**1. O Direito como fenómeno humano e social**

O Direito é um fenómeno humano e não um fenómeno da natureza. O Direito surge com os seres humanos e destina-se principalmente a regular a sua vida de relação.

O Direito é um fenómeno social e não um fenómeno do homem isolado.

Não há Direito sem sociedade, por isso se diz *ubi ius, ibi societas*.

Mas também não há sociedade sem Direito. *Ubi societas, ibi ius.*

**2. Grupo e sociedade**

A sociedade pressupõe a existência de um grupo de pessoas.

Asociedade é um grupo social, i.e., formado por pessoas que estabelecem entre si relações sociais.

Nos grupos sociais mais vastos, que já não correspondem a meios de convivência direta, salienta-se, como fator agregador do grupo, a finalidade comum.

Nem todos os grupos sociais são sociedades. A sociedade é um *grupo estável e organizado*.

**Classificações de sociedade:**

* Sociedade perfeita, global ou de fins gerais e sociedade imperfeita, particular ou de fins específicos;
* Sociedade civil e sociedade política;
* Comunidades e associações;
* Sociedades maiores, sociedades estaduais, sociedades menores e sociedades paralelas ou paraestaduais.

**Os três elementos do conceito de sociedade perfeita ou global são:**

 - Um grupo de pessoas que prossiga determinados fins comuns;

- A estabilização, a institucionalização das relações que transforma um grupo numa sociedade, institucionalização que se traduz na existência de uma organização e de uma ordem social;

 - Um alto nível de autossuficiência relativamente ao ambiente que a rodeia.

**3. Ordem social**

Há uma ordem quando os elementos de um conjunto são dispostos, colocados uns em relação aos outros, segundo um critério racionalmente apreensível.

A ordem social respeita à ordenação de relações humanas.

Nas sociedades humanas há necessariamente uma certa ordem - embora também haja, em maior ou menor grau, conflito e instabilidade.

A ordem social assenta na *institucionalização* a dois níveis:

- Institucionalização de valores ou comunhão de fins – tem de haver um certo consenso sobre um núcleo básico de valores;

- A estabilização, a institucionalização das relações que transforma um grupo numa sociedade, que exige normas de conduta, definição de papéis ou posições sociais e a formação de organizações sociais.

Na aceção de Direito que nos interessa agora, O Direito também é uma ordem, que faz parte da ordem social. Mas a ordem a social tem outros componentes fácticos e normativos além do Direito.

**4. Componentes fáctico e normativo da ordem social**

A norma tem que ver com *normalidade* e com *normatividade*.

A norma ou regra pode ser normalidade mas é mais do que isso, é também normatividade. Ela não se limita a descrever os comportamentos das pessoas, é um critério de apreciação destes comportamentos e tem a pretensão de os orientar.

A norma exprime um dever ser, designadamente pretende vincular os seus destinatários a uma determinada conduta.

Por exemplo, deve-se respeitar a vida e a integridade física; deve-se respeitar a propriedade alheia.

A *ordem normativa da sociedade* não existe só no plano do dever ser. Também se projeta no plano do ser. A ordem normativa é realidade social porque é um conteúdo da consciência comum a uma pluralidade de pessoas que atua como motivação da sua conduta coordenada. A ordem normativa cria padrões sociais de comportamento.

Por outras palavras, a ordem normativa da sociedade tem de assentar num mínimo de efetividade das regras e princípios de conduta que a integram, considerados no seu conjunto. Só assim a ordem social pode realizar a sua missão institucionalizadora da sociedade.

**5. Ordem social, natureza e cultura**

Na *aceção mais lata* cultura designa o conjunto das realizações humanas e contrapõe-se à natureza.

Perante esta aceção ampla de cultura, a ordem social e, no seu seio, o Direito, é parte da cultura.

As *leis naturais* são diferentes das normas.

As leis naturais exprimem relações de causa e efeito.

Estas leis podem ser formuladas como “regras” ou “normas técnicas” em que a causa passa a ser o meio e efeito passa a ser o fim.

A proposição normativa, a regra, é válida ou inválida, mas dificilmente se pode dizer que é verdadeira ou falsa. E pode ser violada, não é uma fatalidade.

Em suma, a ordem normativa da sociedade, e, nela incluído, o Direito, é um *fenómeno geral da cultura humana*, porque**:**

**1)** É criada ou revelada pela atividade humana;

**2)** É divulgada e transmitida culturalmente;

**3)** É caracterizada pela liberdade humana;

**4)** É inspirada por valores.

Numa *aceção média*, a cultura pode ser entendida como um sistema que se contrapõe a outros sistemas da vida humana, designadamente ao sistema social e ao sistema jurídico.

Numa *aceção mais restrita*, a cultura pode ser entendida como conjunto das atividades e realizações artísticas e científicas.

**6. Ordem social e comunicação**

A *comunicação* constitui uma condição essencial para o estabelecimento da ordem social.

A consciência de cada ser humano é moldada pelas suas experiências e vivências. Se cada ser humano tivesse os seus próprios juízos de valor, inspirados pelas suas diferentes vivências, não haveria valores socialmente aceites, reconhecidos pela generalidade dos membros da sociedade.

A objetivação do juízo de valor pressupõe que as nossas vivências sejam comuns ou partilhadas. Dificilmente se pode conceber que todas pessoas, e mesmo que todos os membros de uma sociedade, vivam pessoalmente as mesmas experiências. A objetivação é possível através da comunicação que existe entre os seres humanos, intersubjectiva.

A comunicação exige transferência e interpenetração. É necessário que A regra social não é só um critério de valoração, é também um critério de conduta. Para que a norma possa orientar as condutas das pessoas a quem se dirige (destinatários) é preciso que seja deles conhecida. O que também exige comunicação.

A mensagem contida numa norma pode ser comunicada através de diferentes tipos de sinais, por exemplo, sinais de trânsito. Mas em geral as normas são comunicadas através da linguagem.

Por exemplo, as normas legais são, em regra, comunicadas através da sua publicação no Diário da República.

Dentro da ordem normativa da sociedade o Direito surge, nas modernas sociedades estaduais, como uma ordem cujas principais regras estão fixadas por escrito.

**7. As instituições sociais**

Na *aceção mais ampla*, é possível designar por instituição social tudo o que é socialmente institucionalizado: valores, normas, papéis e organizações sociais. Todos os elementos *estáveis* e *estruturados*, i.e., articulados internamente, serão instituições.

A palavra “instituição” é utilizada, designadamente pelos juristas, noutras aceções:

- Órgão ou coletividade – por exemplo, instituições públicas, instituições de assistência; instituições universitárias

- Complexo normativo - é neste sentido que se fala de Instituições de Direito Civil como o Matrimónio, a propriedade, a sucessão hereditária.

- Sinónimo de ordem social ou de ordem jurídica.

A palavra “instituição” pode ser utilizada numa outra aceção que interessa à ordem normativa: a de *estrutura social normativamente relevante*, i.e., elemento da realidade social que se reveste de uma certa estabilidade e articulação interna e que *exprime uma certa normatividade*.

De entre estas estruturas são de salientar as *organizações sociais*, i.e., grupos orientados a finalidades comuns e ordenados para a sua realização.

Principais áreas sociais em que a institucionalização mais fortemente se evidencia:

* Vida familiar: família;
* Área da educação: escolas;
* Área económica: empresas; explorações agrícolas em forma não empresarial; associações profissionais;
* Área jurídica: órgãos de realização do Direito: tribunais, certos agentes administrativos;
* Etc.

**8. Ordem social, conflito e evolução**

A ordem normativa e, no seu seio, o Direito, não desempenham exclusivamente uma missão estabilizadora ou integradora.

O Direito também desempenha uma função de resolução de conflitos sociais e pode desempenhar uma função de transformação social.

O sistema social evolui:

* Através da generalização de valores que anteriormente não reuniam consenso e da desvalorização de outros valores;
* Da formação de novas normas e a cessação de vigência de outras normas;
* Do aperfeiçoamento de papéis sociais através de uma adaptação às novas exigências da cooperação humana;
* Da diferenciação de organizações sociais, que passa designadamente pelo surgimento de novas organizações, cada vez mais especializadas.

O Direito pode acompanhar a evolução da sociedade, respondendo às novas exigências da vida sem qualquer intuito de transformação social.

O Direito também pode ser um instrumento de transformação social, destinado a criar uma sociedade que corresponda melhor às representações de justiça dos seus membros.

O Direito não desempenha só uma função estabilizadora ou integradora reside na inevitabilidade dos *conflitos sociais*.

O Direito também serve a resolução destes conflitos por uma forma pacífica e racionalizada.

O Direito regula as relações entre a sociedade e aqueles dos seus membros que violam a ordem jurídica ou que discordam sobre os seus direitos e obrigações, estabelecendo tribunais e processos jurisdicionais em que o conflito social é resolvido pela aplicação de critérios jurídicos.

O Direito também regula relações entre os vários grupos sociais, regulando a constituição e funcionamento dos órgãos de poder e definindo os mecanismos por que os membros da sociedade, incluindo os grupos sociais e políticos exercem a sua influência sobre a produção legislativa.

Deste modo o Direito institucionaliza até certo ponto a composição de interesses antagónicos, constituindo uma alternativa às soluções de força, à violência, à guerra.

**9. Complexidade e pluralidade das ordens normativas**

A ordem normativa é um fenómeno universal, mas não se manifesta de forma uniforme em todo o Mundo. A ordem normativa de uma sociedade estadual coexiste com outras ordens normativas.

A par da pluralidade de ordens normativas da sociedade há a assinalar a sua complexidade, i.e., a existência, no seio cada ordem normativa da sociedade, de diversos sistemas ou complexos normativos.

A ordem normativa da sociedade é complexa a dois níveis.Por um lado, no seio da ordem normativa encontramos diferentes setores normativos: além do Direito encontramos, designadamente, complexos normativos religiosos e morais.

Por outro lado, encontramos no seio do Direito e, em especial, da ordem jurídica estadual, fenómenos de complexidade.

Surgem assim ordens jurídicas complexas de base territorial, em que vigora um sistema jurídico diferente, pelo menos em parte, em cada circunscrição territorial – por exemplo, em Espanha, nos EUA, no Reino Unido.

**11. Imperatividade e vinculatividade**

A norma não se limita a descrever um comportamento. A norma valora e pretende orientar o comportamento.

Toda a norma, jurídica, moral ou outra tem a pretensão de vincular a conduta dos seus destinatários: “não se deve matar”, etc.

Muito frequentemente a estatuição da norma é um dever de conduta ou comando.

Mas tem de se reconhecer que nem toda a norma é um imperativo ou injunção. Vejamos alguns exemplos:

**->** O **art.º 66.º/1 CC** estabelece que a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida. **->** O **art.º 130.º CC** estabelece que a maioridade se atinge aos 18 anos.

Em rigor também não são injuntivas as normas que definem pressupostos e requisitos de validade de negócios jurídicos. Por exemplo, o art. 875.º CC quando determina que o contrato de compra e venda de imóveis tem de ser celebrado por escritura pública ou documento particular autenticado.

A invalidade ou ineficácia do negócio em caso de não ser observada a forma prescrita não é uma sanção, não há uma conduta ilícita.

Enfim, também não são injuntivas as regras que não constituem critérios de conduta, por exemplo as regras legais retroativas, que se aplicam a condutas que ocorreram antes da sua entrada em vigor.

Toda a norma encerra um *critério de valoração*, e desencadeia uma *consequência jurídica*. Esta consequência jurídica tanto pode ser uma obrigação de conduta como qualquer outra consequência que deva valer como Direito. Em qualquer caso, a consequência jurídica vincula juridicamente os destinatários da norma.

Enquanto critério de conduta a norma é vinculante para todas as pessoas. Enquanto critério de decisão é vinculante para os tribunais e outros órgãos de aplicação do Direito.

A ordem jurídica caracteriza-se, portanto, pela *vinculatividade*.

**12. Direito objetivo e direito subjetivo**

A palavra Direito é ambígua.

O direito subjetivo é uma posição de vantagem que resulta da afetação de um bem aos fins de uma pessoa.

O Direito é entendido em sentido objetivo quando se reporta a um critério geral de decisão e conduta, i.e., um critério que é aplicável a uma pluralidade de pessoas que não são determináveis no momento da sua formação. Este critério geral tanto poderá ser uma regra como um princípio.

**13. A ordem jurídica**

Há fundamentalmente dois modos de encarar a ordem jurídica.

Para as orientações normativistas a ordem jurídica resume-se a um **sistema de regras jurídicas.** Uma variante mais moderada concede que, além das regras jurídicas, o sistema jurídico também é formado por **princípios jurídicos.**

**OLIVEIRA ASCENSÃO** defende que a ordem jurídica é uma realidade muito mais englobante que as regras por que se traduz.

**Elementos da ordem jurídica:**

- O elemento normativo (regras, princípios e nexos intrassistemáticos);

- Os valores da ordem jurídica;

- Os meios de tutela jurídica;

- As estruturas sociais juridicamente relevantes, designadamente as organizações sociais;

- As situações jurídicas.

**14. Direito e ordem jurídica**

A palavra “Direito” também é utilizada frequentemente no sentido de ordem jurídica. Designadamente o elemento normativo, que diz respeito ao Direito objetivo, e as situações jurídicas individuais, que dizem respeito aos direitos subjetivos.

Além disso, a palavra “direito” é ainda empregue no sentido de justiça.

O Direito será considerado essencialmente como sistema normativo (regras, princípios e nexos intrassistemáticos).

**15. A regra jurídica**

Estruturalmente a regra jurídica é uma proposição que enlaça pelo menos dois elementos: a previsão e a estatuição.

A previsão é constituída pelo conjunto dos elementos que têm de estar presentes para que a norma se aplique (pressupostos).

A estatuição consiste numa consequência jurídica.

**16. As fontes do Direito**

São fontes do Direito os modos de criação das regras e princípios jurídicos.

Neste sentido são fontes, designadamente, a lei e o costume.

**17. Direito e poder**

A *relação de poder* é uma das formas de relacionamento social.

O poder é – em sentido sociológico – uma faculdade de determinar ou influenciar a conduta doutrem.

Quanto ao *conteúdo da relação de poder* poderemos distinguir o **poder de injunção** do **poder de influência.**

**Poder de injunção** é a faculdade de determinar condutas alheias, principalmente com base na sanção ou na ameaça de sanção. O poder político é uma das suas modalidades.

**Poder de influência** é a faculdade de condicionar condutas, sem as impor, recorrendo à persuasão. Por exemplo, com base na promessa de uma recompensa.

**18. Direito e poder político**

O *poder político* é um poder de injunção dotado de coercibilidade material.

Coercibilidade material é a suscetibilidade do uso da força física ou da pressão material.

O poder político tem a possibilidade de garantir o cumprimento das suas determinações através da aplicação coerciva de sanções.

Estas sanções vão desde uma privação crescente de recursos naturais (por exemplo, a multa) até ao uso da força física (por exemplo, a privação da liberdade).

O *poder político* é um poder de injunção dotado de coercibilidade material.

Coercibilidade material é a suscetibilidade do uso da força física ou da pressão material.

Mas isto não quer dizer que o poder político se funde na coercibilidade, este tem de ser admitido pela sociedade e de ter uma base consensual.

Nem todo o poder político é estadual. O poder político existe pelo menos em 3 planos:

* **No plano estadual:** o governo português é um dos órgãos do poder político do Estado;
* **No plano supraestadual:** diz-se que a Assembleia- Geral das Nações Unidas é órgão de um poder político supraestadual, mas a ONU tem poder de coercibilidade material?
* **No plano infraestadual:** quando dentro de um Estado haja descentralização política ou administrativa; por exemplo, os governos regionais dos Açores e da Madeira são órgãos de poder político infraestadual; também os órgãos das autarquias locais.

O *Estado moderno* é um modelo de sociedade caracterizado pelo monopólio dos órgãos públicos na legítima utilização da força física e pela centralização das decisões políticas mais importantes. Tem de haver uma ligação, uma interação entre Direito e Estado.

A coercibilidade do Direito, pelo menos estadual, depende do poder político.

Mas as relações entre o Direito e o poder político não se limitam à coercibilidade, são mais complexas.

