em consequência se produz uma fenda no mesmo dique e os campos da aldeia são inundados d'água, aquele, em cujo dique se produziu a fenda, deverá ressarcir o trigo que ele fez perder.

54º - Se ele não pode ressarcir o trigo, deverá ser vendido por dinheiro juntamente com os seus bens e os agricultores de quem o trigo foi destruído, dividirão entre si.

55º - Se alguém abre o seu reservatório d'água para irrigar, mas é negligente e a água inunda o campo de seu vizinho, ele deverá restituir o trigo conforme o produzido pelo vizinho.

56º - Se alguém deixa passar a água e a água inunda as culturas do vizinho, ele deverá pagar-lhe por cada dez gan dez gur de trigo.

57º - Se um pastor não pede licença ao proprietário do campo para fazer pastar a erva às ovelhas e sem o consentimento dele faz pastarem as ovelhas no campo, o proprietário deverá ceifar os seus campos e o pastor que sem licença do proprietário fez pastarem as

ovelhas no campo, deverá pagar por junto ao proprietário vinte gur de trigo por cada dez gan.

58º - Se depois que as ovelhas tiverem deixado o campo da aldeia e ocupado o recinto geral à porta da cidade, um pastor deixa ainda as ovelhas no campo e as faz pastarem no campo, este pastor deverá conservar o campo em que faz pastar e por ocasião da colheita deverá responder ao proprietário do campo, por cada dez gan sessenta gur.

59º - Se alguém, sem ciência do proprietário do horto, corta lenha no horto alheio, deverá pagar uma meia mina.

60º - Se alguém entrega a um hortelão um campo para plantá-lo em horto e este o planta e o cultiva por quatro anos, no quinto, proprietário e hortelão deverão dividir entre si e o proprietário do horto tomará a sua parte.

61º - Se o hortelão não leva a termo a plantação do campo e deixa uma parte inculta, dever-se-á consignar esta no seu quinhão.

62º - Se ele não reduz a horto o campo que lhe foi confiado, se é campo de espigas, o hortelão deverá pagar ao proprietário o produto do campo pelos anos em que ele fica inculto na medida da herdade do vizinho, plantar o campo cultivável e restituí-lo ao proprietário.

63º - Se ele transforma uma terra inculta num campo cultivado e o restitui ao proprietário, ele deverá pagar em cada ano dez gur de trigo por cada dez gan.

64º - Se alguém dá o horto a lavrar a um hortelão pelo tempo que tem em aluguel o horto, deverá dar ao proprietário duas partes do produto do horto e conservar para si a terça parte.

65º - Se o hortelão não lavra o horto e o produto diminui, o hortelão deverá calcular o produto pela parte do fundo vizinho.

* * *

LACUNAS DE CINCO COLUNAS: CALCULAM-SE EM 35 PARÁGRAFOS

Pertencem à lacuna os seguintes parágrafos deduzidos da biblioteca de Assurbanipal:

1 - Se alguém toma dinheiro a um negociante e lhe dá um horto de tâmaras e lhe diz: - "as tâmaras que estão no meu horto tomei-as por dinheiro": e o negociante não aceita, então o proprietário deverá tomar as tâmaras que estão no horto, entregar ao negociante o dinheiro e juros, segundo o teor de sua obrigação; as tâmaras excedentes que estão no jardim deverá tomá-las o proprietário.

2 - Se um inquilino paga ao dono da casa a inteira soma do seu aluguel por um ano e o proprietário, antes de decorrido o termo do aluguel, ordena ao inquilino de mudar-se de sua casa antes de passado o prazo, deverá restituir uma quota proporcional à soma que o inquilino lhe deu.

3 - Se alguém deve trigo ou dinheiro e não tem trigo ou dinheiro com que pagar, mas, possui outros bens, deverá levar diante dos anciãos o que está à sua disposição e dá-lo ao negociante. Este deve aceitar sem excepção.

V - RELAÇÕES ENTRE COMERCIANTES E COMISSIONÁRIOS

100º - Com os juros do dinheiro na medida da soma recebida, deverá entregar uma obrigação por escrito e pagar o negociante no dia do vencimento.

101º - Se no lugar onde foi não fechou negócio o comissionário, deverá deixar intacto o dinheiro que recebeu e restituí-lo ao negociante.

102º - Se um negociante emprestou dinheiro a um comissionário para suas empresas e ele, no lugar para onde se conduz, sofre um dano, deverá indenizar o capital ao negociante.

103º - Se, durante a viagem, o inimigo lhe leva alguma coisa do que ele conduz consigo, o comissionário deverá jurar em nome de Deus e ir livre.

104º - Se um negociante confia a um comissionário, para venda, trigo, lã, azeite, ou outras mercadorias, o comissionário deverá fazer uma escritura da importância e reembolsar o negociante. Ele deverá então receber a quitação do dinheiro que dá ao mercador.

105º - Se o comissionário é negligente e não retira a quitação da soma que ele deu ao negociante, não poderá receber a soma que não é quitada.

