***Fontes de Direito***

**Noção**: no seu sentido jurídico fontes de direito são os modos de formação ou revelação de normas jurídicas. Segundo Nuno Sá Gomes são as formas de aparecimento e manifestação de normas.

**Fontes formadoras**: são factos normativos que estabelecem direito novo, isto é, criam, modificam ou extinguem normas jurídicas. Têm natureza constitutiva, são inovadoras.

**Fontes reveladoras**: são factos normativos que desvendam o conteúdo de normas já em vigor, mas ignoradas pelo público. Têm natureza declarativa, não são inovadoras.

***Classificação das Fontes de direito:***

**Imediatas**: produzem directamente normas jurídicas, sem qualquer subordinação a outra fonte. De acordo com o CC, são a lei e as normas corporativas.

**Mediatas**: são aquelas que só são reconhecidas como fontes de direito na medida em que a lei lhes confere esse valor. De acordo com o CC são os assentos, os usos e a equidade.

**Voluntárias**: são aquelas que explicitam uma vontade dirigida especificamente á criação duma norma jurídica. Ex. lei, jurisprudência e doutrina.

**Não Voluntárias**: são aquelas que não explicitam uma vontade dirigida especificamente à criação duma norma jurídica. Ex. Costume.

***Consagração legal: Art. 1 a 4 do CC***

O CC adopta a tese clássica das fontes de direito:1º Lei,2º Costume, 3º Jurisprudência, 4º Doutrina.

***Costume***

**Noção**: prática reiterada com convicção de obrigatoriedade.

**Elementos essenciais da noção:**

**Corpus ou elemento material/objectivo**: pratica social reiterada ou constante, isto é, uma prática seguida pelo povo, parte dele ou por certas instituições com uma certa duração.

Este elemento corresponde ao mero uso. Os usos são práticas reiteradas sem convicção de obrigatoriedade. Não são modos autónomos de criação de direito porque, só valem na medida em que a lei os acolher (art.3 do CC). Por isso, ao contrário do costume, os usos não têm juricidade própria.

**Animus ou elemento espiritual/subjectivo**: convicção por parte de quem adopta um costume, de que essa prática é imposta ou permitida pelo Direito. Implica a consciência ou o reconhecimento pelos membros de um grupo social de que há obrigatoriedade jurídica daquela pratica, uma consciência de que se deve agir assim e que tal não deriva apenas de cortesia ou rotina. Existe o sentimento de cumprimento de um dever. **2**

***Separação direito/moral:***

***Critério Teleológico: (finalidades)***

**Moral:** interessa-se pela relação plena do homem – fim pessoal;

**Direito:** visa a realização da justiça para assegurar a paz social

Necessária à convivência em liberdade.

***Critério do objecto:***

**Moral:** incide sobre a interioridade (motivação dos actos/intenções

do foro intimo); ocupa-se com o que se processa no plano do

pensamento e da consciência, que são as acções humanas **internas**.

**Direito:** atende ao que externamente se manifesta; acção humana

depois de **exteriorizada**.

***Critério da imperatividade:***

**Moral:** **unilateralidade** – como visa a perfeição pessoal limita-se a

impor deveres, isto é perante um sujeito moralmente obrigado, não

existe uma outra pessoa a exigir o cumprimento dos seus deveres.

**Direito: bilateralidade** – como visa regular as relações sociais segundo a justiça, impõe deveres e reconhece direitos correlativos, isto é quem se encontra juridicamente obrigado face a ele existe outra pessoa que lhe pode exigir o cumprimento desses deveres.

***Critério do motivo da acção:***

**Moral:** é autónoma, os preceitos morais têm a sua fonte na consciência de quem os deve cumprir (da pessoa que fixa a norma moral), que constitui também a instancia que decide sobre o seu cumprimento ou incumprimento (sanção) – O AUTOR DA NORMA É QUEM LHE DEVE OBEDECER.

**Direito:** é heterónomo, A NORMA É FRUTO DA VONTADE DE UM

SUJEITO DIFERENTE. Existe sujeição a um querer alheio.