No *Estado de Direito*, diferentemente do absolutismo, a própria relação de poder é regulada pelo Direito. Há um primado do Direito sobre o Estado e, mais em geral, sobre o poder político (art.º 3.º/2 e 108.º CRP).

Os direitos dos cidadãos são garantidos por este primado e pela divisão do poder político (designadamente entre o poder executivo, o poder legislativo e o poder judicial). Por outro lado, o poder político é criador de regras de conduta social dotadas de coercibilidade, que, em princípio, são Direito. Portanto, o poder político é criador de Direito**. Portanto, o poder político é objeto do Direito.**

**19. Direito e função legislativa do Estado**

Entenderemos aqui por Estado a sociedade, fixa num determinado território, que por autoridade própria instituiu um poder político relativamente autónomo.

Para o **positivismo voluntarista**, salvo o Direito Internacional, todo o Direito é um produto do Estado e é efetivado pelo Estado; só as normas emanadas dos órgãos do Estado são Direito; o costume, nomeadamente, não é Direito.

Para outras correntes, o poder político tem um papel pouco relevante na formação do Direito. Assim, para a **escola sociológica** o Direito é a ordem que efetivamente vigora na sociedade; para certas **correntes jusnaturalistas** o Direito é a essência de uma ordem natural da sociedade.

O Estado exerce a função política, a função administrativa e a função jurisdicional. A função política subdivide-se em função legislativa e função governativa

Nas ordens jurídicas dos Estados modernos os órgãos do poder político estadual tendem a desempenhar o principal papel na produção de normas jurídicas. Pensamos principalmente nas assembleias legislativas e nas competências legislativas do governo. Estes conferem à norma legal um grau de certeza jurídica, precisão e facilidade de conhecimento dificilmente comparável ao das regras geradas por outras fontes do Direito.

Apesar de tudo, não se pode identificar o Direito com o produto da ação normativa dos órgãos do Estado.

Desde logo, num plano muito geral, a ordem jurídica de um Estado é apenas uma das ordens jurídicas estaduais que vigoram no mundo, e coexiste com ordens jurídicas supraestaduais, designadamente com a ordem jurídica internacional e, no nosso caso, com a ordem jurídica da União Europeia.

Ao nível da ordem jurídica de cada Estado, ainda que os órgãos do Estado assumam o principal papel na produção de regras jurídicas e na garantia da sua aplicação coerciva, tal não implica um monopólio da criação do Direito: nada obsta a que vigorem regras jurídicas que se formaram independentemente da atividade legislativa do Estado.

Certo é que nem todo o Direito vigente na ordem jurídica estadual é necessariamente emanado de órgãos do Estado.

**20. Direito supraestadual, paraestadual e infraestadual**

No mundo não existe só uma pluralidade de ordens jurídicas estaduais.

Também temos a ordem jurídica internacional que regula principalmente as relações entre os Estados na sua qualidade de entes soberanos, as relações entre organizações internacionais, etc.

O **Direito Internacional Público** é verdadeiro Direito, tem as suas fontes próprias, que não dependem da vontade deste ou daquele Estado. É **Direito supraestadual**. O mesmo se diga do Direito da União Europeia.

Há outras ordens ou complexos normativos que se desenvolvem em contacto com a esfera social de vários Estados - **Direito paraestadual**, por exemplo, associações internacionais que prosseguem fins científicos, culturais e humanitários.

A nível **infraestadual** há diversos fenómenos de produção jurídica autónoma, independente do Estado.

* Além do pluralismo jurídico associado a processos de descentralização política ou apenas administrativa (por exemplo as Regiões Autónomas e os Municípios), temos três casos de produção jurídica autónoma:
* Costume;
* Etc.

**21. Norma jurídica e sanção**

As normas que estabelecem uma obrigação de conduta são normas injuntivas, por exemplo, obriga-se o devedor a pagar a dívida;

À violação de uma norma injuntiva corresponde naturalmente uma sanção. **A sanção é uma consequência desfavorável normativamente prevista para o caso de violação de uma norma injuntiva.**

É por meio de um sistema organizado de sanções que o poder político exerce o poder de injunção.

**22. Sanções jurídicas**

A sanção jurídica distingue-se das outras sanções por ser um **efeito jurídico.**

Este efeito jurídico é determinado por uma proposição jurídica, que prevê a violação de uma regra injuntiva. Há uma proposição principal, que estabelece a obrigação de conduta, e uma proposição complementar que, para a hipótese do incumprimento desta obrigação de conduta, estatui uma sanção.

**Uma só violação pode desencadear várias sanções**. Por exemplo, um homicídio põe em ação uma sanção punitiva: a prisão; uma sanção compensatória: a indemnização por danos pessoais; e, eventualmente, uma sanção preventiva: a prisão preventiva.

**23. Sanções compulsórias**

Este tipo de sanção leva o infrator a tomar a conduta devida.

O **art.º 829.º-A CC** estabelece a sanção pecuniária compulsória. A requerimento do credor o tribunal pode condenar o devedor que não tenha cumprido uma obrigação ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração.

O **art.º 250.º CP** estabelece que aquele que estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação, é punido com pena de prisão ou com pena de multa.

**24. Sanções reconstitutivas**

Este tipo de sanção consiste em restituir a situação que teria acontecido caso não se tivesse realizado a violação.

Consiste esta sanção na imposição da reconstituição em espécie, ***in natura***, da situação a que se teria chegado com a observância da norma.

Se A ocupa um prédio de que B é possuidor, a reação normal a esta situação é pedir ao tribunal que expulse A e entregue o prédio a B.

**25. Sanções compensatórias**

Este tipo de sanção serve para se procurar atingir uma situação que seja valorativamente igual à que resultaria sem a violação da norma.

Procura-se atingir uma situação que embora diferente da que resultaria da observância da norma seja valorativamente equivalente. Por exemplo**, art.º 566.º CC,** que manda fixar nestas hipóteses uma indemnização em dinheiro.

**26. Sanções punitivas**

Este tipo de função tem como principal objetivo punir, castigar o infrator.

Esta pena corresponde às violações mais graves da ordem jurídica. No nosso Direito a pena consiste principalmente numa privação de recursos ou da liberdade. Em Direito Penal isto corresponde às penas de multa e de prisão.

**27. Sanções preventivas**

Este tipo de sanção tem como função evitar violações futuras. Por exemplo, uma pessoa que tenha cometido um crime que não lhe possa ser imputado por sofrer de anomalia psíquica, é mandada internar em estabelecimento adequado se houver fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie **(art.º 91.º/1 CP).**

**28. Coercibilidade e sanção**

A sanção é um efeito jurídico. Para a sanção ser aplicada basta que este efeito se produza, por exemplo, que se imponha a uma pessoa o dever de indemnizar ou que se condene alguém a uma pena de prisão.

Em rigor a coercibilidade liga-se à realização coativa da sanção, i.e., quando a sanção é efetivada mediante a utilização de força física.

Em suma, a coercibilidade da regra jurídica consiste na suscetibilidade de realização coativa de uma sanção em caso de violação.

**29. Ordens jurídicas sem coercibilidade**

Nem todas as ordens jurídicas são caracterizadas pela coercibilidade. As ordens jurídicas supraestaduais (designadamente a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica da União Europeia são desprovidas de coercibilidade).

Em princípio, os particulares não podem utilizar diretamente a coerção material e, por conseguinte, a coercibilidade das normas infraestaduais depende da colaboração dos órgãos públicos. Os fenómenos de coercibilidade do Direito infraestadual independente da ordem jurídica estadual são limitados à instituição familiar e a comunidades tradicionais que vivem à margem da organização do Estado.

**30. A coercibilidade nas ordens jurídicas estaduais**

Nem todas as regras jurídicas da ordem estadual são dotadas de coercibilidade, nem todas as normas são injuntivas, nem todas as normas têm sanção.

Em segundo lugar, entre as normas injuntivas, há normas que, na prática, não têm sanção jurídica, ou só a têm em casos extremos. É o que se verifica com muitas normas que regulam as relações que se estabelecem no seio da família.

**31. Meios de tutela jurídica**

O Estado moderno caracteriza-se não só pelo monopólio público dos meios de coerção mas também pelo *princípio da tutela pública*. Por força deste princípio o Estado toma a seu cargo a tutela dos direitos e interesses protegidos pela ordem jurídica (art. 20.º/1 CRP).

A tutela pública da ordem jurídica estadual incumbe a dois tipos de órgãos públicos:

**-** **Órgãos jurisdicionais** – os tribunais;

**-** **Órgãos administrativos** – a administração central – sob a direção ou superintendência do Governo e a administração autónoma (designadamente as autarquias locais e as regiões autónomas).

Os tribunais têm a seu cargo a *função jurisdicional* que consiste na aplicação do Direito por órgãos independentes e colocados numa posição de imparcialidade (cf. art.º 203.º CRP).

O exercício da função jurisdicional traduz-se, em regra, no *julgamento*: a decisão judicial ou sentença resolve um caso concreto, definindo as situações jurídicas em causa por forma vinculativa e, em princípio, definitiva (art.º 205.º/2 CRP).

Os tribunais são órgãos independentes, colocados numa posição de imparcialidade, e cujos titulares não podem, em regra, ser sancionados pela forma como exercem a sua atividade (art.º 203.º e 216.º/2 CRP).

Os tribunais são independentes porque não estão sujeitos a quaisquer ordens, instruções ou diretivas de qualquer superior hierárquico quanto ao exercício da atividade jurisdicional, salvo o acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores.

Os tribunais são imparciais porque só lhes compete declarar o Direito em cada caso, não lhes cabendo tutelar seja os fins da Administração seja os interesses de qualquer das partes. Os tribunais devem manter a sua equidistância relativamente às partes em litígio.

O princípio da tutela pública não significa que o Estado tenha o monopólio da atividade jurisdicional. Os tribunais arbitrais são hoje amplamente reconhecidos. A arbitragem é um modo de resolução jurisdicional de litígios em que a decisão é confiada a um particular.

Aos órgãos administrativos cabe realizar fins coletivos, mas estes órgãos também devem respeitar os direitos e interesses juridicamente protegidos dos cidadãos face à Administração (art.º 266.º CRP). A Administração quer fazer valer perante os particulares os interesses coletivos ou pretende impor a estes a observância das leis, regulamentos ou providências concretas.

Para o efeito, a Administração recorre até certo ponto à autotutela dos seus direitos, i.e., exerce-os pelos seus próprios meios e coercivamente sem ter de recorrer previamente aos tribunais.

**32. A coercibilidade como uma das notas formais e materiais da ordem jurídica estadual**

Penso que o Direito é uma realidade complexa e multifacetada que dificilmente se apreende com recurso a uma definição contendo elementos essenciais.

O Direito carece, para realizar as suas funções, de um sistema organizado de sanções suscetíveis de realização coativa. A tutela da ordem jurídica estadual é realizada principalmente por órgãos públicos e que, em regra, estes órgãos detêm um monopólio da coerção material.

Portanto, a coercibilidade é um dos aspetos característicos do Direito nas sociedades estaduais.

Mas a coercibilidade também contribui para *delimitar materialmente* a ordem jurídica. Frequentemente, a opção de legislar em certa matéria é influenciada pela necessidade garantir a observância de certa regra de conduta social através da suscetibilidade de aplicação coativa de sanções.

Em suma, surge-nos como um dos aspetos característicos da ordem jurídica estadual o ter ao seu dispor os meios de coerção material do poder político e a inclusão de importantes complexos normativos garantidos pela suscetibilidade de realização coativa de sanções.

Não é uma característica decisiva, isso seria deformar o Direito e reduzi-lo apenas à dimensão de uma ordem que exprime o poder de injunção do poder político.

**33. Manifestações atuais de autotutela privada**

O art.º 1.º CPC determina que a “ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei.”

Este preceito admite que a lei autorize formas de autotutela. Há casos excecionais em que os particulares podem atuar coercivamente a fim de defenderem os seus direitos ou os direitos de outrem.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  ***Pressupostos*** | ***Legítima defesa***\* Agressão ilícita e atual (já iniciada, não consumada). \* Tem de ser uma conduta voluntária.\* Impossibilidade de recorrer à tutela pública ou a um meio privado que evite a agressão. \* Não causar um dano manifestamente superior.\* Pode ser contra pessoa ou património.\*Intenção de defesa. | ***Estado de Necessidade***\* Perigo atual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.\* Comportamento destinado a remover o perigo. \* Remete para coisa alheia e/ou património. | ***Ação Direta***\* Serve para defender um direito próprio. \* Existência de uma posição jurídica ativa suscetível de realização coerciva.\* Superioridade dos interesses que o agente visa a realizar ou assegurar relativamente aos interessados sacrificados.\* Impossibilidade de recorrer em tempo útil à tutela pública.\* Pode dirigir-se contra coisas ou pessoas. |
|  |  |  |  |

**34. Coercibilidade, validade e efetividade**

A validade da ordem jurídica estadual não deve ser baseada na coercibilidade, mas na sua idoneidade (aptidão adquirida pela prática) para a institucionalização da sociedade, nos fins que lhe cabe prosseguir e no reconhecimento social que decorre da aptidão do seu conteúdo e dos seus procedimentos – perante a consciência dos sujeitos jurídicos – para a realização destes fins

Nem todas as regras são dotadas de coercibilidade, também porque é a coercibilidade que pressupõe a validade e não o contrário. Logo, uma norma que não seja válida não deve, em caso de violação, desencadear a aplicação de uma sanção nem a sua realização coativa.

Em suma, o critério da juridicidade, da validade normativa, não se reconduz ao critério da coercibilidade.

**E quanto às relações entre coercibilidade e efetividade?**

O conceito de efetividade abrange quer o facto de a regra ser aplicada (como critério de decisão) pelos órgãos de realização do Direito quer o facto de ser normalmente observada pela generalidade dos destinatários da regra (como critério de conduta).

Para que uma regra seja normalmente observada pode contribuir, em maior ou menor grau, o receio da realização coativa de uma sanção. Portanto, o poder, e a coercibilidade por que se exprime, é uma das bases reais da efetividade da norma.

Numa sociedade democrática não se concebe que o Direito seja imposto à sociedade pela força. A autoridade do Direito repousa sobre a convicção daqueles a que se dirige de que é necessário à vida em sociedade, de que prossegue fins da sociedade e dos seus membros e de que o seu conteúdo é apto para a realização destes fins.

**A base principal da observância do Direito é, portanto, o reconhecimento social do Direito.**

A vigência de uma regra não depende necessariamente da sua normal observância, porque a normatividade não se reconduz à normalidade. A ordem normativa da sociedade tem de assentar num mínimo de efetividade das regras e princípios de conduta que a integram, considerados no seu conjunto.

**Um complexo normativo que não seja predominantemente observado e cujas regras não sejam geralmente aplicadas pelas instituições jurisdicionais não ordena a sociedade, não integra a ordem social, é um mero modelo ideal.**

**35. O Direito como uma ordem dotada de “sentido”**

A ordem pressupõe critérios racionalmente apreensíveis, a ordem tem de se fundar na razão.

A ordem jurídica assenta em *juízos de valor*. Esta conduta é de preferir aquela

A generalização de juízos de valor leva ao conceito mais abstrato de “*valor*”, representação cultural do que é valioso, estimado, prezado. Os valores informam os critérios para resolver conflitos de interesses, para determinar quais são os interesses mais valiosos.

O Direito surge assim caracterizado por uma *nota material*, teleológica como uma *ordem dotada de um “sentido”*. O Direito como ordem normativa recebe ou pode receber o seu conteúdo valorativo da política, da moral e da religião.

**Valores do Direito:** a paz, a certeza e previsibilidade jurídicas, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, a adequação, o equilíbrio e o bem-estar económico, social, cultural e ambiental.

Contudo, é na lei constitucional que, em primeira linha, devemos procurar os valores da ordem jurídica.

Os valores da ordem jurídica são valores socialmente reconhecidos. Se o sistema jurídico no seu conjunto é visto como servindo estes valores é, em princípio, encarado como uma ordem de justiça.

**36. A justiça**

A ideia de *justiça* surge como ideia unificadora destes valores, como exprimindo a intencionalidade própria da ordem jurídica, o seu “sentido”.