106º - Se o comissionário toma dinheiro ao negociante e tem questão com o seu negociante, este deverá perante Deus e os anciãos convencer o comissionário do dinheiro levado e este deverá dar três vezes o dinheiro que recebeu.

107º - Se o negociante engana o comissionário pois que este restituiu tudo que o negociante lhe dera, mas, o negociante contesta o que o comissionário lhe restituiu, o comissionário diante de Deus e dos anciãos deverá convencer o negociante e este, por ter negado ao comissionário o que recebeu, deverá dar seis vezes tanto.

VI - REGULAMENTO DAS TABERNAS (TABERNEIROS PREPOSTOS, POLÍCIA, PENAS E TARIFAS)

108º - Se uma taberneira não aceita trigo por preço das bebidas a peso, mas toma dinheiro e o preço da bebida é menor do que o do trigo, deverá ser convencida disto e lançada n'água.

109º - Se na casa de uma taberneira se reúnem conjurados e esses conjurados não são detidos e levados à Corte, a taberneira deverá ser morta.

110º - Se uma irmã de Deus, que não habita com as crianças (mulher consagrada que não se pode casar) abre uma taberna ou entra em uma taberna para beber, esta mulher deverá ser queimada.

111º - Se uma taberneira fornece sessenta já de bebida usakami deverá receber ao tempo da colheita cinquenta ka de trigo.

VII - OBRIGAÇÕES (CONTRATOS DE TRANSPORTE, MÚTUO)

PROCESSO EXECUTIVO E SERVIDÃO POR DÍVIDAS

112º - Se alguém está em viagem e confia a um outro prata, ouro, pedras preciosas ou outros bens móveis e os faz transportar por ele e este não conduz ao lugar do destino tudo que deve transportar, mas se apropria deles, dever-se-á convencer esse homem que ele não entregou o que devia transportar e ele deverá dar ao proprietário da expedição cinco vezes o que recebeu.

113º - Se alguém tem para com um outro um crédito de grãos ou dinheiro e, sem ciência do proprietário, tira grãos do armazém ou do celeiro, ele deverá ser convencido em juízo de ter tirado sem ciência do proprietário grãos do armazém ou do celeiro e deverá restituir os grãos que tiver tirado e tudo que ele de qualquer modo deu, é perdido para ele.

114º - Se alguém não tem que exigir grãos e dinheiro de um outro e fez a execução, deverá pagar-lhe um terço de mina por cada execução.

115º - Se alguém tem para com outro um crédito de grãos ou dinheiro e faz a execução, e o detido na casa de detenção morre de morte natural, não há lugar a pena.

116º - Se o detido na casa de detenção morre de pancadas ou maus tratamentos, o protector do prisioneiro deverá convencer o seu negociante perante o tribunal; se ele era um nascido livre, se deverá matar o filho do negociante, se era um escravo, deverá pagar o negociante um terço de mina e perder tudo que deu.

117º - Se alguém tem um débito vencido e vende por dinheiro a mulher, o filho e a filha, ou lhe concedem descontar com trabalho o débito, aqueles deverão trabalhar três anos na casa do comprador ou do senhor, no quarto ano este deverá libertá-los.

118º - Se ele concede um escravo ou escrava para trabalhar pelo débito e o negociante os concede por sua vez, os vende por dinheiro, não há lugar para opposição.

119º - Se alguém tem um débito vencido, e vende por dinheiro a sua escrava que lhe tem dado filhos, o senhor da escrava deverá restituir o dinheiro que o negociante pagou e resgatar a sua escrava.

VIII - CONTRATOS DE DEPÓSITO

120º - Se alguém deposita o seu trigo na casa de outro e no monte de trigo se produz um dano ou o proprietário da casa abre o celeiro e subtrai o trigo ou nega, enfim, que na sua casa tenha sido depositado o trigo, o dono do trigo deverá perante Deus reclamar o seu trigo e o proprietário da casa deverá restituir o trigo que tomou, sem diminuição, ao seu dono.

121º - Se alguém deposita o trigo na casa de outro, deverá dar-lhe, como aluguel do armazém, cinco ka de trigo por cada gur de trigo ao ano.

122º - Se alguém dá em depósito a outro prata, ouro ou outros objectos, deverá mostrar a uma testemunha tudo o que dá, fechar o seu contrato e em seguida consignar em depósito.

123º - Se alguém dá em depósito sem testemunhas ou contrato e no lugar em que se fez a consignação se nega, não há acção.

124º - Se alguém entrega a outro em depósito prata, ouro ou outros objectos perante testemunhas e aquele o nega, ele deverá ser convencido em juízo e restituir sem diminuição tudo o que negou.

125º - Se alguém dá em depósito os seus bens e aí por infracção ou roubo os seus bens se perdem com os do proprietário da casa, o dono desta, que suporta o peso da negligência, deverá indemnizar tudo que lhe foi consignado em depósito e que ele deixou perder. Mas, o dono da casa poderá procurar os seus bens perdidos e retomá-los do ladrão.

