

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II

EXAME FINAL

23-06-2015

Turma da Noite, ano lectivo 2014/2015

Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa

I

Responda, em não mais de cinco linhas, às seguintes questões, justificando:

1. Qual a figura jurídica do Direito Civil português que é, ao mesmo tempo, uma sanção compulsória e um meio de tutela privada? - 1 valor.

RESPOSTA - Direito de retenção, previsto nos artigos 754.º e ss. do CC. É uma figura de tutela privada porque o credor que tem na sua posse a coisa do devedor e que está obrigado a entregar-lha pode não lha entregar enquanto ele - dono da coisa - não cumprir a recíproca obrigação; e é uma figura de tutela privada porque a retenção, por parte do credor, substitui o recurso aos tribunais para compelir outrem à satisfação do seu crédito, podendo ele proceder a essa compulsão por mão própria.

2. Distinga revogação total de revogação global? - 1 valor.

RESPOSTA - Trata-se de dois conceitos relativos pertencentes a critérios de classificação diferentes. Assim, se considerarmos um único ato normativo, a revogação total é aquela que revoga todo o ato normativo - toda uma lei, todo um decreto-lei, todo um decreto legislativo de uma região, etc. -; ao passo que, se considerarmos todo um ramo do direito, ou todo um instituto jurídico - casamento, adoção, Contencioso Administrativo, Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior, etc. -, independentemente de o ramo ou instituto se encontrar previsto num ato normativo, em vários, em partes de vários ou até numa norma só, a revogação global é aquela que revoga todo o ramo ou instituto, podendo tanto ser total - se implicar a revogação de um diploma inteiro -, como parcial, se o ramo do direito ou instituto não ocuparem qualquer ato normativo do princípio ao fim.

3. Existem, no ordenamento jurídico, normas jurídicas que prevejam casos de retroatividade extrema? - 2 valores.

RESPOSTA - Sim. Sendo a retroatividade extrema a que afeta, inclusivamente, os casos julgados, atente-se, em quanto dispõem, por directa concretização do n.º 4 do artigo 29.º da Constituição, os n.º 2 e 4 do artigo 2.º do Código Penal, nos termos dos quais, respectivamente:

(i) "O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infrações; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais.", destruindo-se assim o resto da pena que tinha sido determinada por sentença transitada em julgado; e

(ii) Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente; se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior. [está aqui, nesta segunda parte do n.º 4, a retroatividade extrema, a afetar os casos julgados]").

4. Em que termos é que a tutela privada pode ser exercida contra o Estado? – 1 valor.
RESPOSTA: Direito de resistência, artigo 21.º da Constituição; especificação dos respetivos pressupostos e requisitos, - ilegalidade da conduta do Estado/proporcionalidade -; alusão à matéria fiscal.

II

Comente, em não mais de vinte linhas, uma e só uma das seguintes frases:

1. A Constituição portuguesa não se ocupa do problema da aplicação da lei no tempo. - 4 valores.

RESPOSTA - É falso.

- a) Em primeiro lugar, o conceito pré-constitucional de Estado de Direito, acolhido como princípio fundamental da Constituição no seu artigo 2.º, compreende o princípio da segurança jurídica e da certeza do direito - desenvolver os dois conceitos -;
- b) Depois, há várias proibições expressas de retroatividade (artigos 18.º/3, 29.º/1/4, 103/3, etc.), sendo necessário explicá-las;
- c) Verificam-se ainda consagrações de retroatividade na Constituição, quer as do artigo 29.º/4, quer a do artigo 290.º, sendo necessário qualificá-las quanto ao grau - nomeadamente o extremo, da retroatividade da parte final do artigo 29.º/4, concretizado pelo Código Penal;
- d) Alusão ao regime de aplicação no tempo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

2. Quem exerça tutela privada, segundo o ordenamento jurídico português, tem sempre de atender, não só à necessidade do meio de tutela que emprega, mas também à necessidade de não causar prejuízos superiores aos danos que com o exercício da tutela privada pretende neutralizar. - 4 valores.

RESPOSTA - Há que desenvolver, nesta questão, a relação de proporcionalidade em sentido estrito - entre danos tutelares e prejuízos por eles causados - prevista, no fundamental, para a ação directa e para o estado de necessidade, fundamentalmente incidentes sobre coisas; na legítima defesa, há que ter por líquida a necessidade do meio e, em termos de articulação entre os danos da agressão a neutralizar e os prejuízos causados pela defesa, explorar as diferentes soluções do Direito Civil e do Direito Penal em Portugal.

III

Leia a seguinte hipótese e responda às perguntas finais:

Imagine que tinha sido publicada no passado dia 1 de junho uma lei nos termos de cujo artigo único "A custódia dos filhos de pais divorciados é imperativamente o regime da guarda conjunta com residência semanalmente alternada, salvo se, por sentença transitada em julgado e proferida em acção a instaurar para o efeito por um dos cônjuges, se prove que o cônjuge réu nesse processo não tem capacidade ou idoneidade para exercer essa guarda em termos de satisfação do superior interesse da criança.