Já os romanos definiam o Direito como a arte do bom e do justo

Quanto às relações entre Direito e justiça, deparamos com **três conceções fundamentais:**

* A da escola de Direito Natural (ou jusnaturalismo);
* A da escola histórica (ou historicismo);
* A do juspositivismo.

**37. Jusnaturalismo, historicismo e juspositivismo**

Escola de Direito Natural - o Direito é a essência de uma ordem natural da sociedade.

Há uma ligação essencial entre Direito e moral, o Direito é necessariamente moral. A ideia de “Direito” integra a realização de certos valores morais.

É Santo Agostinho quem afirma: **“uma lei injusta não é de modo algum lei”.**

Não defende a desobediência a todas as leis injustas. A lei injusta só pode ser desobedecida se daí não resultar um mal maior. Mas todas as leis têm de ser moralmente permitidas, válidas.

A escola de Direito natural remonta aos pensadores gregos (Platão, Aristóteles) e romanos (Cícero) e teve um dos seus momentos mais altos na filosofia cristã medieval de S. Tomás de Aquino.

Algumas normas são tradicionalmente observadas e parecem essenciais à vida em sociedade tal como a conhecemos. Mas é questionável o conhecimento de quaisquer normas universais, que tenham vigorado em todas as sociedades e em todos os tempos.

Da circunstância de um norma ser tradicionalmente observada não decorre, por si só, que esta norma tenha uma pretensão de vigência incondicional em todas as sociedades e em todos os tempos. Por exemplo, há trezentos anos atrás a escravatura apresentar-se-ia como um instituto aceite pelo homem, e hoje, é algo que se aplaude por ter sido abolida.

Em suma, este conceção traz consigo o risco de uma *confusão* entre o Direito que tradicionalmente vigora e o Direito que deve vigorar.

**Conclusão:** perante a incerteza sobre o conteúdo das leis naturais e as suas decorrências no caso concreto esta escola leva a colocar o problema do fundamento e da validade do Direito na dependência dos juízos subjetivos da consciência de cada indivíduo. Critica-se por isso esta conceção pela *arbitrariedade* dos resultados a que conduz.

No desenvolvimento dado pelo *racionalismo*, o **Direito natural** passa a ser um *produto da razão humana*, embora para alguns tenha o seu fundamento último em Deus.

Este Direito Natural reconhece certos “direitos naturais” dos indivíduos, que constituem limites à atividade do Estado, por exemplo, o direito à liberdade.

O jusracionalismo representa um avanço na história do pensamento porquanto exprime uma atitude reflexiva face à lei, ao costume e ao poder. Contra as formulações jusnaturalistas, o racionalismo opõe que só a razão humana pode reconhecer os fins e os valores da ordem social.

 **O pensamento é sempre situado num contexto histórico**.

Escola histórica - o Direito resulta historicamente, como produto orgânico e unitário, do espírito do povo, e das suas faculdades ou virtudes interiores e latentes (SAVIGNY). O espírito do povo será a sua consciência unitária.

Ao primado da razão opõe o historicismo o elemento carregado de emotividade do espírito do povo, que se exprime essencialmente pelo costume.

Enfim, a escola histórica ignora o fenómeno da influência cultural exercida por certos sistemas jurídicos sobre outros e a multiplicidade das suas influências recíprocas.

**37. Jusnaturalismo, historicismo e juspositivismo (cont. …)**

Juspositivismo - O *positivismo* em Direito desenvolve-se em vasta medida como uma reação ao jusnaturalismo

O seu ponto de partida é o de que se deve evitar a confusão gerada pela escola do Direito Natural traçando uma distinção precisa entre Direito e moral, bem como entre o que é Direito positivo e o que uma pessoa acha que devia ser o Direito.

É a conceção imperativista da norma jurídica, segundo a qual só é norma jurídica a regra imperativa que for efetivamente suscetível de aplicação coerciva

Para o *positivismo sociológico* a vigência da norma fundamenta-se na suscetibilidade de realização coativa.

O positivismo normativo defende, por um lado, que para existir um comando basta que a regra estatua uma sanção, não sendo necessária a possibilidade de efetivamente aplicar a sanção.

**Crítica dirigida ao positivismo:** é uma ilusão pensar que, em regra, a solução jurídica do caso se obtém através de uma aplicação mecânica de uma regra jurídica.

Se a ordem jurídica fosse apenas uma soma de normas restaria ao juiz decidir discricionariamente, livremente, segundo as suas convicções pessoais.

Mas a ordem jurídica oferece outros critérios que orientam a solução do caso (designadamente valores e princípios jurídicos gerais).

O positivismo dá uma visão deformada da ordem jurídica, que baseia na imposição forçada de deveres. O fundamento da obrigatoriedade da norma não pode estar na coação material.

O Direito é um comando formulado por um ente soberano. Isto conduz ao *positivismo voluntarista*, que vê no Direito um conjunto de comandos ditados pelo poder político.

Para o positivismo voluntarista o Direito teria o seu fundamento no poder político. A questão da validade do Direito dilui-se na da legitimidade do poder.

A validade do Direito é fundamentada na ideia de efetividade-coercibilidade, o que é criticado. Na realidade, o problema da validade do Direito nunca pode ser inteiramente resolvido por uma lógica normativa. A cadeia de legitimação lógico-normativa não pode ser interminável.

**38. Tendências atuais**

As correntes atuais são menos antagónicas (incompatíveis). **Alguns *pontos de convergência*:**

 **-** A ciência jurídica deve concentrar-se no sistema jurídico e não em leis individualizadas;

 **-** Pelo menos para determinados efeitos é proveitoso considerar o sistema jurídico como um sistema normativo;

 **-** De uma forma ou doutra é possível formular princípios de Direito positivo que auxiliam a interpretação das normas e a integração de lacunas.

**Correntes positivistas contemporâneas:** escola analítica centra as suas atenções na estrutura do sistema normativo e na lógica formal do raciocínio jurídico.

O Direito contém um sistema de *regras primárias* que impõem vinculações. Este sistema define padrões que permitem valorar condutas. Os membros de uma sociedade identificam-se com estes padrões de conduta.

Este sistema tem de ser complementado por *regras secundárias*. Estas regras secundárias são de **três tipos**:

* Regras que definem a averiguação conclusiva das regras primárias **(regras de reconhecimento).**
* Regras sobre a introdução, abolição e modificação das regras primárias **(regras de modificação).**
* Regras sobre a determinação conclusiva da violação das normas primárias **(regras de adjudicação).**

Estas regras secundárias criam poderes e competências que são conferidos tanto às autoridades públicas como a particulares (por exemplo, no domínio contratual). São também estas regras que dão ao conjunto de regras o caráter de um sistema.

O “*neojusnaturalismo*” vai conhecer grande impulso depois da 2.ª Guerra Mundial. Estas escolas contemporâneas de Direito natural são percorridas por dois principais vetores:

* Primeiro, a **importância dos *valores*** para o Direito e a necessidade, para o apreender, de uma lógica dos valores ou axiologia.
* Segundo, a **ligação entre Direito e moral** só é necessária ao nível do *sistema global*: uma ordem jurídica pode conter leis particulares que são injustas ou imorais, mas para ser uma ordem jurídica tem de satisfazer, no seu conjunto, certas exigências morais.

Para uns as leis injustas ainda são leis se estiverem integradas num sistema que no seu conjunto não seja imoral.

É criticado - O Direito natural, enquanto conjunto de princípios impostos pela ordem natural, integra necessariamente a ordem da sociedade. Se o Direito natural é verdadeiro Direito, nem todo o “Direito” vigente seria Direito positivo; não o seria se contrariar a ordem natural.

Para LARENZ não se pode separar inteiramente moral e Direito. Em ambos se trata do agir “correto”. Os princípios ético-jurídicos são critérios orientadores da normação jurídica que podem “justificar” decisões jurídicas.

**39. A supremacia do Direito**

A ordem jurídica é uma ordem de paz. O Direito traz consigo a paz e a paz é um pressuposto para a revelação do Direito. Por toda a parte onde o Direito se desenvolve, termina a luta violenta e adota-se uma solução pacífica em sua substituição.

A existência de uma ordem social regida pelo Direito é, em si, um valor. A consciência deste valor constitui uma motivação da observância dos deveres jurídicos. A supremacia do Direito projeta-se tradicionalmente em dois planos: a primazia do Direito sobre o poder e a igualdade perante a lei.

A supremacia do Direito significa, para o particular, a proteção perante intromissões arbitrárias dos poderes públicos na sua esfera privada mas também a defesa perante poderes sociais de facto.

Esta igualdade perante a lei tem decorrências quanto à formulação das normas, à coerência do sistema e à harmonia de decisões.

A norma deve ser suficientemente precisa e clara para que na sua aplicação situações iguais sejam tratadas de igual forma. O sistema não deve conter normas que exprimam valorações contraditórias entre si.

Os tribunais devem ter em conta a conveniência de uma jurisprudência uniforme: só assim as situações iguais serão tratadas de igual forma. Assim, o art. 8.º/3 CC determina que “Nas decisões a proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do Direito”.

Também o recurso à analogia, como primeiro processo de integração das lacunas da lei **–** estabelecido no art.º 10.º CC – é uma expressão desta igualdade perante a lei: situações, que não sendo reguladas por uma norma legal, sejam semelhantes às que são reguladas por uma norma legal, ficarão sujeitas a esta norma.

**40. Principais valores do Direito**

Tradicionalmente aponta-se como valores próprios do Direito a justiça e a segurança. Esta distinção entre justiça e segurança evoca duas perspetivas diferentes sobre a aptidão do Direito para a realização das suas funções.

Numa perspetivo material esta aptidão depende do conteúdo das soluções jurídicas, dizendo respeito à justiça.

Numa perspetiva formal, aprecia-se a aptidão do Direito para a realização da sua função institucionalizadora independentemente do conteúdo das suas soluções. Esta é a perspetiva da segurança jurídica.

Principais valores da ordem jurídica portuguesa: ***valores materiais*** que são aqueles que têm que ver com o conteúdo das soluções jurídicas. São a justiça, a liberdade, a lealdade e confiança, a solidariedade, o bem-estar económico, social, cultural e ambiental.

A *justiça* surge-nos aqui numa terceira aceção: a de um dos valores materiais do Direito.

**Igualdade -** Este princípio tem um sentido negativo e um sentido positivo.

**Sentido negativo do princípio da igualdade:** proibição do arbítrio legislativo ou de discriminação e privilégio suficiente para a diferença de tratamento.

**Sentido positivo do princípio da igualdade:** a igualdade obriga à diferenciação, ao tratamento desigual de situações desiguais ou dissemelhantes.

**A *justiça comutativa*** postula que não haja desigualdades inaceitáveis nas relações que os homens estabelecem entre si. A justiça comutativa é tradicionalmente invocada a propósito do Direito das Obrigações.

***Justiça distributiva****,* os bens económicos, sociais, culturais e ambientais devem ser distribuídos por forma a que a cada um seja dado o que merece. Atende-se ao mérito e às necessidades de cada um.

***Justiça contributiva*** diz respeito à contribuição que é devida à comunidade por cada um dos seus membros para a realização do bem comum.

Aqui vale um princípio de proporcionalidade: a contribuição deve ser proporcional ao que cada um pode prestar. Por exemplo, a justiça contributiva determina que aqueles que tenham rendimentos mais elevados devam pagar mais impostos.

A *responsabilidade* também é uma expressão do dever de respeito recíproco postulado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

**Não prejudicar ninguém -** cada um deve atuar por forma a não lesar os direitos e interesses juridicamente protegidos dos outros.

**É imputável a si próprio –** cada um tem de responder pelos atos que pratica.

Enfim, a *proporcionalidade* exige que os meios não devam ser excessivos relativamente aos fins a atingir.

Por força do valor *liberdade* tem de se respeitar, na medida do possível, que cada ser humano decida sobra a sua vida (autodeterminação individual).

A liberdade postula a democracia. A democracia é a forma de governo que se baseia em instituições políticas democráticas. As instituições políticas são democráticas quando, simultaneamente, asseguram que os titulares do poder são eleitos por sufrágio universal com base no princípio da maioria e respeitam a dignidade da pessoa humana, designadamente os direitos fundamentais de todos os seres humanos.

Segundo uma conceção liberal pode dizer-se que cada um deve ter a máxima liberdade desde que não colida com a liberdade dos outros.

Este valor tem ainda como corolário o *princípio da subsidiariedade* que, neste contexto, postula que só se justifique a regulação pelo Direito daqueles aspetos da vida social que, pela sua essencialidade ou especificidade, reclamam uma intervenção de órgãos públicos (ou de instituições privadas dotadas de poderes de autoridade, como o são os tribunais arbitrais).

A *lealdade e confiança* são outros valores do Direito, por exemplo, a boa-fé na celebração e execução dos contratos.

O valor lealdade está subjacente à imposição de um dever de lealdade a pessoas que se encontram em certas posições, por exemplo, ao trabalhador relativamente à entidade patronal.

***Valores formais*,** i.e., aqueles que não dizem respeito ao conteúdo das regras, mas a aspetos extrínsecos da aptidão do Direito para realizar a sua função ordenadora.

A expressão segurança jurídica tem servido para designar o conjunto destes valores formais. Outros valores formais são a segurança, agora em aceção mais estrita, a estabilidade e certeza do Direito objetivo, a previsibilidade das decisões jurisdicionais a certeza e continuidade das situações jurídicas.

A *estabilidade do Direito* exige que as intervenções legislativas sejam prudentes e bem refletidas. A modificação do Direito representa normalmente uma perturbação da ordem existente.

A existência de uma regra legal que forneça uma solução inequívoca para cada problema de regulação seria o ideal para que as pessoas pudessem, em cada momento, orientar a sua conduta. Mas é um ideal que é impossível de realizar.

A *previsibilidade* das decisões jurisdicionais depende muito da certeza do Direito objetivo. Aí onde os tribunais tiverem de resolver problemas de interpretação ou que integrar lacunas as decisões são inevitavelmente menos previsíveis. A *certeza* e *continuidade* das situações jurídicas é servida pela certeza e estabilidade do Direito objetivo e pela previsibilidade das decisões jurisdicionais.

A continuidade das situações jurídicas, em ligação com a certeza do Direito objetivo, justifica o princípio da irretroatividade das leis.

**Em particular, os valores formais têm de ser conciliados com os valores materiais.**

É necessário conciliar a certeza do Direito objetivo e a previsibilidade das decisões judicias com a chamada justiça do caso concreto - solução do caso por vias não normativas.

**41. Validade e vigência do Direito**

Pode-se distinguir entre validade formal e validade material.

A validade depende de condições formais, designadamente, no caso da lei, a legitimidade do órgão legislativo e a regularidade do processo legislativo – geralmente definidas por regras constitucionais.

Mas a coerência do sistema jurídico postula que a validade das normas depende não só de terem sido criadas com observância das normas sobre produção jurídica mas também da conformidade do seu conteúdo com o conteúdo das regras e princípios de escalão superior.

Por conseguinte a validade também depende de condições materiais, relativas ao conteúdo jurídico da regra, definidas pelo conteúdo de regras e princípios de hierarquia de superior (designadamente regras e princípios constitucionais).

**Doutrina Professor Lima Pinheiro -** há limites materiais de validade suprapositivos.

Estes limites resultam, por um lado, para o Direito estadual, paraestadual e infraestadual, da tutela de um núcleo irredutível de direitos fundamentais dos seres humanos assegurada pelo Direito Internacional Público.

Por outro lado, há limites que podem decorrer de valores e princípios estruturantes de uma determinada sociedade estadual, subjacentes ao sistema jurídico e socialmente reconhecidos. Estes limites podem resultar da moral. **O Direito não pode impor condutas imorais.**

**São quatro os pressupostos da vigência:**

* Primeiro, a regra tem de existir, i.e., o seu processo de formação tem de estar concluído.
* Segundo, a regra tem de ser válida.
* Terceiro, a regra tem de ser eficaz - fontes do Direito: requisitos de eficácia da lei.
* A vigência da norma exige **um quarto pressuposto** de índole temporal: tem de tratar-se de Direito positivo válido em vigor.