***Interdependência entre Direito e Moral:***

**Influência da Moral sobre o Direito:** existem normas jurídicas que têm na moral o seu fundamento. Exemplos: Art. 282 do CC que fixa a proibição de negócios usuários; art. 13 da CRP consagra o principio da igualdade.

Neste sentido, coloca-se a questão de saber se será legitimo legalizar soluções morais? Sim, desde que as normas morais assumam relevância social e não natureza intra-subjectiva.

***Recepção da Moral pelo Direito***: casos em que as próprias normas jurídicas remetem expressamente para a moral, isto é as normas passam a valer como Direito. Ex. O art. Da Declaração Universal do Homem que a CRP acolhe, remete para *“ as justas exigências da mora*l”. Também no Direito Civil art. 280 CC “*negócios jurídicos cujo objecto ou fim seja ofensivo aos bons costumes*”, apelando á moral social dominante. **1**

***Jurisprudência***

***Noção***: entende-se por jurisprudência o conjunto de decisões em que se exprime a orientação seguida pelos tribunais ao julgarem os casos concretos que lhes são submetidos. A jurisprudência pode ser considerada como fonte de direito quando a máxima de decisão ou o critério normativo que conduziu à solução do caso concreto seja considerado vinculativo perante outro caso da mesma índole.

**A jurisprudência e os sistemas de Direito**

Antes de determinar em concreto as situações em que a jurisprudência pode ser considerada como fonte de direito, convém analisar o modo como ela é considerada nos principais sistemas de direito existentes do mundo ocidental.

O nosso sistema romano-germânico, e ao qual ainda pertencem França e Alemanha, está consagrado o principio da liberdade de decisão judicial de acordo com o qual a decisão de um caso concreto, não constitui precedente obrigatório para o julgamento de casos idênticos no futuro, quer sejam, perante o mesmo tribunal quer perante tribunais inferiores ao que decidiu primeiro. No sistema romanístico a jurisprudência não é fonte de Direito pois a máxima de decisão dos tribunais não é elevada a regra que deve observar-se noutros casos.

A atribuição de força obrigatória geral a uma decisão jurisprudencial não lhe retira carácter jurisprudencial, dado que também aqui o tribunal exprime um conjunto de fontes existentes ao declarar que se aplica com força obrigatória geral. O tribunal realiza uma declaração abstracta doDireito a aplicar ao caso ( nas restantes situações em que a decisão do juiz não é fonte de Direito, o tribunal declara em concreto o direito a aplicar ao caso), por isso pode-se dizer que tais decisões servem o direito constituído e não visam proceder a uma renovação da ordem jurídica, como acontece na lei.

**Lei**

**Noção**: Existem várias acepções para a palavra lei no campo do Direito.

- Lei como sinónimo de **Direito**

- Lei como um dos modos de formação de **normas jurídicas** (enquanto fonte de direito)

- Lei como **diploma emanado da AR** por oposição aos Decretos-lei do governo

Enquanto fonte de Direito, o art. 1 nº2 do CC, considera a lei como “*todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes*”.

a) **Lei formal**: é o diploma emanado por um órgão legislativo, que reveste uma forma pré-determinada e cujo conteúdo pode abranger normas jurídicas ou comandos individuais.

b**) Lei material**: é o diploma emanado pelo órgão competente, com conteúdo normativo, contendo uma ou mais normas gerais e abstractas, independentemente da sua forma externa.

**4**

**Relação dos costume com a lei:**

Embora a lei seja a fons júris predominate, ela não está acima do costume. A juricidade do costume radica nos mesmos valores e princípios normativos da consciência jurídica geral da comunidade.

**Logo a relação do costume com a lei pode ser:**

**Secundum legem** – a norma costumeira e a norma extraída da lei têm o mesmo sentido. O costume apenas pode ter utilidade interpretativa.

**Praeter legem** – a norma costumeira não contraria a lei, mas vai além dela pois tem por objecto matéria que a lei não regula. O costume pode ter utilidade na integração de lacunas.