126º - Se alguém, que não perdeu seus bens, diz tê-los perdido e sustenta falsamente seu dano, se ele intenta acção pelos seus bens, ainda que não tenham sido perdidos e pelo dano sofrido perante Deus, deverá ser indemnizado de tudo que pretende pelo seu dano.

IX - INJÚRIA E DIFAMAÇÃO

127º - Se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar se deverá arrastar esse homem perante o juiz e tosquiar-lhe a fronte.

X - MATRIMÔNIO E FAMÍLIA, DELITOS CONTRA A ORDEM DA FAMÍLIA, CONTRIBUIÇÕES E DOAÇÕES NUPCIAIS

SUCCESSÃO

128º - Se alguém toma uma mulher, mas não conclui um contrato com ela, esta mulher não é esposa.

129º - Se a esposa de alguém é encontrada em contacto sexual com um outro, se deverá amarrá-los e lança-los n'gua, salvo se o marido perdoar à sua mulher e o rei a seu escravo.

130º - Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contacto com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre.

131º - Se a mulher de um homem livre é acusada pelo próprio marido, mas não surpreendida em contacto com outro, ela deverá jurar em nome de Deus e voltar à sua casa.

132º - Se contra a mulher de um homem livre é proferida difamação por causa de um outro homem, mas não é ela encontrada em contacto com outro, ela deverá saltar no rio por seu marido.

133º - Se alguém é feito prisioneiro e na sua casa há com que sustentar-se, mas a mulher abandona sua casa e vai a outra casa; porque esta mulher não guardou sua casa e foi a outra, deverá ser judicialmente convencida e lançada n'gua.

134º - Se alguém é feito prisioneiro de guerra e na sua casa não há com que sustenta-se e sua mulher vai a outra casa, essa mulher deverá ser absolvida.

135º - Se alguém é feito prisioneiro de guerra e na sua casa não há de que sustenta-se e sua mulher vai a outra casa e tem filhos, se mais tarde o marido volta e entra na pátria, esta mulher deverá voltar ao marido, mas os filhos deverão seguir o pai deles.

136º - Se alguém abandona a pátria e foge e depois a mulher vai a outra casa, se aquele regressa e quer retomar a mulher, porque ele se separou da pátria e fugiu, a mulher do fugitivo não deverá voltar ao marido.

137º - Se alguém se propõe a repudiar uma concubina que lhe deu filhos ou uma mulher que lhe deu filhos, ele deverá restituir àquela mulher o seu donativo e dar-lhe uma quota em usufruto no campo, horto e seus bens, para que ela crie os filhos. Se ela criou os seus filhos, lhe deverá ser dado, sobre todos os bens que seus filhos recebam, uma quota igual a de um dos filhos. Ela pode esposar o homem do seu coração.

138º - Se alguém repudia a mulher que não lhe deu filhos, deverá dar-lhe a importância do presente nupcial e restituir-lhe o donativo que ela trouxe consigo da casa de seu pai e assim mandá-la embora.

139º - Se não houve presente nupcial, ele deverá dar-lhe uma mina, como donativo de repúdio.

140º - Se ele é um liberto, deverá dar-lhe um terço de mina.

141º - Se a mulher de alguém, que habita na casa do marido, se propõe a abandoná-la e se conduz com leviandade, dissipa sua casa, descarta do marido e é convencida em juízo, se o marido pronuncia o seu repúdio, ele a mandará embora, nem deverá dar-lhe nada como donativo de repúdio. Se o marido não quer repudiá-la e toma outra mulher, aquela deverá ficar como serva na casa de seu marido.

142º - Se uma mulher discute com o marido e declara: "tu não tens comércio comigo", deverão ser produzidas as provas do seu prejuízo, se ela é inocente e não há defeito de sua parte e o marido se ausenta e a descarta muito, essa mulher não está em culpa, ela deverá tomar o seu donativo e voltar à casa de seu pai.

143º - Se ela não é inocente, se ausenta, dissipa sua casa, descarta seu marido, dever-se-á lançar essa mulher n'água.

144º - Se alguém toma uma mulher e esta dá ao marido uma serva e tem filhos, mas o marido pensa em tomar uma concubina, não se lhe deverá conceder e ele não deverá tomar uma concubina.

145º - Se alguém toma uma mulher e essa não lhe dá filhos e ele pensa em tomar uma concubina, se ele toma uma concubina e a leva para sua casa, esta concubina não deverá ser igual à esposa.

146º - Se alguém toma uma esposa e essa esposa dá ao marido uma serva por mulher e essa lhe dá filhos, mas, depois, essa serva rivaliza com a sua senhora, porque ela produziu filhos, não deverá sua senhora vendê-la por dinheiro, ela deverá reduzi-la à escravidão e enumerá-la entre as servas.

147º - Se ela não produziu filhos, sua senhora poderá vendê-la por dinheiro.

148º - Se alguém toma uma mulher e esta é colhida pela moléstia, se ele então pensa em tomar uma segunda, não deverá repudiar a mulher que foi presa da moléstia, mas deverá conservá-la na casa que ele construiu e sustentá-la enquanto viver.