**CAP. V - DELIMITAÇÃO DO DIREITO FACE A OUTROS SETORES NORMATIVOS**

Em Direito normas religiosas e normas morais passam a ser encarados como corpos normativos distintos que desempenham funções diferentes no sistema social.

**42. Ordem jurídica e normas religiosas**

Quatro diferenças entre a ordem jurídica e as normas religiosas:

* Primeiro, as normas religiosas são essencialmente internas porquanto regulam as relações de cada homem com Deus.
* Por conseguinte as normas religiosas não têm, em primeira linha, uma função de ordenação social, mas repercutem-se na ordem social, porque os deveres religiosos também dizem respeito à conduta em sociedade.
* As normas religiosas são intrasubjectivas, o Direito intersubjectivo.

Segundo, a religião assenta na fé; as suas normas fundamentam-se na divindade; o Direito é estranho à ideia de fé. O Direito procura realizar a justiça nas relações sociais.

As normas religiosas não são assistidas de coercibilidade material e só vinculam os crentes; o Direito vincula, em princípio, todos os membros da sociedade em que vigora e a ordem jurídica estadual é caracterizada pela coercibilidade.

**43. Ordem jurídica e moral**

Para a *conceção subjetivista*, mais estrita, a moral é uma ordem de condutas, que visa o aperfeiçoamento da pessoa, dirigindo-a para o Bem (OLIVEIRA ASCENSÃO). Estabelecimento e manutenção de relações sociais adequadas com respeito a questões essenciais, bem como as que visam o aperfeiçoamento da pessoa, dirigindo-a para o bem.

Para a *conceção objetivista,* a moral diz respeito aos problemas relativos a aspetos vitais da convivência humana, às condições essenciais da vida em sociedade (restrição e controlo do uso da força, distribuição de recursos, princípios da propriedade, etc.). Ordem de condutas que constitui um imperativo de consciência.

A moral não se satisfaz com a uma conduta exterior conforme ao dever: tanto condena o que praticou uma má ação, como o que a quis e só por circunstâncias exteriores não a chegou a praticar.

O Direito tem como ponto de partida o lado externo da existência. O Direito quer estabelecer uma ordem projetada no exterior. A atitude interior não interessa enquanto não ocorrer uma conduta ilícita.

Por sua vez a moral não é apenas interior. A moral não se satisfaz *a priori* com a intenção de fazer o Bem. Exige que se pratique o Bem.

A moral tem necessariamente uma dimensão social.

A moral positiva é formada pelas convicções morais de um grupo social, pelo conjunto das regras morais que vigoram numa sociedade.

**Direito -** este define princípios e regras de conduta que vinculam, em princípio, todos os membros da sociedade, independentemente das suas opiniões pessoais.

**Uma terceira diferença entre moral e Direito da sociedade estadual é no *grau de institucionalização*.**

Em princípio, as normas morais só vinculam juridicamente quando a ordem jurídica para elas remete, e só na medida em que se conformam com os princípios e critérios de valoração da ordem jurídica vigente.

A remissão do Direito para a moral também pode ser implícita, quando as normas jurídicas utilizam conceitos éticos fundamentais como o da dignidade da pessoa humana.

**44. Ordem jurídica e regras do trato social**

A dita “ordem do trato social” é uma ordenação social destinada a tornar a convivência em sociedade mais escorreita e agradável.

Exemplo: cumprimentar o vizinho nas escadas; respeitar a fila no acesso a um transporte público. Muitas destas regras formam-se no interior de um círculo social.

Difere da moral e (ou) do Direito já que não é essencial para a institucionalização da sociedade e pela necessária ausência de coercibilidade.

O Direito e a Moral são setores normativos necessários à institucionalização da sociedade, ao passo que as regras de trato social não são essenciais para a vida em sociedade, embora a tornem mais fácil e agradável.

O desrespeito de um dever moral é uma “má ação”. A ação contrária ao dever jurídico é uma ação ilícita. A ilicitude exprime uma reprovação intensa. Quando se trata das regras do trato social fala-se antes de uma ação “feia” ou “bonita”.

**45. Complexidade e pluridimensionalidade do Direito**

O Direito é “um fenómeno complexo, que se manifesta em distintos planos do ser, em diferentes contextos” (LARENZ).

É também uma realização humana, que integra cada sociedade e acompanha a sua modificação. Por conseguinte, varia conforme a sociedade em causa e o tempo histórico. É situado no tempo e no espaço.

**46. Notas do conceito de Direito**

Direito manifesta-se socialmente:

1.º - Setor da ordem normativa da sociedade (dimensão normativa do Direito);

2.º - Principal setor da ordem normativa da sociedade uma vez que o seu modo de ser é exatamente o de valorar e orientar a conduta em sociedade, como decorre da relativa exterioridade que o distingue das regras religiosas e morais;

3.º- Ordem que regula aspetos da cooperação e do conflito social, a atribuição de bens e a organização do poder;

4º - Ordem orientada a valores fundamentais para a conservação e progresso da sociedade e para a realização dos seres humanos que a compõem (dimensão axiológica do Direito);

5.º - Ordem que vincula todos os membros da sociedade, independentemente das suas convicções e opiniões pessoais (heteronomia do Direito).

Na ordem jurídica estadual:

a) Na existência de órgãos que têm a seu cargo a produção de normas jurídicas e de órgãos que têm a função de aplicar o Direito;

b) Na formalização e processualização da criação das regras jurídicas e da sua aplicação;

c) Na disponibilidade de meios coercivos ao serviço de um sistema organizado de sanções.

**47. As funções do Direito**

O Direito desempenha necessariamente uma *função institucionalizadora* e uma *função de resolução de conflitos sociais*. O Direito pode ainda desempenhar uma *função transformadora*.

**48. Ciências que estudam o Direito e Ciência do Direito**

Porquanto o Direito é um fenómeno complexo, que se manifesta em diferentes planos da realidade e pode ser encarado sob uma pluralidade de pontos de vista, ele surge-nos como objeto de diferentes ciências.

A Ciência do Direito é apenas uma das ciências que estudam o Direito, embora seja aquela que nos interessa mais, porque se ocupa do Direito como um fenómeno normativo.

**49. Outras ciências que estudam o Direito**

Enquanto fenómeno histórico o Direito é objeto da História do Direito; enquanto fenómeno social é objeto da Sociologia do Direito.

Como manifestação cultural do homem o Direito interessa à Etnologia ou Antropologia cultural. Ainda é estudado em Filosofia do Direito.

**50. Política legislativa**

A política legislativa estuda as formas de melhorar a ordem jurídica através da legiferação.

Esta ciência não tem por objeto o Direito vigente, mas a reforma do Direito. Mais amplamente poderíamos falar de *política jurídica* para englobar também o trabalho de desenvolvimento da ordem jurídica feito pela jurisprudência e pela doutrina.

**CAP. II - HISTÓRIA DO DIREITO**

**51. Generalidades**

O ser humano é um ser histórico. O seu passado é uma parte integrante do seu ser atual. O seu passado pessoal, o passado da sociedade a que pertence, o da cultura em que participa. Também quem quiser compreender o Direito do presente tem de apreender o seu devir histórico e a sua abertura face ao futuro.

A História do Direito visa reconstituir as ordens jurídicas que vigoraram no passado. O estudo do Direito dos povos desaparecidos é História do Direito, como é História do Direito o estudo de épocas jurídicas passadas de povos atuais.

A História do Direito é o ramo da História que estuda a formação e a evolução do Direito e do pensamento jurídico.

**52. Conteúdo**

Dentro da História do Direito podemos distinguir, designadamente:

- A história das fontes do Direito;

- A história dos institutos jurídicos;

- A história do pensamento jurídico.

Cabe indicar quais os institutos jurídicos que vigoraram, procedendo à interpretação das fontes e inserindo as regras particulares nos conjuntos regulativos que designamos por institutos jurídicos.

**53. A função explicativa da história**

A História do Direito não é portanto um ramo divorciado da história geral de uma sociedade; é antes o ramo dessa história geral que se destina à reconstituição de uma ordem jurídica.

**54. Método**

Em primeiro lugar é necessária uma *pesquisa criteriosa das fontes do Direito em sentido instrumental*, i.e., os documentos que contêm os preceitos – por exemplo, os volumes das Ordenações do Reino, os exemplares do jornal oficial.

Sobre as fontes recolhidas deve realizar-se uma *crítica histórica*. Esta crítica é externa quando se averigua se o documento é autêntico, genuíno, e se deteta, nas cópias ulteriores, interpolações (i.e., aditamentos posteriores).

A crítica é interna quando se apura o sentido do texto, através da hermenêutica. Mesmo depois de captado o sentido do texto o historiador tem de defrontar o problema da credibilidade da declaração: a declaração pode ser falsa ou resultar de erro sobre os factos.

Muitas vezes será preciso trabalhar sobre hipóteses sem apoio documental. As conclusões assim obtidas serão provisórias, ficando sujeitas à confirmação ou infirmação documental.

**55. Importância**

História do Direito tem uma importância grande para a compreensão da ordem jurídica atual.

Primeiro, é útil conhecer os elementos duradouros que persistem do passado.

Segundo, para compreender a disciplina jurídica em relação a problemas singulares é por vezes indispensável conhecer a razão histórica.

Terceiro, o conhecimento do atual Direito português será mais profundo se se conhecer o Direito Romano e o Direito Português antigo.

**CAP. III - SOCIOLOGIA DO DIREITO**

**56. Objeto**

A Sociologia do Direito é o ramo da Sociologia que estuda o Direito enquanto fenómeno social.

O Direito é encarado como um fenómeno social quando estudamos o seu papel no contexto do sistema social, os pressupostos e consequências sociais do Direito, as suas instituições sociais, os papéis desempenhados na sociedade por cada uma das profissões jurídicas e as relações sociais que o Direito conforma.

**58. Importância**

A Sociologia do Direito é desde logo necessária à compreensão do Direito, mediante o seu enquadramento no conjunto do sistema social.

A Sociologia do Direito é também importante ao nível das normas jurídicas singularmente consideradas. A realidade social em resposta à qual cada norma jurídica é concebida constitui o pano fundo indispensável para a sua compreensão.

**CAP. IV - DIREITO COMPARADO**

**59. Noção de Direito Comparado**

Direito Comparado é a disciplina jurídica que tem por objeto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade (macro-comparação) e entre institutos jurídicos afins ou equivalentes em sistemas jurídicos diferentes (micro-comparação).

**60. Funções do Direito Comparado**

O Direito Comparado desempenha múltiplas funções, ao nível do Direito nacional, do Direito supraestadual e da cultura jurídica.

Ao nível do Direito nacional, o Direito Comparado é, em primeiro lugar, instrumento de política legislativa. **Em segundo lugar**, o Direito Comparado serve para a interpretação das regras jurídicas, principalmente quando tenham sido inspiradas por estudos de Direito estrangeiro, bem como no que toca às normas de conflitos de Direito Internacional Privado.

Em **terceiro lugar**, o Direito Comparado serve para a integração de lacunas, quando não for possível resolver o problema por via analógica.

A nível do Direito supraestadual verificamos, em primeiro lugar, que o Direito Comparado serve a unificação internacional ou regional.

**A comparação de Direitos é um importante instrumento de interpretação das normas uniformizadas ou unificadas.**

Ao nível da cultura jurídica, o Direito Comparado é um meio de formação dos juristas em geral. O conhecimento da unidade e da diversidade dos diferentes sistemas jurídicos contribui para uma melhor compreensão do Direito na sua globalidade e do sistema jurídico nacional.

**61. Método**

O método específico do Direito Comparado é o método comparativo que consiste em apurar semelhanças e diferenças de sistemas ou de institutos jurídicos afins ou equivalentes de sistemas diversos.

As questões metodológicas gerais do Direito Comparado dizem respeito à seleção dos sistemas a comparar e ao procedimento comparativo.

**62. Metodologia da macro-comparação**

A macro-comparação consiste na comparação de sistemas jurídicos considerados na sua globalidade.

Na macro-comparação é necessário elaborar uma grelha comparativa, i.e., selecionar os elementos que são relevantes para o enquadramento e caracterização de um sistema jurídico, tais como a evolução histórica, a estrutura económico-social, a conceção de Direito, os valores fundamentais, as fontes do Direito e os métodos da sua interpretação e aplicação, os órgãos de aplicação do Direito e as profissões jurídicas.

**63. Metodologia da micro-comparação**

Na micro-comparação, a delimitação dos sistemas a comparar depende essencialmente do fim da comparação e de considerações de ordem prática, tais como o tempo, meios e conhecimentos linguísticos de que o comparatista dispõe.

No estudo do Direito estrangeiro deve atender-se não só aos textos legais e doutrinais mas também, tanto quanto possível, à jurisprudência e à vida jurídica. Com efeito, o comparatista não deve contentar-se com a determinação do “Direito dos livros” [*law in books*], deve averiguar o “Direito em acção” [*law in action*].

**CAP. V - FILOSOFIA DO DIREITO**

**64. Conteúdo**

A Filosofia do Direito liga os problemas suscitados pelo Direito como manifestação cultural às questões gerais e básicas da filosofia: que podemos nós saber? Que devemos fazer?

Quer isto dizer que a Filosofia do Direito também se ocupa da questão da justiça e da relação entre moral e Direito.

***Epistemologia jurídica*:** pressupostos do conhecimento jurídico e valor deste conhecimento.

A epistemologia (como indica a origem etimológica) abrange a metodologia. Sob a designação de metodologia do Direito é usual estudar-se os modos de conhecimento e os modos específicos de pensamento jurídico. Por método entende-se a racionalização do procedimento a observar no desenvolvimento da atividade cognitiva.

**Ética jurídica:** função cognitiva no domínio dos valores.

**65. Significado para a ciência do Direito**

Interessa à Ciência do Direito, na medida em que as normas e os princípios têm de ser entendidos à luz dos valores que visam realizar e também porque a questão do Direito injusto contende com a validade e, portanto, com a vigência do Direito.

**CAP. VI - CIÊNCIA DO DIREITO**

**66. Caracterização**

A Ciência do Direito ocupa-se do Direito enquanto fenómeno normativo. A Ciência do Direito encara o Direito como uma ordem que valora e orienta a conduta em sociedade, tendo em vista a realização de determinados valores. Coloca em primeiro plano a sua natureza de dever ser.

A Ciência do Direito é uma ciência normativa, não porque a sua principal missão seja criar normas, a de ser uma fonte do Direito, mas porque constitui um sistema de enunciados sobre o Direito vigente. Quer isto dizer que a Ciência Jurídica se pronuncia sobre a existência, validade e eficácia das normas bem como sobre o conteúdo de sentido das normas.

**67. Metodologia**

A ciência define-se pelo método, que é, como sabemos, a racionalização do procedimento a observar no desenvolvimento da atividade cognitiva. A metodologia de uma ciência engloba os modos de conhecimento e os modos de pensamento específicos desta ciência.

**Doutrina Professor Lima Pinheiro:** Na minha perspetiva, a resolução de casos concretos segundo critérios jurídicos constitui uma função do Direito, e não propriamente o método jurídico.

O método tem antes que ver com os modos de obtenção desses critérios de solução e de realização das outras tarefas que incumbem quer à Ciência Jurídica Prática quer à Ciência Jurídica Teórica.

Existem grandes divergências, podendo distinguir-se em primeiro lugar **tendências conceptualistas**, **tendências mais teleológicas** e **tendências mais analíticas:**

***Tendências conceptualistas*** centram os seus esforços na definição dos conceitos jurídicos e na construção de um sistema lógico, de uma pirâmide de conceitos construída segundo as regras da lógica formal.

***Tendências teleológicas*** que as normas não podem ser entendidas através de definições de conceitos jurídicos, mas à luz das finalidades que prosseguem.

**Tendências mais analíticas**, que vêm na linha do positivismo normativo, centram as suas atenções no estudo da estrutura da regra jurídica e dos enunciados linguísticos porque se exprime. Não permitem apreender cabalmente o fenómeno jurídico.

As normas devem ser entendidas à luz dos valores que pretendem realizar.

Na integração de lacunas o juiz não deve proceder a uma livre ponderação dos interesses em jogo mas respeitar os critérios de valoração da ordem jurídica.