Pergunta-se:

1. Esta lei é retroativa? - 1 valor.

RESPOSTA: Poderá aceitar-se como correta, desde que bem fundamentada, a resposta de quem preconize:

(i) Tanto, nomeadamente através da interpretação literal do preceito, tratar-se de um caso de retroactividade, pois a formulação do preceito no presente, a sugerir uma aplicação imediata aos divórcios, parece pretender transmutar os divórcios já em curso em divórcios de guarda conjunta;

(ii) Como que se trata de um caso de retroconexão, lendo aquela norma à luz da presunção do artigo 12.º/2 e atendendo a que essa presunção funciona quando, a valer a solução do inciso anterior, a norma legal permitir-se-ia rever casos julgados em matéria de divórcio, colidindo assim essa interpretação com a solução do artigo 12.º, n.º 2, 1.ª parte do CC; sendo que;

(iii) Podem os alunos ainda não saber que se trata de matéria eventualmente regulada em sentenças judiciais.

2. A resposta à pergunta anterior seria a mesma se, no artigo único da lei, se especificasse que o regime através dela aprovado se aplicava aos divórcios decretados a partir da sua entrada em vigor, embora com efeitos dissolutórios de casamentos celebrados antes dessa mesma entrada em vigor? - 1 valor.

RESPOSTA - Neste caso, retroconexão - explicar o que é a figura -, indiscutivelmente.

3. Qual o grau de retroatividade da norma citada na hipótese? - 2 valores.

RESPOSTA: Exploração alternativa das duas vias em 1, portanto:

(i) Ou explicando corretamente, à luz do da primeira parte do n.º 2 do artigo 12.º, que o caso era de retroconexão pois, a prevalecer a outra solução comportada pelo sentido literal, ir-se-ia ter a um caso de retroatividade extrema, que o ordenamento jurídico não sufraga para estes casos;

(ii) Ou explorando o grau de retroatividade que ali identificassem, extrema - caso conseguissem identificar a violação dos casos julgados - ou ordinária - se, com os conhecimentos do 1.º ano, considerassem que se estava a modificar apenas, à luz do n.º 2 do artigo 12.º, os efeitos dos divórcios, abstraindo dos factos que lhes deram origem;

4. Seria lícito a Joaquim, pai divorciado, dirigir-se, no dia seguinte ao da publicação da lei, a casa de Leonor, sua ex-mulher, onde permanecia o filho menor de ambos que, por sentença do Tribunal de Família e Menores de Cascais de 2013, só poderia estar com ele aos dias 30 de cada mês; e, porque Leonor não o tivesse deixado levar de sua casa o referido filho menor por bem, ter trepado à janela do quarto do rés-do-

chão onde a criança dormia, tê-la tirado da cama e tê-la levado nos seus braços, saindo pela janela sem a mãe dar conta? - 1,5 valor.

RESPOSTA - Discutir se se tratava de ação direta, em todos os seus pressupostos, mas concluir que - mesmo considerada a lei de aplicação imediata aos divórcios já a correr - ainda se estava no período de *vacatio legis* supletivo da Lei-Formulário, pelo que ainda não assistia qualquer direito a Joaquim.

5. Seria lícito a Leonor, porque tivesse sentido, na sequência de quanto se descreveu na pergunta anterior, alguém trepar à janela do filho, sem todavia ter visto quem era, ter ido ao jardim de sua casa soltar o seu agressivíssimo cão de guarda, o qual acabaria por morder uma mão de Joaquim? - 1,5 valor.

RESPOSTA - Discutir os pressupostos da legítima defesa vigentes nas bases legais jurídico-civis e jurídico-penais, nomeadamente em termos de ilicitude da agressão - fazer a ponte com a questão anterior - e necessidade do meio empregue; ponderar situações de excesso ou de erro, explicitando os respetivos pressupostos legais.

6. Seria lícito a Joaquim, por seu turno, matar o cão com um tiro disparado de uma pistola que trazia consigo? - 1,5 valor.

RESPOSTA - Explorar a alternativa entre a exclusão da ilicitude desta ação ou por legítima defesa - se se tiver considerado a agressão da pergunta anterior ilícita -, ou em estado de necessidade - perigo potencial de mais agressões provocadas pelo cão -, ou até por via de ação direta - restauração de um direito, *in casu* à integridade física.

7. Finalmente, seria lícito a Leonor, na sequência do tiro que matara o cão, alvejar mortalmente Joaquim com um tiro de caçadeira, em que entretanto tivesse pegado depois de ter solto o cão, tiro esse disparado à figura de Joaquim, já perto dele mas sem que lhe tivesse reconhecido a cara por estar escuro e por se encontrar manifestamente perturbada com tudo aquilo? - 1,5 valor.

RESPOSTA - Analisar pressupostos de eventual legítima defesa - eminência de uma agressão à própria Leonor, que se podia antecipar ou não pelo disparo de um tiro de pistola, mas sempre desqualificando esta figura se se julgar ter assistido a Leonor apenas um *animus* de responder à morte do cão -, ponderação dos regimes de excesso por perturbação ou erro desculpável - justificando sempre. - ,

Redacção e sistematização - 1 valor.