149º - Se esta mulher não quer continuar a habitar na casa de seu marido, ele deverá entregar-lhe o donativo que ela trouxe da casa paterna e deixá-la ir se embora.

150º - Se alguém dá à mulher campo, horto, casa e bens e lhe deixa um ato escrito, depois da morte do marido, seus filhos não deverão levantar contestação: a mãe pode legar o que lhe foi deixado a um de seus filhos que ela prefira, nem deverá dar coisa alguma aos irmãos.

151º - Se uma mulher que vive na casa de um homem, empenhou seu marido a não permitir a execução de um credor contra ela, e se fez lavrar um ato; se aquele homem antes de tomar mulher tinha um débito, o credor não se pode dirigir contra a mulher. Mas, se a mulher, antes de entrar na casa do marido, tinha um débito, o credor não pode fazer actos executivos contra o marido.

152º - Se depois que a mulher entra na casa do marido, ambos têm um débito, deverão ambos pagar ao negociante.

153º - Se a mulher de um homem livre tem feito matar seu marido por coisa de um outro, se deverá cravá-la em uma estaca.

154º - Se alguém conhece a própria filha, deverá ser expulso da terra.

155º - Se alguém promete uma menina a seu filho e seu filho tem comércio com ela, mas aquele depois tem contacto com ela e é colhido, deverá ser amarrado e lançado na água.

156º - Se alguém promete uma menina a seu filho e seu filho não a conhece, se depois ele tem contacto com ela, deverá pagar-lhe uma meia mina e indemnizar-lhe tudo que ela trouxe da casa paterna. Ela poderá desposar o homem de seu coração.

157º - Se alguém, na ausência de seu pai, tem contacto com sua progenitora, dever-se-á queimá-la ambos.

158º - Se alguém, na ausência de seu pai, é surpreendido com a sua mulher principal, a qual produziu filhos, deverá ser expulso da casa de seu pai.

159º - Se alguém, que mandou levar bens móveis à casa de seu sogro e deu o presente nupcial, volve o olhar para outra mulher e diz ao sogro: "eu não quero mais tomar tua filha", o pai da rapariga poderá reter tudo quanto ele mandou levar.

160º - Se alguém mandou levar bens móveis à casa de seu sogro e pagou o donativo nupcial, se depois o pai da rapariga diz: "eu não quero mais dar-te minha filha", ele deverá restituir sem diminuição tudo que lhe foi entregue.

161º - Se alguém mandou levar bens móveis à casa de seu sogro e pagou o donativo nupcial, se depois o seu amigo o calunia e o sogro diz ao jovem esposo: "tu não desposarás minha filha". ele deverá restituir sem diminuição tudo que lhe foi entregue e o amigo não deverá desposar a sua noiva.

162º - Se alguém toma uma mulher e ela lhe dá filhos, se depois essa mulher morre, seu pai não deverá intentar acção sobre seu donativo; este pertence aos filhos.

163º - Se alguém toma uma mulher e essa não lhe dá filhos, se depois essa mulher morre, e o sogro lhe restitui o presente nupcial que ele pagou à casa do sogro, o marido não deverá levantar acção sobre o donativo daquela mulher, este pertence à casa paterna.

164º - Se o sogro não lhe restitui o presente nupcial, ele deverá deduzir do donativo a importância do presente nupcial e restituir em seguida o donativo à casa paterna dela.

165º - Se alguém doa ao filho predilecto campo, horto e casa e lavra sobre isso um ato, se mais tarde o pai morre e os irmãos dividem, eles deverão entregar-lhe a doação do pai e ele poderá tomá-la; fora disso se deverão dividir entre si os bens paternos.

166º - Se alguém procura mulher para os filhos que tem, mas não procura mulher ao filho impúbere e depois o pai morre, se os irmãos dividem, deverão destinar ao seu irmão impúbere, que ainda não teve mulher, além da sua quota o dinheiro para a doação nupcial e procurar-lhe uma mulher.

167º - Se alguém toma uma mulher e esta lhe dá filhos, se esta mulher morre e ele depois dela toma uma segunda mulher e esta dá filhos, se depois o pai morre, os filhos não deverão dividir segundo as mães; eles deverão tomar o donativo de suas mães mas dividir os bens paternos ente si.

168º - Se alguém quer renegar seu filho e declara ao juiz: "eu quero renegar meu filho", o juiz deverá examinar as suas razões e se o filho não tem uma culpa grave pela qual se justifique que lhe seja renegado o estado de filho, o pai não deverá renegá-lo.

169º - Se ele cometeu uma falta grave, pela qual se justifique que lhe seja renegada a qualidade de filho, ele deverá na primeira vez ser perdoado, e, se comete falta grave segunda vez, o pai poderá renegar-lhe o estado de filho.

170º - Se a alguém sua mulher ou sua serva deu filhos e o pai, enquanto vive diz aos filhos que a serva lhe deu: "filhos meus", e os conta entre os filhos de sua esposa; se depois o pai morre, os filhos da serva e da esposa deverão dividir conjuntamente a propriedade paterna. O filho da esposa tem a faculdade de fazer os quinhões e de escolher.