Desde logo a Ciência do Direito trata de compreender expressões linguísticas e o seu sentido normativo: leis, atos administrativos, decisões dos tribunais, contratos. Expressões linguísticas são enunciados, conjuntos de palavras falados ou escritos.

**“Interpretar”** é uma atividade de mediação por que o intérprete compreende um texto, que se lhe tinha deparado como problemático.

A Ciência do Direito também tem de conhecer condutas e atitudes ou disposições interiores, por exemplo, para estabelecer a existência de um costume, averiguar da existência de uma prática reiterada, bem como de uma convicção de obrigatoriedade.

Ainda aqui podemos falar de interpretação. **Portanto poderá dizer-se que a hermenêutica é a base da metodologia da Ciência do Direito.**

Em suma, as características fundamentais do pensamento jurídico são a meu ver:

**-** A racionalidade;

**-** O caráter interpretativo;

**-** A orientação a valores.

**71. O papel dos juristas**

Os juristas desempenham papéis sociais muito diferenciados: como profissionais independentes, como quadros de empresas, como funcionários públicos, como titulares de órgãos públicos.

Exercem atividade profissional independente os advogados, os jurisconsultos, os solicitadores e os notários (que são, simultaneamente, oficiais públicos).

São titulares de órgãos públicos os magistrados e os conservadores de registo.

Há muitos outros juristas que são funcionários públicos.

Os juristas que trabalham em empresas são designados juristas de empresa.

**PARTE II-TEORIA GERAL DO DIREITO

TÍTULO I - A SOLUÇÃO DO CASO POR VIAS NÃO NORMATIVAS**

**72. Modalidades**

Um caso, i.e., uma situação vida carecida de regulação jurídica, pode ser resolvido ou por recurso a critérios jurídicos ou independentemente destes critérios.

Mesmo em sistemas como o nosso podem verificar-se, ainda que anomalamente, atos de autoridade sem fundamento legal. É o que se verifica com atos administrativos sob forma de lei, por exemplo, uma lei que cria diretamente para uma pessoa uma situação individual generalidade das regras jurídicas.

Entre as soluções que obedecem a critérios jurídicos, podemos distinguir as soluções normativas e as soluções não normativas, conforme os critérios jurídicos relevantes são ou não normas.

**73. Soluções individualizadoras**

No Direito há um conflito permanente entre a tendência generalizadora e a tendência individualizadora, entre a justiça igualitária e a justiça do caso concreto.

A solução generalizadora é por excelência a solução normativa: a norma jurídica é uma regra geral, porque no momento da sua criação se verifica uma indeterminabilidade dos seus destinatários e, em princípio, é abstrata, porque no momento da sua criação se verifica uma indeterminabilidade das situações a que virá a ser aplicada.

A solução normativa serve a supremacia do Direito, a igualdade, a certeza jurídica sobre o Direito objetivo e a previsibilidade das decisões judiciais.

Uma tendência moderna insiste na justiça do caso concreto, na consideração de todas as circunstâncias do caso. Esta tendência tem vindo a obter um acolhimento parcial, quer através da admissibilidade de soluções individualizadoras, quer dos novos entendimentos relativos à interpretação e aplicação das regras jurídicas. A solução individualizadora pode dispensar os critérios normativos: é o que se verifica com a decisão proferida segundo a equidade

Mas também pode traduzir-se numa mera flexibilização de soluções normativas, numa solução de compromisso.

**74. A equidade como critério exclusivo de solução**

Na atualidade a equidade tem duas aceções.

Numa aceção de sabor aristotélico trata-se de corrigir as injustiças ocasionadas pela natureza rígida das regras jurídicas abstratas mediante uma consideração das particularidades do caso concreto. Trata-se de uma equidade em sentido fraco que releva, indubitavelmente, quando a equidade é chamada a desempenhar o papel de critério complementar de decisão.

Já a equidade em sentido forte é um modo de solução que prescinde do Direito estrito, i.e., das regras aplicáveis ao caso, baseando-se na chamada justiça do caso concreto.

Abstrai-se do dominador comum e trata as diferenças de forma a igualizar, em juízos de equidade.

A primeira questão que se coloca é de saber quando é que o órgão de aplicação do Direito pode decidir segundo a equidade.

O art.º 4.º CC estabelece que os tribunais só podem resolver segundo a equidade quando haja disposição legal que o permita e quando haja acordo nas partes nesse sentido.

Acontece que nos casos em que a lei remete para a equidade esta intervém, geralmente, apenas como critério complementar de decisão.

A equidade constitui um critério exclusivo de solução quando as partes o convencionem. O fundamento do julgamento segundo a equidade é a autonomia da vontade. É uma manifestação do princípio da autonomia privada.

A equidade é um critério jurídico de solução de casos.

À resolução dos casos segundo a equidade contrapõe-se a resolução dos casos segundo o Direito estrito. “Direito estrito” são as regras aplicáveis ao caso. Estas regras não têm de ser respeitadas quando o tribunal estiver autorizado a decidir segundo a equidade.

A equidade, pelo contrário permite tomar em consideração todas as circunstâncias do caso que sejam socialmente relevantes à luz da justiça. Nesta aceção a equidade é um modo de solução de casos independente do Direito estrito.

A decisão segundo o Direito estrito obedece a um modelo intrassistemático ou normativo: os argumentos relevantes estão previamente delimitados, dispostos segundo uma ordem e com um peso relativo predeterminado pelas fontes do Direito, e o raciocínio observa o método da Ciência do Direito.

**75. A equidade complementar**

Enquanto critério complementar de decisão, a equidade não se substitui ao Direito estrito, surge antes como um critério jurídico que complementa a aplicação de regras.

Pese embora a importância que a equidade como critério exclusivo e complementar de solução assume no Direito português, a regra, porém, é a solução normativa. E justifica-se que assim seja. Só a norma constitui um critério de conduta por que os membros da sociedade se podem orientar; só a norma proporciona uma certa previsibilidade das decisões judiciais; só a norma garante a igualdade perante a lei e esta é uma das condições da solução justa. Um Direito baseado em soluções individualizadoras fica inteiramente dependente da decisão judicial. A falta de previsibilidade da solução contribui para o acréscimo da litigiosidade e do recurso aos tribunais. Ora, o Direito tem de ser uma ordem normativa da sociedade e não o produto de decisões judiciais imprevisíveis.

 Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, o “templo do Direito não é o Palácio da Justiça mas a praça pública onde todos os cidadãos pacificamente convivem”.

**TÍTULO II - FONTES DO DIREITO**

**76. Preliminares**

Todos conhecem o sentido próprio da palavra “fonte”: uma *nascente*, um lugar onde brota água. Na linguagem comum, a palavra “fonte” é aplicada, agora em sentido figurado, a *causa*, *origem* e *texto originário* de uma obra.

“Fonte do Direito” é uma imagem, evocativa de tudo o que se refere à *criação do Direito*, às circunstâncias que a envolvem e aos instrumentos nela utilizados.

**77. Aceções**

Assinalou-se que a palavra “fonte” pode ser utilizada para significar causa. *Por vezes emprega-se a expressão “fonte do Direito” em sentido sociológico*, para designar o circunstancialismo social que está na base da formulação de uma dada regra ou complexo normativo.

São *fontes do Direito em São fontes em sentido histórico todos os elementos que ao longo dos tempos contribuíram para a formação do Direito positivo atualmente em vigor.*

*O Direito português é uma das fontes históricas do Direito brasileiro, o Direito romano é uma das fontes históricas de ambos.*

*São fontes em sentido orgânico os órgãos que desempenham ou participam da função legislativa. Por exemplo, a Assembleia da República e o Governo.*

*Para a Ciência do Direito em geral a aceção mais importante é a técnico-jurídica: segundo uma expressão muito divulgada “os modos de formação e revelação das regras jurídicas”.*

*Sentido instrumental* o documentos que contêm regras jurídicas. Por exemplo, os exemplares do Diário da República; as compilações de costumes; as coletâneas de jurisprudência, se esta for fonte do Direito, etc.

O “modo de revelação”, enquanto *manifestação exterior do Direito*, terá de se incluir no modo ou processo de criação: não há lei sem haver ou ter havido um texto, não há costume sem uma prática reiterada.

O modo de criação de uma regra é o facto ou processo que a gera. Verificado o facto, ou realizado o processo, a regra *existe***.**

**78. Classificação. Referência às fontes supraestaduais (internacionais e europeias)**

Uma primeira classificação distingue as *fontes intencionais* ou voluntárias das *fontes não intencionais ou involuntárias*.

A **fonte é intencional** quando o processo de formação é dominado por um ato jurídico. É o caso da criação do Direito por ato legislativo.

**Fonte não intencional** é o costume. A formação do costume não é dominada por um ato jurídico.

São **fontes imediatas** as que têm força vinculante própria e **fontes mediatas** as que adquirem força vinculante por remissão de outras fontes.

Na visão do legislador do CC, só as leis e as normas corporativas seriam fontes imediatas do Direito. Os assentos, os usos e a equidade só teriam força vinculante nos casos em que a lei para eles remete.

**Fontes supraestaduais** são os processos de criação de normas específicos da comunidade internacional e de outras comunidades supraestaduais. São fontes supraestaduais da ordem jurídica portuguesa as fontes de Direito Internacional Público e do Direito Europeu.

O alcance das **fontes estaduais** corresponde ao âmbito duma ordem jurídica estadual. Por exemplo, a lei da Assembleia da República de aplicação geral.

As **fontes infraestaduais** têm alcance limitado a um certo setor da sociedade estadual. Este setor pode ser definido numa base territorial ou numa base pessoal. Por exemplo os atos normativos das assembleias regionais dos Açores e da Madeira.

As fontes paraestaduais são as que, embora transcendendo o âmbito de uma ordem jurídica estadual, não constituem processos de criação de normas específicos da comunidade internacional ou de comunidades supraestaduais. As principais fontes de Direito Internacional Público são o costume internacional, o tratado internacional, a decisão de organização internacional e a jurisprudência internacional.

Numa primeira aproximação, podemos definir costume internacional como uma prática reiterada dos Estados, das organizações internacionais ou dos seus órgãos que é acompanhada de convicção de vinculatividade.

Por seu turno, o tratado internacional pode ser definido como acordo de vontades celebrado por sujeitos de Direito Internacional, regido pelo Direito Internacional e que produz efeitos jurídico-internacionais.

As fontes do Direito Europeu podem dividir-se entre fontes de Direito Europeu originário e fontes de Direito Europeu derivado.

As atuais **fontes de Direito Europeu originário** são o Tratado da União Europeia, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, etc.

São **fontes de Direito derivado da União Europeia**, numa primeira aproximação, os atos normativos emanados dos órgãos da União Europeia e que se fundamentam nos Tratados instituintes. Estes atos estão enumerados no art.º 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

**79. Significado dos preceitos legais sobre fontes do Direito**

Segundo o entendimento que preva­lece na doutrina atual, o problema das fontes do Direito não pode ser resolvido apenas com base nestes preceitos.

Para compreender o problema das fontes será necessário atender aos seus diversos aspetos.

Por um lado, é um *problema de conhecimento cientí­fico*, que pode e deve ser livremente apreciado pela Ciência do Direito

Trata-se de estudar quais os modos por que *são* criadas as regras *jurídicas* que ordenam a vida social.

A teoria das fontes não pode condicionar as suas hipóteses de trabalho, nem as suas conclusões, a quaisquer conceções apriorísticas sobre quais *devem ser* as fontes do Direito, ainda que estas conceções sejam consagradas pelo legislador.

O problema das fontes do Direito comporta um *aspeto de regulação jurídico-positiva*: não está só em causa o modo por que se formam regras jurídicas, mas também a quem *deve ser*reconhecido o poder de criar regras jurídi­cas e o modo por que elas se *devem formar*.

Preceitos como os que constam dos primeiros artigos do CC são normas sobre fontes, sobre a produção jurídica, ou normas de reconhecimento.

Apesar da primazia reconhecida às normas contidas na Constituição (formal), creio que também não pode resolver-se *apenas* com base nas normas da lei fundamental, não só pela sua insuficiência, mas porque o problema se coloca igualmente em relação às fontes do próprio Direito Constitucional.

Encontra-se aqui a “regra de reconhecimento” última em que assentam todas as outras regras sobre a produção jurídica.

Esta “regra de reconhecimento” não se identifica necessariamente com as regras legais sobre fontes do Direito. Isto não significa que as regras legais sobre fontes do Direito não tenham qualquer valor. Estas normas definem a posição do poder político com respeito aos modos de criação de regras jurídicas.

**Doutrina Professor Lima Pinheiro:** pode ser interpretado no sentido de se eleger a lei como única fonte do Direito. Não creio, porém, que seja este o melhor entendimento.

Primeiro, porque alguns preceitos da Constituição reconhecem a existência de outras fontes do Direito. Assim, o art. 8.º/1 da Constituição. A Constituição admite ainda que certas decisões do Tribunal Constitucional tenham força obrigatória geral

Segundo, porque as preocupações manifestadas nos trabalhos preparatórios são satisfeitas pela primazia da lei relativamente a outras fontes do Direito, não exigindo já a exclusividade da lei como fonte do Direito.

Assim, afora o Direito Internacional consuetudinário, o texto constitucional não reconhece o *costume* como fonte do Direito, mas também não veda o seu reconhecimento, sem prejuízo da primazia da lei. Parece razoavelmente seguro que não se pode aplicar costume que restrinja direitos, liberdades e garantias (art. 18.º).

Em suma, a Constituição impõe a primazia da lei com fonte interna do Direito, mas com exceção de certas decisões do Tribunal Constitucional, nada determina sobre as outras fontes internas do Direito.

Isto coloca o intérprete numa posição delicada, pois da primazia da lei como fonte interna do Direito, tal como ela decorre da Constituição, não resulta que a relevância do Direito consuetudinário interno e de outras eventuais fontes do direito dependa da legislação ordinária.

**CAP. II - A LEI**

**80. A lei: noção**

Lei *lato sensu* é toda a regra geral emanada do poder político, seja ele um poder central, regional ou local.

O art.º 1.º/2 CC adota uma noção de lei que se aproxima desta, mas que dela se distingue por limitar as leis às regras provindas de órgãos estaduais. Ora, já sabemos que nem todo o poder político é estadual.

**Principais vícios que geram a inexistência da lei:**

- Falta de votação de uma pretensa lei na Assembleia da República;

- Falta de promulgação ou assinatura pelo Presidente da República de atos da Assembleia da República ou do Governo (art.º 137.º CRP);

- Falta de referenda do Governo de atos do Presidente da República (art.º 140.º CRP);

- Usurpação da função legislativa por um órgão que não a pode exercer;

- Segundo alguns autores, a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais.

**Em suma, este modo de criação jurídica caracteriza-se pelos seguintes elementos:**

- Um ato normativo, i.e., uma declaração de vontade tendo por objeto a criação de regras gerais e que obedece a uma das formas legalmente estabelecidas; o mais importante é o ato legislativo praticado no exercício da função legislativa;
- A competência do órgão que pratica o ato;
- A existência de um texto que contém as regras criadas.

**81. Leis materiais e formais**

O conceito de lei em sentido material divide a doutrina.

Uns adotam uma aceção ampla que corresponde ou se aproxima do conceito que acabei de expor. Este ato normativo pode ser legislativo, i.e., praticado no exercício da função legislativa, ou regulamentar, i.e., praticado no exercício da função administrativa.

Para outros a lei sem sentido material é apenas a criado no exercício da função legislativa. Nesta aceção só são leis em sentido material as que além de serem formalmente leis são dotadas de generalidade e abstração.

Lei formal em sentido amplo é a que adota a forma de um ato legislativo. São as leis constitucionais, as leis da AR, os DL do Governo e os decretos legislativos regionais emanados das Assembleias das regiões autónomas.

Não são lei, neste sentido, os diplomas que se revestem de forma regulamentar, designadamente os decretos regulamentares, certas resoluções do Conselho de Ministros, as portarias e os despachos normativos.

Num *sentido formal mais restrito*, “lei” é só o diploma normativo emanado da AR. Ver art.º 166.º CRP.