**Contra legem** – o costume e lei estão em contradição. Por isso, como a lei pode revogar um costume, também este pode fazer cessar a vigência de uma lei anterior.

**Prática do costume por comparação com a lei:**

**Vantagens:** lei – maior certeza e adequação enquanto instrumento de transformação social/costume – maior adequação à evolução social.

**Desvantagens:** lei- a sua rigidez impede-a de acompanhar a evolução social/ costume – maior incerteza, pois é de prova difícil dado que exprime uma ordem espontânea da sociedade.

**Costume em Portugal**

-**Costume secundum legem**: lei ignora-o.

-**Costume praeter legem**: lei ignora-o porque o art. 10 do CC a respeito da integração de lacunas, não se refere ao costume.

-**Costume contra lege**: a lei não lhe reconhece qualquer valor jurídico porque não admite a possibilidade de a lei cessar a sua vigência por força de um costume que lhe é contrário (art. 7 do CC).

Todavia:

É reconhecido o **costume internacional** nos artigos 8 nº1 e 29 nº2 da CRP.

E, embora o costume não seja referido nos artigos iniciais do CC relativo às fontes de direito, a verdade é que ele está acolhido no **art.348 do CC**, onde se prevê a prova do **direito consuetudinário**.

**MRS: “***a relevância do costume não depende da lei. O costume é uma forma autónoma de criação do direito que se situa ao lado da lei, não carecendo de consagração legal, nem de efectiva aplicação coactiva pelos órgãos do Estado.*

*A importância do costume, enquanto fonte de direito é inegável, nomeadamente ao nível do Direito Internacional.*

*O Desafio subjacente ao costume, reside em saber se há condições propícias para o seu florescimento, o que depende de razões históricas e sociais.”*

**3**

**Modalidades de interpretação quanto ao resultado**

**Elemento literal ou gramatical** – corpo. É composto pelas palavras pelas quais a lei se exprime, é determinado pelas regras gramaticais. No nosso exemplo da obra de arte, seria a tela.

**Elemento lógico ou espírito da lei** – alma. São todas as circunstâncias que ultrapassam a letra da lei e que nos podem auxiliara perceber o seu sentido. No exemplo dado seria, o autor a corrente em que se insere, as circunstâncias históricas, etc.

**Elemento histórico**: consiste na evolução temporal ou cronológica da feitura da lei.

**Elemento sistemático**: consiste no facto de a interpretação, duma norma implicar o conhecimento, das normas afins ou paralelas, pois a ordem jurídica tem uma unidade e coerência jurídica que apenas devem ser salvaguardadas na interpretação.

**Elemento teleológico ou racional**: **MRS**: é a finalidade da lei ou ponderação dos interesses que determinam o seu conteúdo**. Santos Justo**: corresponde ao fim concreto ou necessidade que a regra visa satisfazer.

**Modalidades de interpretação quanto ao resultado**:

**Art. 9 do CC**

Da expressão pensamento legislativo usada no nº1 do art. 9 decorre que o legislador português não se quis comprometer com nenhuma das teses, o então Ministro da Justiça Antunes Varela escreveu que *“colocando-se deliberadamente acima da velha querela entre subjectivistas e objectivistas, a nova lei limitou-se a consagrar uns tantos princípios que considera aquisições definitivas da ciência jurídica, sem curar grandemente da sua origem doutrinária”*

**Indícios objectivismo**: referência ao literal: a expressão “… a partir dos textos …” no art. 9 nº1 e a expressão “… na letra da lei um mínimo de correspondência…” no art.9 nº2 afastam o subjectivismo, pois: o sentido da lei deve ter um mínimo de correspondência na lei. Art. 9 nº3 refere-se ao legislador em abstracto que é racional, justo e sábio, e não se refere ao legislador em concreto muitas vezes precipitado, incorrecto e infeliz.