171º - Se, porém, o pai não disse em vida aos filhos que a serva lhe deu: "filhos meus", e o pai morre, então os filhos da serva não deverão dividir com os da esposa, mas se deverá conceder a liberdade à serva e aos filhos, os filhos da esposa não deverão fazer valer nenhuma acção de escravidão contra os da serva; a esposa poderá tomar o seu donativo e a doação que o marido lhe fez e lavrou por escrito em um ato e ficar na habitação de seu marido; enquanto ela vive, deverá gozá-la, mas deverá vendê-la por dinheiro. A sua herança pertence aos seus filhos.

172º - Se o marido não lhe fez uma doação, se deverá entregar-lhe o seu donativo e, da propriedade de seu marido, ela deverá receber uma quota como um filho. Se seus filhos a oprimem para expulsá-la da casa, o juiz deverá examinar a sua posição e se os filhos estão em culpa, a mulher não deverá deixar a casa de seu marido.

172º - Se a mulher quer deixá-la, ela deverá abandonar aos seus filhos a doação que o marido lhe fez, mas tomar o donativo de sua casa paterna. Ela pode desposar em seguida o homem de seu coração.

173º - Se esta mulher lá para onde se transporta, tem filhos do segundo marido e em seguida morre, o seu donativo deverá ser dividido entre os filhos anteriores e sucessivos.

174º - Se ela não pare de segundo marido, deverão receber o seu donativo os filhos do seu primeiro esposo.

175º - Se um escravo da Corte ou o escravo de um liberto desposa a mulher de um homem livre e gera filhos, o senhor do escravo não pode propor acção de escravidão contra os filhos da mulher livre.

176º - Mas, se um escravo da Corte ou o escravo de um liberto desposa a filha de um homem livre e depois de tê-la desposado, esta, com um donativo da casa paterna, se transporta para a casa dele, se ele tem posto sua casa, adquirido bens e em seguida aquele escravo morre, a mulher nascida livre poderá tomar o seu donativo e tudo que o marido e ela, desde a data do casamento, adquiriram deverá ser dividido em duas partes:

uma metade deverá tomá-la o senhor do escravo, a outra metade a mulher livre para os seus filhos. Se a mulher livre não tinha um donativo, deverá dividir tudo que o marido e ela desde a data do casamento adquiriram em duas partes: metade deverá tomá-la e senhor do escravo, a outra a mulher livre para os seus filhos.

177º - Se uma viúva, cujos filhos são ainda crianças, quer entrar em uma outra casa, ela deverá entrar sem ciência do juiz. Se ela entra em uma outra casa, o juiz deverá verificar a herança da casa do seu precedente marido. Depois se deverá confiar a casa do seu precedente marido ao segundo marido e à mulher mesma, em administração, e fazer lavrar um ato sobre isto. Eles deverão ter a casa em ordem e criar os filhos e não vender os utensílios domésticos. O comprador que compra os utensílios domésticos dos filhos da viúva perde seu dinheiro e os bens voltam de novo ao seu proprietário.

178º - Se uma mulher consagrada ou uma meretriz, às quais seu pai fez um donativo e lavrou um ato sobre isso, mas no ato não juntou que elas poderiam legar o patrimônio a quem quisessem e não lhe deixou livre disposição, se depois o pai morre, os seus irmãos deverão receber o seu campo e horto e na medida da sua quota dar-lhe o trigo, azeite e leite e de modo a contentá-las. Se seus irmãos não lhes dão trigo, azeite e leite na medida de sua quota e a seu contento, dever-se-á confiar o campo e horto a um feitor que lhes agrade e esse feitor deverá mantê-las. O campo, o horto e tudo que deriva de seu pai deverá ser conservado por elas em usufruto enquanto viverem, mas não deverão vender e ceder a nenhum outro. As suas quotas de filhas pertencem a seus irmãos.

179º - Se uma mulher consagrada ou uma meretriz, às quais seu pai fez um donativo e lavrou um ato e acrescentou que elas poderiam alienar a quem lhes aprouvesse o seu patrimônio e lhes deixou livre disposição; se depois o pai morre, então elas podem legar sua sucessão a quem lhe aprouver. Os seus irmãos não podem levantar nenhuma acção.

180º - Se um pai não faz um donativo a sua filha núbil ou meretriz e depois morre, ela deverá tomar dos bens paternos uma quota como filha e gozar dela enquanto viver. A sua herança pertence a seus irmãos.

181º - Se um pai consagra a Deus uma serva do templo ou uma virgem e não lhes faz donativo, morto o pai, aquelas receberão da herança paterna um terço de sua quota de filha e fruirão enquanto viverem. A herança pertence aos irmãos.

182º - Se um pai não faz um donativo e não lavra um ato para sua filha, mulher consagrada a Marduk de Babilónia, se depois o pai morre, ela deverá ter designada por seus irmãos sobre a herança de sua casa paterna um terço da sua quota de filha, mas não poderá ter a administração. A mulher de Marduk pode legar sua sucessão a quem quiser.