**Doutrina Professor Lima Pinheiro:** Admito a*hipótese* de haver leis em sentido formal que não são leis em sentido material – atos praticados em forma legislativa que não contêm regras gerais, ou, inversamente, atos normativos que não obedecem a uma forma legalmente estabelecida.

**82. Lei constitucional**

A lei constitucional contrapõe-se à lei ordinária (cp. n.ºs 1, 2 e 3 do art.º 166.º CRP). A lei constitucional resulta do exercício de um poder supremo de autoconformação do Estado, o poder constituinte.

Assim, a atual constituição baseia-se na lei constitucional aprovada pela Assembleia Constituinte em 1976 e pelas leis constitucionais que reviram a constituição, em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005.

A lei ordinária tem de ser conforme com a lei constitucional sob pena de inexistência ou invalidade (art.º 277.º/1 CRP).

**83. Atos normativos autónomos**

Pensamos agora, dentro do Direito infraestadual, nas normas escritas geradas por centros jurígenos independentes do poder político, estadual ou infraestadual e, neste sentido, autónomos.

O Estado pode assumir diferentes atitudes perante este fenómeno. Em primeiro lugar, pode reconhecer ou não reconhecer como jurídicas as regras assim produzidas.

Afirma-se haver uma tendência para uma “administrativização” de certos entes. Todavia, mesmo nos casos em que o Estado define e regula o estatuto destas instituições, por exemplo, de uma associação profissional, elas continuam a produzir, com considerável autonomia, as suas regras internas. E o reconhecimento legal destas regras não lhes altera, por si, o seu caráter autónomo.

Esta fonte autónoma de juridicidade não pode estar ao mesmo nível que a lei. O espaço que lhe é próprio é o que corresponde ao permitido ou tolerado pela lei (ver também, relativamente às normas corporativas, o art.º 1.º/3 CC).

Estas instituições exprimem grupos organizados com os seus fins específicos existentes dentro de uma sociedade estadual. O Estado, se respeita na medida do possível a sua autonomia, também pode exercer o necessário controlo.

São fontes intencionais, mas, segundo me parece, diferentes da lei, porque o ato normativo não é praticado por um órgão do poder político.

A doutrina que nega a possibilidade de um negócio jurídico gerar regras gerais carece de ser reexaminada. Com efeito, casos há em que a autonomia privada, através de um acordo de vontades, é fonte de normas jurídicas.

**84. Atos normativos do poder infraestadual**

Os órgãos das regiões autónomas da Madeira e dos Açores bem como os órgãos das autarquias locais têm competência para praticar atos normativos.

As regiões autónomas – como já assinalei – têm poder legislativo – ao passo que as autarquias locais têm apenas competência regulamentar. Este poder regulamentar encontra-se previsto no art.º 241.º CRP.

Os atos regulamentares das autarquias locais são leis em sentido material. Embora não caibam no conceito de lei adotado no n.º 2 do art.º 1.º CC, visto que os órgãos autárquicos não são órgãos estaduais.

**85. Sentido das referências à “lei”**

Recapitulemos os significados da palavra “lei” atrás referidos:

* **Lei sem sentido material amplo:** ato normativo emanado do poder político;
* **Lei em sentido material restrito:** ato normativo praticado no exercício da função legislativa e, como tal, caracterizado pela generalidade e pela abstração;
* **Lei em sentido formal amplo:** a que adota a forma de um ato legislativo;
* **Lei em sentido formal restrito:** lei da Assembleia da República.

**Outras aceções:**

Com alguma frequência utiliza-se a palavra lei no sentido de *ordem jurídica*. Por exemplo, nos art.º 15.º e segs. do Cap. III do Tít. I do Liv. I CC – “Direito dos Estrangeiros e conflitos de leis” – “Lei” significa geralmente o mesmo que ordem jurídica. Inclui a lei em sentido material, o costume e outras fontes do Direito.

**Em suma**, o conceito de lei relevante para o **nº 2 do art.º 18.º** é o de lei em sentido formal amplo e, simultaneamente, em sentido material.

Noutros casos a definição do conceito de lei relevante decorre, com segurança, de jurisprudência e doutrina uniformes: por exemplo, não oferece dúvida que a “lei penal” referida no art.º 1.º do Código Penal é a lei em sentido formal.

Mas na Constituição a palavra “lei” também é utilizada em sentido material amplo – por exemplo, nos arts. 13.º/1 e 203.º.

**86. Vícios do ato legislativo**

A lei inexistente não vincula os órgãos públicos nem os particulares, as decisões judiciais tomadas com base numa lei inexistente também não vinculam e a inexistência não carece de ser declarada por nenhum órgão estadual.

Outras violações geram a invalidade da lei (em sentido estrito), mas não prejudicam a sua existência.

A invalidade da lei pode decorrer de inconstitucionalidade, quando a lei viola a constituição sem que esta violação determine a inexistência. A invalidade também pode decorrer de ilegalidade, quando uma lei viola outra lei ordinária hierarquicamente superior (ver arts. 280.º a 282.º CRP).

No Direito português há fundamentalmente dois tipos de invalidade dos negócios jurídicos: a nulidade e a anulabilidade.

**A nulidade** atinge o negócio em si, que não produz desde o início efeitos. A nulidade é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal. Todavia, a declaração de nulidade não atinge as decisões judiciais transitadas em julgado.

**O regime da anulabilidade** é bastante diferente. A anulabilidade não traduz uma falha estrutural do negócio e, por isso, só pode ser invocada pelas pessoas em cujo interesse a lei estabelece, em determinado prazo, e admite confirmação. O ato anulável produz efeitos (como se fosse válido) até à anulação Se a anulabilidade for arguida esses efeitos serão retroativamente destruídos (art. 289.º/1 CC); mas se não o forem tornam-se definitivos.

O mesmo regime se aplica à invalidade das leis ilegais, nos casos em que o Tribunal Constitucional tem competência para fiscalizar esta ilegalidade.

Deveremos ainda distinguir **invalidade de ineficácia** (em sentido estrito). A lei pode ser existente e válida, mas não produzir efeitos jurídicos.

A ineficácia pode ser originária ou superveniente. **É originária** se a lei não chegou ainda a produzir efeitos.

Assim, decorre do n.º 2 do art.º 119.º CRP que a falta de publicidade de qualquer ato normativo dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local implica a sua ineficácia.

Uma lei pode inicialmente produzir efeitos, mas vir a tornar-se ineficaz. Fala-se então de ineficácia superveniente.

**87. Publicação**

A regra jurídica destina-se, em princípio, a estabelecer um critério de conduta. Só pode ser norma de conduta se for do conhecimento dos seus destinatários. Por esta razão se compreende que a publicação condicione a entrada em vigor da lei.

Do n.º 2 do art.º 119.º CRP decorre que os atos normativos referidos no n.º 1 têm de ser publicados no jornal oficial sob pena de ineficácia. Por conseguinte, a observância de qualquer outro modo de publicação, por exemplo através da imprensa ou dos meios de radiodifusão, é irrelevante para a eficácia da lei. **O jornal oficial é o Diário da República.**

Da conjugação do art.º 119.º CRP com a Lei n.º 74/98 decorre que estão sujeitos a publicação no Diário da República os atos legislativos, os atos regulamentares da AR e das Assembleias Regionais, os atos regulamentares do Governo e dos seus membros e os decretos regulamentares regionais dos Governos das Regiões Autónomas

A publicação é um requisito de eficácia de todas as leis. Se a lei não estabelece a forma de publicação terá de lhe ser dada a publicidade que permita o conhecimento pelos seus destinatários: seja a notificação dos interessados, seja a afixação na sede, seja qualquer outra forma. A eficácia na ordem interna das normas de Convenções internacionais que vinculam internacionalmente o Estado português depende de publicação no Diário da República (arts. 8.º/2 e 119.º/1/b CRP).

Já não estão sujeitas a publicação no Diário da República as normas emanadas de organizações internacionais de que Portugal seja parte ao abrigo dos respetivos tratados institutivos (art.º 8.º/3 CRP). Os atos normativos dos órgãos da União Europeia são publicados no Jornal Oficial da União Europeia (ver também art.º 8.º/4 CRP).

**88. Retificações**

Em consequência de falhas técnicas na reprodução do texto do ato normativo, o texto publicado apresenta por vezes divergências com o texto original.

Torna-se então necessário proceder a retificações, que se destinam a restabelecer a conformidade do texto publicado com o texto original.

As retificações também podem servir para corrigir lapsos gramaticais, ortográficos, de cálculo ou de natureza análoga (art.º 5.º/1 da L n.º 74/98).

Decorre do art.º 5.º da L. n.º 74/98 que as retificações são feitas mediante declaração do órgão que aprovou o texto original e têm de ser publicadas na série do Diário de República em que tiver sido publicado o texto a retificar.

O n.º 4 do art.º 5.º determina que os efeitos das declarações de retificação são reportados à data da entrada em vigor do texto retificado. Por conseguinte, a declaração de retificação tem eficácia retroativa. **OLIVEIRA ASCENSÃO** defende que se devem considerar ressalvados os efeitos produzidos pelo texto incorretamente publicado.

Se o texto for retificado antes da entrada em vigor da lei deve entender-se que o prazo de *vacatio legis* começará a contar da publicação da retificação.

**89. Entrada em vigor**

A entrada em vigor da lei é o culminar de um processo que passa pela verificação de certos pressupostos de existência da lei (a sua criação), e ainda pela satisfação de certos requisitos de validade e eficácia em último lugar, a publicação.

A respeito da entrada em vigor da lei é usual tratar-se do problema da determinação do momento a partir do qual o ato normativo produz os seus efeitos.

A respeito do começo da vigência da lei dispõe o n.º 2 do art.º 5.º CC:

“Entre a publicação e a vigência da lei decorrerá o tempo que a própria lei fixar ou, na falta de fixação, o que for determinado em legislação especial.”

O intervalo que decorre entre a publicação e a entrada em vigor de uma lei designa-se *vacatio legis*. Por conseguinte, podemos desde já formular esta regra: a lei publicada começa a vigorar na data que ela própria fixar.

A data fixada por uma lei sobre a sua entrada em vigor não pode ser anterior à data da publicação, uma vez que a eficácia da lei depende da sua publicação (art.º 119.º/2 CRP; ver também art.º 5.º/1 CC).

**Poderá a lei fixar a sua entrada em vigor na data da publicação?**

Esta possibilidade era geralmente admitida antes da entrada em vigor do L n.º 74/98. O n.º 1 do art.º 2.º desta Lei veio estabelecer que a lei não pode entrar em vigor no dia da publicação. Mas esta determinação só tem de ser observada pelas leis de valor hierarquicamente inferior.

Na falta de disposição da lei sobre o momento da sua entrada em vigor, esta verifica-se no quinto dia após a sua publicação (art.º 2.º/2 da L n.º 74/98, alterada pela L n.º 26/2006, de 30/6).

Este prazo conta-se a partir do dia imediato ao da sua disponibilização no sítio da internet gerido pela Imprensa Nacional-Casa da Moeda (n.º 4 do art.º 2.º). Por exemplo, a lei X disponibilizada no dia 10 entra em vigor no dia 15, na falta de disposição em sentido diferente contida na própria lei.

Assim, os prazos fixados em dias contam-se a partir do dia seguinte à sua disponibilização (art.º 279.º/b).

Os prazos fixados em semanas, meses ou anos, a contar de certa data, terminam às 24 horas do dia que corresponda, dentro da última semana, mês ou ano a essa data (art.º 279.º/c/1.ª parte). Caso o prazo tenha sido fixado em meses a contar de certa data e não exista no último mês dia correspondente, o prazo finda no último dia desse mês (art. 279.º/c/2.ª parte CC). Por exemplo, se a lei foi publicada em 31/3 e fixou a sua entrada em vigor um mês depois da publicação, o prazo finda às 24 horas do dia 30/4 e a lei entra em vigor no dia 1/5.

Ao editar as leis, o legislador deve ponderar, perante o seu conteúdo e face ao circunstancialismo social existente, se os prazos normais de *vacatio legis* são adequados, se é necessário que a lei entre em vigor logo que seja publicada, ou se, pelo contrário, é conveniente estabelecer um intervalo mais longo. Assim, por exemplo, quando se trate de leis extensas e complexas, como é normalmente o caso dos códigos, justifica-se um período dilatado de *vacatio*. Quando estejam presentes considerações de urgência pode justificar-se uma redução ou supressão da *vacatio*.

**90. Suspensão, cessação ou termo da vigência**

A respeito da entrada em vigor da lei é usual tratar apenas do problema da determinação do momento a partir do qual o ato normativo produz os seus efeitos.

Na *suspensão da vigência* encontramos um caso de ineficácia superveniente da lei. Uma lei pode inicialmente produzir efeitos, mas vir a tornar-se ineficaz. Fala-se então de ineficácia superveniente. A lei continua a existir e a ser válida, mas deixa de produzir efeitos durante certo período de tempo. A opção pela suspensão de vigência justifica-se quando se entenda que só transitoriamente a lei deve deixar de produzir efeitos.

 **A suspensão pode ser expressa –** resultando de uma lei suspensiva **– ou tácita,** por exemplo, a lei que expressamente revoga um regulamento pode implicar a suspensão tácita da lei regulamentada.

Expirado o prazo de suspensão fixado pela lei suspensiva, revogada esta lei, ou eliminado o condicionamento que desencadeara a suspensão tácita, a lei suspensa retoma a sua vigência.

A meu ver a cessação de vigência não é um caso de ineficácia da lei, porque apesar da revogação, a lei antiga pode continuar a produzir efeitos, na medida em que o Direito Transitório da lei nova ou regras gerais de Direito Intertemporal lhe concedam um domínio de aplicação, designadamente com respeito aos efeitos ligados a situações anteriormente constituídas.

Por outro lado, a revogação exclui a lei revogada da ordem jurídica atual. Não se trata apenas de uma cessação de efeitos. Os efeitos que a lei antiga produz por força do Direito Intertemporal não implicam que a lei antiga faça parte da ordem jurídica atual: a lei antiga é aplicada, como elemento da ordem jurídica anterior, por força de uma remissão do Direito Intertemporal.

É por esta razão que a revogação da lei revogatória não permite presumir o renascimento da lei que esta revogara (art.º 7.º/4 CC). Por outras palavras, na falta de disposição em contrário, *a revogação da lei revogatória não tem efeito repristinatório*.

O efeito repristinatório é, em todo o caso, possível. Consiste este efeito numa reintegração da lei antiga na ordem jurídica vigente por força da lei nova.

Deve também observar-se que a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral da lei revogatória determina a repristinação das normas que tenha revogado (art.º 282.º/1 CRP).

**A *revogação* é a forma normal de cessação de vigência da lei.** A revogação é a cessação de vigência da lei por efeito de um ato normativo posterior de hierarquia igual ou superior à lei revogada.

No caso da *caducidade*, a cessação da vigência da lei é determinada por mero efeito da superveniência de um facto.

A própria lei pode prever um facto que desencadeie a cessação da sua vigência (art.º 7.º/1 CC). O mais característico é fixação de um prazo de vigência.

Por exemplo, a lei que regula a reinserção social dos militares que combateram em determinada guerra, caduca quando todos os combatentes nessa guerra estiverem reinseridos ou, o mais tardar, quando falecer o último desses combatentes.

O **desuso** representa uma mera desconformidade entre os padrões sociais de conduta e o critério de conduta contido na regra jurídica.

**Cap. II – A lei (cont. …)**

**91. Modalidades de revogação**

São três as modalidades de revogação: **expressa, tácita e global** (cf. art. 7.º/2 CC).

**A revogação é *expressa* quando** consta de declaração feita na lei revogatória. Por exemplo, o DL n.º 496/77, de 25/11, que reformou o Código Civil, revogou expressamente vários preceitos deste código.

**A *revogação tácita* resulta** da incompatibilidade entre as regras da lei nova e as da lei antiga.

**A *revogação é global*** quando a nova lei regula globalmente a matéria a que se aplicava a lei anterior

Por exemplo, com a entrada em vigor do Código Civil de 1966 pôde presumir-se a revogação de toda a legislação civil relativa às matérias que este diploma abrange.