**Indícios de subjectivismo**: Art.9 nº1 “ interpretação não deve cingir-se á letra da lei” consagra a menor importância da lei. Art.9 nº1 consagra o elemento histórico essencial às teses subjectivistas “circunstâncias em que a lei foi elaborada”

**Teses mistas**: defendidas por Santos Justo/Antunes Varela. O sentido da lei não se identifica com a mens legislatoris, mas também não a dispensa, é o resultado de um processo que considera todos os momentos, objectivos e subjectivos. É preciso conhecer a decisão do legislador e os fundamentos em que se apoia para se adaptar a lei ao presente. Segundo AV o art.9, afasta os excessos dos objectivistas que não atendem ás circunstâncias históricas em que a norma nasceu (art.9 nº1) e condena os excessos dos subjectivistas que prescindem por completo da letra da lei para atender apenas à vontade do legislador. Art 9 nº2.

**Teses Objectivistas**: MRS e AO: art.9 é objectivista porque a lei deve valer uma vez integrada na ordem social, verificando-se um apagamento do legislador após o acto de criação normativa – sentido da fonte na ordem social. A lei é necessariamente aberta a todos os estímulos que nela provocam alterações históricas, mas se o objectivo do legislador tiver ficado perceptível na lei, o interprete não o pode ignorar.

**8**

**Objectivistas**: visa determinar o sentido intrínseco da lei, desligando da vontade de quem a fez. “ É como se a lei ganha-se vida própria”. É limitada apenas pelos elementos linguísticos e sistema de Direito em que se insere. Está em causa determinar a “*mens legis*”.

**Vantagens**: maior adaptação às exigências de justiça e necessidades do caso concreto. A lei tem virtualidades próprias além daquelas que o legislador lhe deu. Nem sempre o legislador se exprime da melhor forma e a própria lei pode abrangem caos previstos pelo legislador.

**Desvantagens**: falta de unanimidade quanto à determinação do seu sentido.

**Teses mistas ou de síntese**: defendidas por Larenz e Engisch no início do séc. XX. De acordo com estas teses pretende-se retirar o que de verdade nas teorias subjectivistas e nas objectivistas. Assim defende-se que o sentido da lei não se identifica com a *mens legislatoris*, mas também não a dispensa, é antes o resultado de um processo que considera todos os momentos, o objectivo e o subjectivo: *é preciso conhecer a decisão do legislador e os fundamentos em que se apoia para se acomodar e adaptar a lei ao presente.*

**Historicista/actualista**:

**Historicistas**: visa-se determinar o sentido da lei no momento da sua criação e entrada em vigor.

**Vantagens**: maior certeza e segurança dado que se determina o sentido no âmbito das circunstâncias da sua criação.

**Desvantagens**: não atende ao carácter de durabilidade das leis. As leis não são feitas para vigorarem apenas um ou dois anos, e por vezes o sentido inicial da feitura não se coaduna com as mudanças sociais que entretanto podem acontecer.

**Actualistas**: visa-se determinar o sentido da lei no momento da sua interpretação.

**Vantagen**s: maior adaptação às exigências da vida (dado que se interpreta uma lei que pode ter 30 anos, à luz das exigências de hoje). Impede que tenham que se estar sempre a fazer novas leis.

**Desvantagens**: pode levar a situações de arbítrio. Aplicações de leis a casos, que não se compadecem com tal situação (desfasamento da realidade).

**Elementos de interpretação decisivos nestas diferentes teses**:

Teses subjectivistas e historicistas: elemento histórico é essencial.

Teses objectivistas e actualistas: elemento literal + teleológico e sistemático.

**7**

***Interpretação***

**Interpretação em sentido estrito**: interpretação em sentido restrito consiste na determinação do sentido da regra que decorre da fonte, de forma a poder resolver o caso concreto. Imaginando que a regra é obra de arte, um quadro por exemplo, pela via da interpretação vai-se determinar o significado de cada traço da pintura.

1. Feita por lei de valor igual ou superior ao da norma interpretada. Interpretação feita por uma nova lei que se dirige a fixar o sentido normativo de uma lei anterior. Esta nova lei é uma lei interpretativa (Art.13º).