183º - Se alguém faz um donativo à sua filha nascida de uma concubina e a casa, e lavra um ato, se depois o pai morre, ela não deverá receber parte nenhuma da herança paterna.

184º - Se alguém não faz um donativo a sua filha nascida de uma concubina, e não lhe dá marido, se depois o pai morre, os seus irmãos deverão, segundo a importância do patrimônio paterno, fazer um presente e dar-lhe marido.

XI - ADOÇÃO, OFENSAS AOS PAIS, SUBSTITUIÇÃO DE CRIANÇA

185º - Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adoptado não poderá mais ser reclamado.

186º - Se alguém adopta como filho um menino e depois que o adoptou ele se revolta contra seu pai adoptivo e sua mãe, este adoptado deverá voltar à sua casa paterna.

187º - O filho de um dissoluto a serviço da Corte ou de uma meretriz não pode ser reclamado.

188º - Se o membro de uma corporação operária, (operário) toma para criar um menino e lhe ensina o seu ofício, este não pode mais ser reclamado.

189º - Se ele não lhe ensinou o seu ofício, o adoptado pode voltar à sua casa paterna.

190º - Se alguém não considera entre seus filhos aquele que tomou e criou como filho, o adoptado pode voltar à sua casa paterna.

191º - Se alguém que tomou e criou um menino como seu filho, põe sua casa e tem filhos e quer renegar o adoptado, o filho adoptivo não deverá ir-se embora. O pai adoptivo lhe deverá dar do próximo património um terço da sua quota de filho e então ele deverá afasta-se. Do campo, do horto e da casa não deverá dar-lhe nada.

192º - Se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz diz a seu pai adoptivo ou a sua mãe adoptiva: "tu não és meu pai ou minha mãe", dever-se-á cortar-lhe a língua.

193º - Se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz aspira voltar à casa paterna, se afasta do pai adoptivo e da mãe adoptiva e volta à sua casa paterna, se lhe deverão arrancar os olhos.

194º - Se alguém dá seu filho a ama de leite e o filho morre nas mãos dela, mas a ama sem ciência do pai e da mãe aleita um outro menino, se lhe deverá convencê-la de que ela sem ciência do pai e da mãe aleitou um outro menino e cortar-lhe o seio.

195º - Se um filho espanca seu pai se lhe deverão decepar as mãos.

XII - DELITOS E PENAS (LESÕES CORPORAIS, TALIÃO, INDENIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO)

196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

198º - Se ele arranca o olho de um liberto, deverá pagar uma mina.

199º - Se ele arranca um olho de um escravo alheio, ou quebra um osso ao escravo alheio, deverá pagar a metade de seu preço.

200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes.

201º - Se ele partiu os dentes de um liberto deverá pagar um terço de mina.

202º - Se alguém espanca um outro mais elevado que ele, deverá ser espancado em público sessenta vezes, com o chicote de couro de boi.

203º - Se um nascido livre espanca um nascido livre de igual condição, deverá pagar uma mina.

204º - Se um liberto espanca um liberto, deverá pagar dez siclos.

205º - Se o escravo de um homem livre espanca um homem livre, se lhe deverá cortar a orelha.

206º - Se alguém bate um outro em rixa e lhe faz uma ferida, ele deverá jurar : "eu não o bati de propósito", e pagar o médico.

207º - Se ele morre por suas pancadas, aquele deverá igualmente jurar e, se era um nascido livre, deverá pagar uma meia mina.

208º - Se era um liberto, deverá pagar um terço de mina.

209º - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto.

210º - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.

211º - Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco siclos.

212º - Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina.

213º - Se ele espanca a serva de alguém e esta aborta, ele deverá pagar dois siclos.

214º - Se esta serva morre, ele deverá pagar um terço de mina.

XIII - MÉDICOS E VETERINÁRIOS; ARQUITETOS E BATELEIROS

(SALÁRIOS, HONORÁRIOS E RESPONSABILIDADE)

CHOQUE DE EMBARCAÇÕES

215º - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos.

216º - Se é um liberto, ele receberá cinco siclos.

217º - Se é o escravo de alguém, o seu proprietário deverá dar ao médico dois siclos.

218º - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.

219º - Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.

220º - Se ele abriu a sua incisão com a lanceta de bronze o olho fica perdido, deverá pagar metade de seu preço.

221º - Se um médico restabelece o osso quebrado de alguém ou as partes moles doentes, o doente deverá dar ao médico cinco siclos.