**A revogação pode ser total ou parcial** consoante determina a cessação da vigência de todo complexo normativo contido num diploma, ou apenas a de uma parte.

**A revogação pode ainda ser substitutiva ou simples** conforme substitui o regime jurídico da lei revogada ou se limita a operar a revogação. A revogação tácita é sempre uma revogação substitutiva.

Poderia pensar-se que, para haver revogação, a lei revogada tem estar em vigor no momento da entrada em vigor da lei revogatória. No entanto, nada obsta à revogação de uma lei cuja vigência se encontra suspensa. Pode mesmo pensar-se que a revogação pode incidir sobre uma lei que ainda não entrou em vigor, com o sentido útil de impedir a sua entrada em vigor. Neste caso, a revogação não atinge a eficácia da lei revogada, mas remove-a da ordem jurídica. Pode, por isso, ainda ser considerada uma modalidade de cessação de vigência.

**A revogação de uma lei pode desencadear a caducidade de outra lei. Isto sucede em três casos:**

**-** Quando a revogação de uma lei priva de âmbito de aplicação outra lei, esta lei caduca;

**-** Com a revogação de uma lei caduca a lei que a regulamentava;

**-** A revogação da lei que impõe uma obrigação de conduta implica a caducidade da lei que estabeleça a sanção aplicável à sua violação.

**92. Lei geral não revoga lei especial**

Determina o n.º 3 do art.º 7.º CC: “A lei geral não revoga a lei especial, exceto se outra for a intenção inequívoca do legislador.”

Seguindo um critério estrutural ou formal, a relação de especialidade é definida pelo alcance da previsão de cada uma das regras em concurso: o domínio de aplicação da norma especial corresponde a um setor do domínio de aplicação da norma geral.

Todas as situações que caem no âmbito da previsão da norma especial também estão dentro do domínio de aplicação da norma geral. Mas nem todas as situações abrangidas pela previsão da norma geral estão dentro do domínio de aplicação da norma especial.

Quando há incompatibilidade entre as regras jurídicas em vigor que estão nesta relação de especialidade, entende-se que a norma especial prevalece sobre a norma geral.

Na mesma ordem de ideias, a lei geral não revoga a lei especial, porque, em princípio, a nova lei geral não atende à “especialidade” de que se revestem certas situações, não existindo uma intenção de abolir o regime especial para elas estabelecido.

Contudo, pode haver essa possibilidade, são diversas as considerações que podem levar à revogação de regimes especiais por uma lei geral.

Pode haver uma reapreciação das circunstâncias particulares que justificavam a “especialidade” e que, segundo a nova valoração, não justificam a manutenção de regimes especiais.

 A especialidade de uma lei pode ser meramente formal, por não ser justificada pelas circunstâncias particulares do setor a que se aplica. É o que sucede quando o legislador aproveita uma lei especial para introduzir soluções que se justificam em todo o domínio de aplicação da lei geral. Neste caso, se o legislador vem alterar a lei geral, consagrando soluções contrárias à lei formalmente especial, não há razão para manter em vigor esta lei.

Enfim, o novo regime geral pode mostrar-se mais adequado a todas as situações, incluindo as reguladas pela lei especial.

**Em suma,** o que justifica a não revogação da lei especial por lei geral é a *especialidade substancial*, que decorre do estabelecimento de um regime específico mais adequado a circunstâncias particulares e não uma especialidade meramente formal.

**93. Revogação e hierarquia das leis**

Uma lei só pode revogar leis de hierarquia idêntica ou inferior. Por exemplo, uma lei ordinária não pode revogar uma norma da Constituição.

**CAP. III - O COSTUME E OS USOS**

**94. Noção**

A institucionalização da sociedade requer mais, porém, do que meras práticas sociais reiteradas, ou usos. Certas relações sociais têm de se basear na imposição de deveres e no reconhecimento ou atribuição de direitos.

Partindo do que era inicialmente uma mera expectativa de um comportamento normal vai generalizar-se a convicção geral de que este comportamento corresponde a uma vinculação jurídica, i.e., de que a ordem jurídica prescreve essa conduta.

Quando um uso social é acompanhado desta “convicção de obrigatoriedade”, temos, segundo a noção mais divulgada, um costume.

**Doutrina Professor Doutor Lima Pinheiro:** Parece-me mais exato falar em ***convicção de vinculatividade***, uma vez que o costume, como a lei, não se limita a impor deveres, também pode atribuir direitos, regular o estado das pessoas ou estabelecer requisitos de validade de negócios jurídicos.

**“Costume”** tanto pode servir para designar um modo de criação de normas jurídicas, como para designar as normas e complexos normativos assim criados. Neste último sentido, “costume” é sinónimo de *Direito consuetudinário*.

Em princípio, é a aplicação do costume na decisão jurisdicional que pressupõe a sua vigência, e não, ao inverso, a vigência que pressupõe a aplicação.

Claro que a prática dos órgãos de aplicação do Direito é um elemento importante a ter em conta na determinação da conceção normativa, que vigora na comunidade, sobre as fontes do Direito. Mas não é o único elemento, e pode haver práticas divergentes entre jurisdições de diferente natureza, designadamente entre tribunais estaduais e tribunais arbitrais.

A convicção de vinculatividade pressuposta pelo costume não pode deixar de ser qualificada pelo conjunto das notas distintivas do Direito. Não basta a convicção de se estar obrigado, é necessária uma convicção de se estar obrigado ou vinculado *juridicamente*.

Por conseguinte, parece-me que para se afirmar a vigência de uma regra consuetudinária não basta a efetividade social nem a convicção de vinculatividade jurídica. Será necessário que a norma, em função do seu conteúdo, participe validamente do sistema jurídico.

Segundo MENEZES CORDEIRO, o “costume deve ser reconhecível como Direito, para a sociedade considerada. Nessa medida, ele terá de ser reconduzível a uma harmonia de conjunto, integrando princípios gerais.

**95. Modalidades**

Pode-se distinguir vários tipos de costume: o **costume internacional,** que é fonte do Direito Internacional, do **costume interno,** que vigora no âmbito de uma ordem jurídica estadual. A relevância do costume como fonte do Direito Internacional é comummente aceite.

Além do costume internacional e do costume interno importa referir o **costume transnacional.** **O costume transnacional** é aquele que embora extravasando do âmbito de uma ordem jurídica estadual não é fonte de Direito Internacional. É o que se verifica com o costume comercial internacional.

O costume interno deixa-se subdividir em geral, local e particular:

* **Costume geral** será aquele cujo âmbito de aplicação corresponder ao de uma ordem jurídica estadual.
* **O costume local** vigora apenas numa parte do território do Estado.
* **É particular o costume** que é aplicável a certos grupos de pessoas, ou que vigora dentro de certos setores da vida social, por exemplo, em certos ramos da atividade económica.

**Pode-se distinguir entre:** o costume tradicional, ou costume em sentido estrito, do costume jurisprudencial.

**O costume tradicional,** característico dos Direitos arcaicos ou tradicionais, forma-se espontaneamente, como expressão direta das estruturas sociais. Nasce e desenvolve-se em íntima correlação com as representações morais e religiosas; a convicção de vinculatividade do costume assenta, em larga medida, nestas representações e, em geral, na força da tradição.

**Já o costume jurisprudencial** é a prática judicial constante que se integrou na “consciência jurídica geral”. Neste caso, o processo de criação da norma integra elementos intencionais, designadamente as decisões judiciais, bem como o reconhecimento por parte dos órgãos jurisdicionais.

**CAP. III - O COSTUME E OS USOS (CONT. …)**

**96. Significado prático**

A valia prática do costume é inversamente proporcional em relação à importância da lei.

Afirma-se que nos Direitos considerados menos desenvolvidos domina o costume e que nos mais desenvolvidos é a lei a fonte dominante. O Direito consuetudinário tende a recuar à medida que a lei avança.

Enquanto o Direito consuetudinário (tradicional) é composto por normas que existem na consciência coletiva, e que se manifestam no comportamento geral, a lei é integrada por normas emanadas dos órgãos a que a Constituição atribui tal missão. O Direito que prossiga um fim inovador, um fim transformador, subordinado à condução política do país, é fundamentalmente lei.

O costume também acompanha a evolução da sociedade, mas, por definição, não pode “antecipar-se” à realidade e constituir um fator de transformação social. Em contrapartida, o **Direito consuetudinário** molda-se à realidade social, em contraste com os frequentes desfasamentos da legislação “transformadora”. Nas modernas sociedades estaduais a lei tende a ter primazia entre as fontes do Direito.

Neste contexto, a lei é encarada como a expressão da vontade coletiva exercida principalmente através dos órgãos do poder político legitimamente constituído a quem seja confiada a função legislativa.

Por conseguinte, nas modernas sociedades estaduais os órgãos do poder político tendem a desempenhar o principal papel na produção de normas jurídicas.

A lei é o meio de ação essencial do poder sobre a vida social. Relativamente a certas matérias, a regulação jurídica só pode ser feita por meio de lei formal (reserva de lei).

O formalismo de que normalmente se reveste o processo legislativo, e a circunstância de as leis serem publicadas, conferem à norma legal um grau de certeza jurídico, precisão e cognoscibilidade dificilmente comparável ao das regras geradas pelo costume. Daqui não decorre necessariamente, porém, uma primazia da lei em relação ao costume.

Pode dizer-se que o costume está numa posição de vantagem porque a efetividade social da regra costumeira está automaticamente assegurada.

Com este aspeto se liga a legitimação democrática do costume: o costume assenta na prática e nas convicções dos membros da sociedade ou do círculo social em que vigora. Mas daqui também não decorre necessariamente que o costume ocupe posição de supremacia na hierarquia das fontes.

O que poderá porventura defender-se é que há uma primazia teórica do costume e uma primazia prática da lei.

Conceção normativa que integra a consciência da comunidade jurídica está-se a admitir que a regra de reconhecimento última tem natureza consuetudinária. Mas se, desta conceção resulta, como me parece, que a lei (criada no exercício da função legislativa) tem primazia sobre o costume infraconstitucional, estamos a admitir a primazia prática da lei.

**97. Relações entre costume e lei**

Do ponto de vista das suas relações com a lei, fala-se em costume:

**- *Secundum legem*,** quando uma prática social é observada como costume, apesar de se conformar com o previsto na lei;

**- *Praeter legem,***quandoo costume vai além da lei, regulando matéria não disciplinada legalmente**;**

**- *Contra legem*,** quando o costume contraria o disposto na lei.

A validade da regra consuetudinária também tem de ser controlada, sendo, designadamente, de exigir, a sua compatibilidade com os direitos fundamentais consagrados na constituição e com os princípios gerais que enformam o sistema jurídico.

Esta primazia da constituição implica também que dela deve partir a definição da hierarquia entre as fontes que lhe estão subordinadas.

A vigência do costume não depende de ser reconhecido ou, sequer, tolerado, pela lei. O costume vigora desde que seja válido, i.e., que não contrarie a lei e seja conforme aos princípios gerais de Direito.

Há casos em que o intérprete, ao aplicar a regra legal prevalecente, não pode ignorar a divergência entre a determinação legal e o padrão social de conduta definido pelo costume.

Os órgãos públicos ficam colocados numa posição delicada: por um lado têm de respeitar a lei, por outro não podem ignorar completamente a existência do costume

A lei transforma-se, neste caso, num mero critério de decisão.

Quanto ao costume *praeter legem*, pergunta-se sobre o seu valor para a integração de lacunas. Por outras palavras, se o costume pode ser uma fonte subsidiária de Direito.

À face do disposto no art.º 10.º CC o costume não teria uma função integradora. No entanto, é preciso não esquecer que as regras consuetudinárias válidas são regras vigentes.

Parece-me que, na impossibilidade de integrar a lacuna com recurso à analogia *legis* (art.º 10.º/1 e 2 CC), se poderá solucionar o caso com base no Direito costumeiro que vigore no local em que as partes residem ou no círculo que ambas as partes integrem.

**98. A relevância do costume à luz das regras legais**

O CC não reconhece o costume como fonte de Direito. Este diploma afasta não só a relevância do costume *contra legem*(arts. 1.º e 7.º/1), como nega uma função interpretativa ou integradora ao costume *praeter legem* (cp. arts. 9.º e 10.º).

No entanto, no art.º 348.º CC o legislador admitiu que o costume pode, em certos casos, ser fonte do Direito.

Em geral o tribunal tem a obrigação de conhecer o Direito aplicável, não recaindo sobre as partes o ónus da sua prova. Face às dificuldades que possam existir, porém, pode suscitar a averiguação do Direito consuetudinário, do Direito local e do Direito estrangeiro. Sem se se reconhecer, em geral, que o costume é fonte do Direito admite-se que o possa ser em certos casos.

Naturalmente que o costume poderá valer, à face da lei, como uso, nos casos em que os usos relevam à face da lei. A remissão legal para os usos é, em larga medida, uma forma encoberta de permitir a relevância do costume, sem, porém, reconhecer a sua existência.

**99. Aplicação pelos órgãos públicos**

Por conseguinte, os tribunais judiciais e outros órgãos públicos devem decidir os casos que lhes são submetidos segundo a lei e, nos casos em que a lei o permite, segundo o costume (o que inclui os casos em que a lei remete para os “usos”).

Os órgãos públicos devem aplicar o costume *praeter legem* dentro dos limites fixados pelos valores fundamentais e princípios gerais do sistema.

Os órgãos públicos não devem aplicar costume *contra legem*.

**100. Usos**

Os usos são meras práticas sociais reiteradas, regularidades sociais, que não são acompanhadas de uma convicção de vinculatividade. Porque a simples normalidade social não é geradora de normatividade, os usos nunca são fonte imediata do Direito.

Os usos são fonte mediata do Direito quando uma regra legal ou consuetudinária lhes confere força jurídica. Do n.º 1 do art.º 3.º do CC consta uma disposição genérica neste sentido.

Mesmo nos casos em que a lei remeta para os usos, só serão positivados os usos que forem conformes com os valores fundamentais e os princípios gerais da ordem jurídica.

A remissão para os usos pode ter o mais variado alcance: tanto pode abranger genericamente todo um ramo do Direito, como sucederá no caso de o Direito Comercial remeter subsidiariamente para os usos do comércio, como restringir-se a um aspeto parcelar de um determinada relação típica, passando por várias hipóteses intermédias.

Embora o Direito português vigente não se refira expressamente ao valor interpreta­tivo dos usos**, os usos relevam aqui como elemento de interpreta­ção do negócio jurídico,** apreciado pelo intérprete a par de quaisquer outros elementos que possam relevar para o efeito, com vista a esclarecer o que é normal e razoável. Esta apreciação não pres­supõe a atribuição de valor normativo aos usos em causa.

Repare-se que só há um problema de integração quando se verificar uma lacuna do negócio jurídico, i.e., um ponto omisso que não é contemplado pelas cláusulas do contrato, por regras jurídicas ou por usos positivados por remissão legal.

Quando a lei não remete para os usos, estes só podem relevar para a integração no quadro definido pelo art.º 239.º que manda atender à “vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omisso”, i.e., à vontade hipotética, “ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta”.

**Neste contexto,** os usos relevam como meros elementos de facto que o intérprete aprecia livremente na reconstituição daquilo que seria a vontade normal e razoável das partes se o ponto omisso lhes tivesse ocorrido. Também este modo de relevância não envolve a atribuição de valor normativo aos usos.

Creio que os usos podem ainda relevar nos casos em que a lei remete para padrões sociais de conduta, por exemplo, quando, no art. 487.º CC, manda atender à diligência de um “bom pai de família” em matéria de responsabilidade civil.

**CAP. IV - A JURISPRUDÊNCIA**

**101. A visão clássica do papel da jurisprudência**

O termo “jurisprudência” é polissémico: pode significar, designadamente, para designar a Ciência do Direito ou as decisões dos tribunais.

Neste segundo sentido, “jurisprudência” pode significar o conjunto das decisões dos tribunais, uma orientação seguida numa série significativa de decisões ou qualquer decisão jurisdicional. A função jurisdicional do Estado consiste na aplicação do Direito por órgãos independentes e colocados numa posição de imparcialidade (cf. art.º 203.º CRP).