2. A interpretação autêntica é vinculativa para todos os aplicadores do direito, ainda que esteja errada.

**Interpretação oficial**: é feita por lei (em sentido amplo) de valor inferior ao da lei interpretada. Não tem efeito vinculativo para outros (tribunais, particulares), não tem eficácia externa devido ao art. 112 nº5 da CRP que o impede (as leis de valor inferior não podem alterar ou contradizer o sentido normativo das leis hierarquicamente superiores). Tem uma eficácia meramente interna, isto é, vincula apenas em termos de obediência hierárquica (obriga meramente os agentes administrativos subordinados à entidade que fez a interpretação oficial).

**Interpretação judicial**: é feita pelos tribunais num processo. Só tem valor vinculativo no processo em si. Fora do processo, apenas pode persuadir pela força e exactidão dos argumentos (invocação de jurisprudência).

**Interpretação doutrinal**: é feita fora das condições que caracterizam as situações anteriores. Por juristas ou jurisconsultos. Não tem qualquer força vinculativa, mas pode persuadir: em resultado do prestigio do interprete ou da coerência lógica da argumentação.

**Interpretação particular**: é feita por qualquer cidadão comum, não jurista (quanto a estes fala-se de interpretação nos termos do art. 6 do CC). Não tem qualquer força vinculativa.

**Modalidades de interpretação quanto ao objectivo ou fim**:

**Subjectivistas/Objectivistas/Teses Mistas**

**Subjectivistas**: Vai determinar o pensamento do legislador ou “*mens legislatoris*”, isto é, a vontade da pessoa concreta que fez a lei.

**Vantagens**: certeza e segurança, porque só existe um sentido possível da lei, o do legislador.

**Desvantagens**: dificuldade em determinar nos tempos de hoje a vontade concreta do legislador porque as leis resultam de órgãos colegiais.

**6**

Em regra a maioria das leis é simultaneamente formal e material, por exemplo: a lei da AR que disponha em sentido geral e abstracto sobre a indeminização ás vitimas de crimes violentos.

Uma lei em sentido formal pode ter conteúdo material, por exemplo: uma lei da AR que privatiza ou nacionaliza uma determinada empresa; ou uma lei que promova um General a Marechal por feitos gloriosos em combate. Ou pelo contrário, uma lei em sentido material pode não ter a forma externa de lei, por exemplo, um regulamento do governo que aprove normas gerais e abstractas (um despacho normativo que fixe as taxas das rendas condicionadas).

**MRS**: “ *não refere directamente um conceito de lei, todavia considera que a contraposição deve ser entre lei meramente formal e lei material, pois esta ultima para além de ter um carácter geral e abstracto, deve também revestir uma forma de lei.*”

***Hierarquia das fontes***

Para MRS a expressão hierarquia das fontes de direito não parece a melhor, porque em bom rigor não existe hierarquia entre as fontes no sentido de ordenação de relevância jurídica decrescente quanto aos diversos modos de **revelação** de direito, mas antes quanto ao seu modo de **criação**. Assim é melhor falar de **hierarquia de formas de criação de Direito** e não de hierarquia de fontes de direito ou de factos normativos - trata-se de hierarquia de títulos, de matrizes de concretização do direito e só consequentemente de regras.

1º CRP formal e costume constitucional, 2º Lei de revisão constitucional, 3º Factos criadores de direito internacional: actos e costumes, 4º Actos políticos *stricto sensu* – actos que condicionam o exercício da função legislativa, 5º Leis em sentido formal: leis reforçadas e leis comuns: leis e decretos-lei; num mesmo plano situam-se os costumes em matérias legisláveis, 6º decretos legislativos regionais: CRP submete-os a leis gerais da República e aos decretos-lei do governo 112 nº4 e 5 da CRP, e 7º Acórdãos do TC com força obrigatória geral. Acima dos actos jurisdicionais e dos actos da Administração.

**5**