- 222º - Se é um liberto, deverá dar três siclos.
- 223º - Se é um escravo, o dono deverá dar ao médico dois siclos.
- 224º - Se o médico dos bois e dos burros trata um boi ou um burro de uma grave ferida e o animal se restabelece, o proprietário deverá dar ao médico, em pagamento, um sexto de siclo.
- 225º - Se ele trata um boi ou burro de uma grave ferida e o mata, deverá dar um quarto de seu preço ao proprietário.
- 226º - Se o tosquiador, sem ciência do senhor de um escravo, lhe imprime a marca de escravo inalienável, dever-se-á cortar as mãos desse tosquiador.
- 227º - Se alguém engana um tosquiador e o faz imprimir a marca de um escravo inalienável, se deverá matá-lo e sepultá-lo em sua casa. O tosquiador deverá jurar : "eu não o assinalei de propósito", e irá livre.
- 228º - Se um arquitecto constrói uma casa para alguém e a leva a execução, deverá receber em paga dois siclos, por cada sar de superfície edificada.
- 229º - Se um arquitecto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquitecto deverá ser morto.
- 230º - Se fere de morte o filho do proprietário, deverá ser morto o filho do arquitecto.
- 231º - Se mata um escravo do proprietário ele deverá dar ao proprietário da casa escravo por escravo.
- 232º - Se destrói bens, deverá indemnizar tudo que destruiu e porque não executou solidamente a casa por ele construída, assim que essa é abatida, ele deverá refazer à sua custa a casa abatida.
- 233º - Se um arquitecto constrói para alguém uma casa e não a leva ao fim, se as paredes são viciosas, o arquitecto deverá à sua custa consolidar as paredes.
- 234º - Se um bateleiro constrói para alguém um barco de sessenta gur, se lhe deverá dar em paga dois siclos.
- 235º - Se um bateleiro constrói para alguém um barco e não o faz solidamente, se no mesmo ano o barco é expedido e sofre avaria, o bateleiro deverá desfazer o barco e refazê-lo solidamente à sua custa; o barco sólido ele deverá dá-lo ao proprietário.
- 236º - Se alguém freta o seu barco a um bateleiro e este é negligente, mete a pique ou faz que se perca o barco, o bateleiro deverá ao proprietário barco por barco.
- 237º - Se alguém freta um bateleiro e o barco e o prevê de trigo, lã, azeite, tâmaras e qualquer outra coisa que forma a sua carga, se o bateleiro é negligente, mete a pique o barco e faz que se perca o carregamento, deverá indemnizar o barco que fez ir a pique e tudo de que ele causou a perda.
- 238º - Se um bateleiro mete a pique o barco de alguém mas o salva, deverá pagar a metade do seu preço.
- 239º - Se alguém freta um bateleiro, deverá dar-lhe seis gur de trigo por ano.

240º - Se um barco a remos investe contra um barco de vela e o põe a pique, o patrão do barco que foi posto a pique deverá pedir justiça diante de Deus, o patrão do barco a remos, que meteu a fundo o barco a vela, deverá indemnizar o seu barco e tudo quanto se perdeu.

XIV - SEQUESTRO, LOCAÇÕES DE ANIMAIS, LAVRADORES DE CAMPO, PASTORES, OPERÁRIOS. DANOS, FURTOS DE ARNEZES, DÁGUA, DE ESCRAVOS (AÇÃO REDIBITÓRIA, RESPONSABILIDADE POR EVICÇÃO, DISCIPLINA)

241º - Se alguém sequestra e faz trabalhar um boi, deverá pagar um terço de mina.

242º - Se alguém aluga por um ano um boi para lavrar, deverá dar como paga, quatro gur de trigo.

243º - Como paga do boi de carga três gur de trigo ao proprietário.

244º - Se alguém aluga um boi e um burro e no campo um leão os mata, isto prejudica o seu proprietário.

245º - Se alguém aluga um boi e o faz morrer por maus tratamentos ou pancadas, deverá indemnizar ao proprietário boi por boi.

246º - Se alguém aluga um boi e lhe quebra uma perna, lhe corta a pele cervical, deverá indemnizar ao proprietário boi por boi.

247º - Se alguém aluga um boi e lhe arranca um olho, deverá dar ao proprietário uma metade do seu preço.

248º - Se alguém aluga um boi e lhe parte um chifre, lhe corta a cauda, e lhe danifica o focinho, deverá pagar um quarto de seu preço.

249º - Se alguém aluga um boi e Deus o fere e ele morre, o locatário deverá jurar em nome de Deus e ir livre.

250º - Se um boi, indo pela estrada, investe contra alguém e o mata, não há motivo para indemnização.

251º - Se o boi de alguém dá chifradas e se tem denunciado seu vício de dar chifradas, e, não obstante, não se tem cortado os chifres e prendido o boi, e o boi investe contra um homem e o mata, seu dono deverá pagar uma meia mina.

252º - Se ele mata um escravo de alguém, dever-se-á pagar um terço de mina.

253º - Se alguém aluga um outro para cuidar do seu campo, lhe fornece a semente, lhe confia os bois, o obriga a cultivar o campo, se esse rouba e tira para si trigo ou plantas, se lhe deverão cortar aos mãos.

254º - Se ele tira para si a semente, não emprega os bois, deverá indemnizar a soma do trigo e cultivar.

255º - Se ele deu em locação os bois do homem ou rouba os grãos da semente, não cultiva absolutamente o campo, deverá ser convencido e pagar por cento de gan, sessenta gur de trigo.

256º - Se a sua comunidade não paga por ele, dever-se-á deixá-lo naquele campo, ao pé dos animais.

257º - Se alguém aluga um lavrador de campo lhe deverá dar anualmente oito gur de trigo.