**Em regra, o ato jurisdicional é concreto:** define uma situação jurídica concreta, não cria uma regra geral e abstrata. O exercício da função jurisdicional culmina no julgamento: a decisão judicial ou sentença resolve, em regra, um caso concreto, definindo as situações jurídicas em causa por forma definitiva.

Qual o significado de cada decisão judicial para casos semelhantes que no futuro sejam apreciados pelo mesmo tribunal ou por outros tribunais?

**A este respeito há dois sistemas básicos: o do *Common Law* e o da família romano-germânica.**

**Na família do *Common Law***vigora o sistema do precedente: as decisões dos tribunais superiores constituem precedente relativamente vinculativo, pelo menos para os tribunais inferiores (doutrina *stare decisis*).

**Pelo contrário, na família romano-germânica,** os tribunais não estão formalmente vinculados a decidir em conformidade com as decisões anteriormente proferidas em casos semelhantes, mesmo por tribunais superiores.

Em regra, a decisão só tem importância imediata para o caso concreto a resolver. No entanto, a solução dada num caso concreto pretende ser válida à face do sistema jurídico.

Por conseguinte, cada decisão encerra em si a afirmação de que casos semelhantes devem, no futuro, ser resolvidos do mesmo modo. A solução, se correta for, deve valer para o futuro.

Corresponde à prática judiciária que o mesmo tribunal superior tende para a continuidade da sua jurisprudência, e que os tribunais inferiores tendem a respeitar a jurisprudência do tribunal superior.

Enquanto não ocorrerem modificações legislativas ou sociais que alterem o contexto da solução jurídica, a jurisprudência tende, no seu conjunto, para a constância e a uniformidade.

Esta constância e uniformidade é propiciadora de certeza jurídica e previsibilidade de soluções. Os juristas confiam nas soluções consolidadas na jurisprudência e, através deles, a generalidade dos interessados baseiam nestas soluções a sua conduta. Todos acabam por ver aí um Direito vigente, por vezes designado “Direito jurisprudencial”, ou mais amplamente, um “Direito dos juristas”.

Não há, porém, vinculação formal ao precedente. Sempre que um tribunal tem de resolver um caso, é possível que, ao reexaminar a solução até aí dada, obtenha a convicção segura que a solução não é correta e que, apesar da confiança entretanto depositada na jurisprudência firmada, deve proferir uma decisão de sentido diferente.

Contudo, estas viragens constituem uma adaptação à evolução da ordem jurídica ou do circunstancialismo social envolvente.

**102. A elaboração jurisprudencial do Direito**

Desde o século XIX que o papel da jurisprudência tem sido de crescente importância na maioria dos sistemas da família romano-germânica: na uniformização da interpretação; na adaptação do Direito legislado, designadamente de códigos que datam do século XIX ou do início do século XX, à evolução social; no desenvolvimento de novas soluções para novos problemas jurídicos.

A decisão dos juristas não é uma decisão isolada que vincula a solução de casos futuros, mas um desenvolvimento jurisprudencial, que, caso a caso, vai paulatinamente esboçando uma regra geral.

Face à efetividade que as regras formadas pela jurisprudência uniforme e constante alcançam, coloca-se a questão da sua vigência; por outras palavras, se a jurisprudência é fonte do Direito.

Aqueles que se mantêm fiéis ao dogma da exclusividade da lei respondem liminarmente pela negativa. A jurisprudência seria só uma fonte de conhecimento jurídico que revelaria o sentido do Direito vigente.

Entendem outros que uma jurisprudência criativa, uniforme e constante é necessariamente fonte do Direito. Com este entendimento converge a posição de **MARCELO REBELO DE SOUSA.**

Sustenta ainda uma terceira corrente que, além dos casos em que a Constituição atribua força obrigatória geral a decisões judiciais, as regras desenvolvidas pela jurisprudência só se positivam, só ganham validade normativa, quando integrem um costume jurisprudencial.

As soluções desenvolvidas pela jurisprudência poderão converter-se em regras jurídicas, não só nos casos em que a Constituição o admita, como também, pelo menos, quando se forme um costume jurisprudencial.

**103. A uniformização da jurisprudência**

A uniformidade das diferentes decisões judiciais que recaem sobre casos semelhantes é importante para a certeza jurídica e previsibilidade das decisões judiciais, para a realização do princípio da igualdade, para o desenvolvimento do Direito e para facilitar a administração da justiça.

Antes da declaração de inconstitucionalidade dos assentos havia dois processos de uniformização da jurisprudência. **O primeiro** era o julgamento do recurso de revista ou agravo com intervenção de todos os juízos da secção ou em reunião conjunta de secções do STJ. Esta possibilidade encontrava-se prevista nos arts. 728.º/3 e 762.º/3 CPC. A decisão proferida sobre este recurso não criava por si uma regra geral vinculativa

**O segundo processo de uniformização** correspondia ao instituto do assento, desde logo previsto no art.º 2.º CC. O assento resultava de uma decisão com força obrigatória geral, i.e., que criava uma regra geral vinculativa. Esta decisão era proferida com base num recurso extraordinário dirigido ao Tribunal pleno, que reunia simultaneamente todas as secções do STJ, para uniformização da jurisprudência nos termos dos arts. 763.º e segs. CPC então vigentes.

Constituiu ponto controverso se os assentos eram regras de fonte legal ou jurisprudencial

Segundo o entendimento dominante, defendido designadamente por **OLIVEIRA ASCENSÃO** o assento teria natureza jurisprudencial. O contrário militou **CASTANHEIRA NEVES,** argumentando com base nos atributos do assento enquanto ato normativo.

**Parece de preferir o entendimento dominante:** embora o assento fosse um ato normativo de um órgão do poder político era um ato jurisdicional, e não uma lei, porque resultava de uma interpretação, integração ou desenvolvimento do Direito estritamente subordinado ao sistema jurídico, por parte de um órgão imparcial.

O acórdão também afirma que a impossibilidade de modificar o assento impede a evolução da jurisprudência e contraria manifestamente o sentido mais autêntico da função jurisdicional.

Do acórdão não decorre que o instituto do assento seja, no seu conjunto, inconstitucional. O assento será constitucional se não tiver força vinculativa geral e estiver sujeito, em princípio, à contradita das partes e à modificabilidade pelo tribunal que o proferiu.

**A reforma do Código de Processo Civil** (DL n.º 329-A/95, de 12/12), aboliu os assentos, por considerar desnecessária a instituição de mecanismos processuais que facultassem a revisão do decidido e que a normal autoridade e força persuasiva da decisão do STJ, obtida no julgamento ampliado de revista, será suficiente para assegurar satisfatoriamente a uniformidade da jurisprudência.

Portanto, os assentos já proferidos perdem retroativamente a sua força obrigatória geral, deixando de ser fontes do Direito.

TEIXEIRA DE SOUSA pronunciou.se por entender que a competência para legislar sobre os assentos não depende da competência para legislar sobre a matéria regulada pelo assento. Verifica-se, porém, que por força da declaração de inconstitucionalidade só fica ressalvado o efeito de caso julgado.

Portanto, os assentos proferidos antes da entrada em vigor do DL n.º 329-A/95 perderam a sua força obrigatória geral

Dos efeitos produzidos por assentos proferidos depois só não são prejudicados os que constituam caso julgado. Desde 1996 até à entrada em vigor do DL n.º 303/2007, de 24/8, passou a existir um único processo de uniformização da jurisprudência civil: o julgamento ampliado de revista ou de agravo, nos termos dos arts. 732.º-A, 732.º-B e 763.º/2 CPC.

O ***julgamento ampliado de revista*** é feito com a intervenção do plenário das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça.

O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça determina, até à prolação do acórdão (i.e., ao proferimento do acórdão), que o julgamento do recurso se faça com intervenção do pleno das secções cíveis, quando tal se revele necessário ou conveniente para assegurar a uniformidade da jurisprudência (art.º 732.º-A/1).

Pode ser requerido por qualquer das partes e deve ser proposto pelo relator, por qualquer dos adjuntos, pelos presidentes das secções cíveis ou pelo Ministério Público.

Enquanto o assento pressupunha uma contradição entre dois acórdãos, o julgamento ampliado de revista visa prevenir um eventual conflito jurisprudencial. O acórdão proferido em julgamento ampliado não vincula o STJ a decidir no mesmo sentido em casos futuros.

Com efeito, a lei não fundamenta a vinculatividade do acórdão proferido em julgamento ampliado para os tribunais inferiores. Sucede, porém, que a decisão proferida por tribunais inferiores contra jurisprudência uniformizada pelo STJ admite sempre recurso (art.º 678.º/2/c CPC).

É controverso se estes acórdãos são fontes do Direito, uma vez que não têm força obrigatória geral, mas apenas um esquema de controlo da conformidade das decisões dos tribunais inferiores por via de recurso.

O DL n.º 303/2007 veio introduzir um *recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência* nos arts. 763.º e segs. CPC, que permite às partes suscitar um conflito de jurisprudência perante o Supremo Tribunal de Justiça, como vista a uniformização da jurisprudência, quando o presidente do Supremo tenha omitido a determinação do julgamento ampliado de revista.

As partes podem interpor recurso para o pleno das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça quando o Supremo proferir acórdão que esteja em contradição com outro anteriormente proferido pelo mesmo tribunal, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de Direito (art.º 763.º/1).

Este recurso é extraordinário porque pressupõe o trânsito em julgado do acórdão recorrido (art.º 763.º/2) e é interposto no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão recorrido (art.º 764.º/1).

O recurso também deve ser interposto pelo Ministério Público, mesmo quando não seja parte na causa, mas, neste caso, não tem qualquer influência na decisão desta, destinando-se unicamente à emissão de acórdão de uniformização sobre o conflito de jurisprudência (art.º 766.º). O recurso não é admitido se a orientação perfilhada no acórdão recorrido estiver de acordo com jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça (art.º 763.º/3).

Enquanto o recurso ampliado de revista é um recurso ordinário interposto da decisão de um Tribunal de Relação ou de uma sentença do tribunal de 1.ª instância de que se tenha interposto que visa prevenir o eventual conflito jurisprudencial, o recurso extraordinário para a uniformização de jurisprudência é interposto de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça e visa resolver um conflito jurisprudencial, visto que pressupõe necessariamente uma contradição entre este acórdão e outro acórdão do mesmo tribunal.

Quanto à vinculação dos tribunais inferiores pela decisão proferida neste recurso para a uniformização da jurisprudência, bem como à sua publicação, aplicam-se as considerações tecidas a respeito dos acórdãos proferidos em julgamento ampliado de revista.

Prevê-se aqui que quando no domínio da mesma legislação o STJ proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão de Direito, assentam em soluções opostas, cabe recurso para o pleno das secções criminais, do acórdão proferido em último lugar (art.º 437.º/1).

É também admissível o recurso quando um Tribunal de Relação proferir acórdão que esteja em oposição a outro acórdão da Relação, ou do STJ, se dele não for admissível recurso ordinário, salvo se a orientação perfilhada naquele acórdão estiver de acordo com a jurisprudência já anteriormente fixada pelo STJ (art.º 437.º/2).

O recurso pode ser interposto pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis e é obrigatório para o Ministério Público (art.º 437.º/5).

Até à reforma de 1998 a decisão proferida neste recurso (recurso extraordinário) constituía jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, o que parecia configurar um assento com eficácia “meramente interna”, i.e., que só vincula na hierarquia dos tribunais comuns e é modificável. Mas com a reforma operada em 1998, esta decisão deixou de constituir jurisprudência obrigatória, embora os tribunais judiciais devam fundamentar as divergências relativamente à jurisprudência firmada naquela decisão (art.º 445.º/3).

Numa variante deste processo de uniformização, o Procurador-Geral da República pode determinar que seja interposto recurso para fixação da jurisprudência de decisão transitada em julgado há mais de 30 dias (art.º 447.º/1). Neste caso a decisão não tem eficácia no processo em que o recurso tiver sido interposto (art.º 447.º/3).

**Dois processos de uniformização da jurisprudência:**

* **O primeiro é o julgamento ampliado do recurso,** que é julgado com intervenção de todos os juízes que integram a secção do Supremo Tribunal Administrativo ou do Tribunal Central Administrativo. Este processo tem natureza preventiva, visando prevenir um conflito jurisprudência.
* **O segundo é o recurso de uniformização de jurisprudência** quando sobre a mesma questão fundamental de direito exista contradição entre acórdão do Tribunal Central Administrativo e acórdão anteriormente proferido pelo mesmo tribunal ou pelo Supremo Tribunal Administrativo ou entre dois acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo.

**104. Decisões com força obrigatória geral**

Com a supressão dos assentos não foram eliminados todos os atos jurisdicionais com força obrigatória geral. O Tribunal Constitucional pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas com força obrigatória geral nos termos do art.º 281.º CRP.

Esta declaração tem lugar na fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade e da legalidade, i.e., a fiscalização que é posterior à entrada em vigor da lei e independentemente da aplicação dessa lei a qualquer caso concreto.

Nos termos do art.º 281.º/3, o TC também aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

Estas decisões são publicadas na 1.ª série do Diário da República

Estas decisões têm força obrigatória geral, porque vinculam tanto os particulares como os órgãos do poder político, incluindo os tribunais (ver art.º 282º CRP).

Estas decisões são indiscutivelmente fonte do Direito.

Esta fonte do Direito é jurisprudencial. O Tribunal Constitucional exerce uma função jurisdicional quando declara a inconstitucionalidade ou a ilegalidade, porque esta decisão se fundamenta na aplicação da Constituição ou da lei.

Nestes casos a jurisprudência é uma fonte mediata do Direito com relevância negativa: determina a invalidade da norma declarada inconstitucional ou ilegal.

**CAP. V - A CIÊNCIA DO DIREITO**

**105. A ciência jurídica como fonte de conhecimento jurídico**

Não só os titulares de órgãos públicos de tutela jurídica, mas também as pessoas que exercem outras profissões jurídicas, têm de interpretar o Direito vigente, integrar as suas lacunas e realizar outras tarefas que vão além de uma aplicação mecânica de regras jurídicas predefinidas, realizando uma atividade criativa.

Pensamos nos docentes de Direito, nos advogados e noutros juristas, onde a sua atividade pode ter grande influência no desenvolvimento da ordem jurídica.

Tradicionalmente, chama-se a atenção para a importância assumida pelas opiniões ou pareceres formulados pelos autores, a sua *doutrina*. Estas opiniões e pareceres constam dos mais variados estudos jurídicos, por exemplo, tratados, manuais, monografias, códigos anotados, etc.

A doutrina foi um importante modo de criação de regras no Direito Romano e durante a sua receção na Europa. A criação de regras jurídicas pela doutrina resultou então da autoridade do parecer dado por certo jurisconsulto ou do valor reconhecido às soluções defendidas pelo conjunto dos autores.

No primeiro caso está a resposta dada pelos jurisconsultos romanos investidos do *ius publice respondendi (o Direito de falar em público)*, a que era reconhecida por si força vinculativa.

Para o segundo, cita-se a importância que foi concedida à *communis opinio doctorum*, a opinião comum dos doutores, no Direito europeu, na época medieval.

No entanto, a importância da doutrina na evolução do Direito continuou a ser notória. Refira-se, a título de exemplo, que muitas das soluções que hoje constam do CC de 1966 foram avançadas por professores de Direito, e impuseram-se como Direito vigente, embora representassem desenvolvimentos não contidos no Código de Seabra.

A Ciência Jurídica influencia a atividade legislativa, a jurisprudência e o tráfico negocial.

Os contributos da Ciência do Direito não constituem, de per si, novas regras jurídicas. Os tribunais não estão vinculados a decidir em conformidade com a doutrina mesmo quando esta no seu conjunto defenda determinada solução. Para que as soluções propostas pelos autores se positivem necessário é que o legislador as acolha ou que a sociedade as reconheça como vinculativas. Normalmente, este reconhecimento passa pela adesão da jurisprudência e pela eventual formação de um costume jurisprudencial.

Em suma, a ciência do Direito não é fonte do Direito em sentido técnico-jurídico; é uma fonte de conhecimento jurídico, que colabora na criação e desenvolvimento do Direito por via da sua influência sobre as fontes de produção jurídica.