258º - Se alguém aluga um guarda de bois, seis gur de trigo por ano.

259º - Se alguém rouba do campo uma roda d'água, deverá dar ao proprietário cinco siclos.

260º - Se alguém rouba um balde para tirar água ou um arado deverá dar três siclos.

261º - Se alguém aluga um pastor para apascentar bois e ovelhas, lhe deverá dar oito gur de trigo por ano.

262º - Se alguém aluga um boi ou uma ovelha para ...

263º - Se ele é causa da perda de um boi ou de uma ovelha, que lhe foram dados, deverá indemnizar o proprietário boi por boi, ovelha por ovelha.

264º - Se um pastor a quem são confiados bois e ovelhas para apascentar, o qual recebeu sua paga, segundo o pacto e fica satisfeito, reduz os bois e as ovelhas, diminui o acréscimo natural, deverá restituir as acessões e o produto segundo o teor de sua convenção.

265º - Se um pastor a quem foram confiados bois e ovelhas para apascentar, tece fraude, falseia o acréscimo natural do rebanho e o vende por dinheiro, deverá ser convencido e indemnizar o proprietário dez vezes bois e ovelhas.

266º - Se no rebanho se verifica um golpe de Deus ou um leão os mata, o pastor deverá purgar-se diante de Deus e o acidente do rebanho deverá ser suportado pelo proprietário.

267º - Se o pastor foi negligente e se verifica um dano no rebanho, o pastor deverá indemnizar o dano, que ele ocasionou no rebanho em bois ou ovelhas e dar ao proprietário.

268º - Se alguém aluga um boi para debulhar, a paga é vinte ka de trigo.

269º - Se alguém aluga um burro para debulhar, a paga é vinte ka de trigo.

270º - Se alguém aluga um animal jovem para debulhar, a paga é dez ka de trigo.

271º - Se alguém aluga bois, carros, e guardas, deverá dar cento e oitenta ka de trigo por dia.

272º - Se alguém aluga um carro apenas, deverá dar quarenta ka de trigo por dia.

273º - Se alguém aluga um lavrador mercenário, lhe deverá dar do novo ano ao quinto mês seis se por dia; do sexto mês até o fim do ano lhe deverá dar cinco se por dia.

274º - Se alguém aluga um operário, lhe deverá dar cada dia:

cinco se, de paga, pelo ...

cinco se, pelo tijoleiro.

cinco se, pelo alfaiate.

cinco se, pelo canteiro.

cinco se, pelo ...
cinco se, pelo ...
cinco se, pelo ...
quatro se, pelo carpinteiro.
quatro se, pelo cordoeiro.
quatro se, pelo ...
quatro se, pelo pedreiro.

275º - Se alguém aluga um barco a vela deverá dar seis se por dia como paga.

276º - Se ele aluga um barco a remos, dois se e meio por dia.

277º - Se alguém aluga um barco de sessenta gur, deverá dar um sexto de siclo, por dia em paga.

278º - Se alguém compra um escravo ou uma escrava e, antes que decorra um mês, eles são feridos do mal benu, ele deverá restituí-los ao vendedor e o comprador receberá em seguida o dinheiro que pagou.

279º - Se alguém compra um escravo ou uma escrava e outro propõe acção sobre eles, o vendedor é responsável pela acção.

280º - Se alguém em país estrangeiro compra um escravo ou uma escrava, se volta à terra e o proprietário reconhece o seu escravo ou a sua escrava, se o escravo ou escrava, são naturais do país, ele deverá restituí-los sem indemnização.

281º - Se são nascidos em outro país, o comprador deverá declarar perante Deus o preço que ele pagou e o proprietário deverá dar ao negociante o dinheiro pago e receber o escravo ou a escrava.

282º - Se um escravo diz ao seu senhor : "tu não és meu senhor", será convencido disso e o senhor lhe cortará a orelha.

EPÍLOGO

"As justas leis que Hamurabi, o sábio rei, estabeleceu e (com as quais) deu base estável ao governo ... Eu sou o governador guardião ... Em meu seio trago o povo das terras de Sumer e Acad; ... em minha sabedoria eu os refreio, para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão ... Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça. Deixai-o ler a inscrição do meu monumento. Deixai-o atentar nas minhas ponderadas palavras. E possa o meu monumento iluminá-lo quanto à causa que traz, e possa ele compreender o seu caso. Possa ele folgar o coração (exclamando) "Hamurabi é na verdade como um pai para o seu povo; ... estabeleceu a prosperidade para sempre e deu um governo puro à terra. Quando Anu e Enlil (os deuses de Uruk e Nippur) deram-me a governar as terras de Sumer e Acad, e confiaram a mim este cetro, eu abri o canal. Hammurabi-nukhush-nish (Hamurabi-a-abundância-do-povo) que traz água copiosa para as terras de Sumer e Acad. Suas margens de ambos os lados eu as transformei em campos de cultura; amontoei montes de grãos, provi todas as terras de água que não falha ... O povo disperso se reuniu; dei-lhe pastagens em abundância e o estabaleci em pacíficas moradias".

