



## Universidades Lusíada

Cardoso, José António Martins Lucas, 1964-

### **Actualidade do catálogo de fontes de direito consagrado no código civil de 1966**

<http://hdl.handle.net/11067/4599>

<https://doi.org/10.34628/ab9m-5y31>

#### **Metadados**

##### **Data de Publicação**

2017

##### **Resumo**

O presente texto compreende a análise de dois aspectos acerca do catálogo de fontes de Direito consagrado no Código Civil português. Assim, num momento inicial indagamos se o binómio lei e norma corporativa foi a solução mais acertada ao tempo da sua consagração neste diploma para num momento subsequente aferirmos da actualidade da mesma solução em virtude da nova ordem constitucional. O Código Civil português consagra as leis e as normas corporativas como fontes imediatas de Direito, o costume ...

This paper includes the analysis of two aspects about the catalog of sources of law enshrined in the Portuguese Civil Code. Thus, in a start moment, we inquired whether the binomial law and corporate norm was the most accurate solution at the time of its consecration in this diploma for a subsequent moment to assess the timeliness of the same solution by virtue of the new constitutional order. The Portuguese Civil Code enshrines laws and corporate norms as immediate sources of law, custom as a m...

##### **Palavras Chave**

Direito civil - Portugal - Fontes

##### **Tipo**

article

##### **Revisão de Pares**

Não

##### **Coleções**

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 17 (2017)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-26T17:33:05Z com informação proveniente do Repositório

---

## ACTUALIDADE DO CATÁLOGO DE FONTES DE DIREITO CONSAGRADO NO CÓDIGO CIVIL DE 1966 <sup>1</sup>

### ACTUALITY OF THE CATALOG OF SOURCES OF LAW ENSHRINED IN THE CIVIL CODE OF 1966

José Lucas Cardoso <sup>2</sup>

“A questão das fontes, sendo a questão de saber o que constitui o Direito como *Direito*, não pode deixar de ser justamente a questão de saber como a *validade* incarna na realidade social-histórica, adquirindo vigência, mais exactamente, adquirindo o modo de ser próprio do Direito.” J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, p. 153.

**Resumo:** O presente texto compreende a análise de dois aspectos acerca do *catálogo* de fontes de Direito consagrado no *Código Civil* português. Assim, num momento inicial indagamos se o binómio *lei e norma corporativa* foi a *solução mais acertada* ao tempo da sua consagração neste diploma para num momento subsequente aferirmos da actualidade da mesma solução em virtude da nova ordem constitucional. O *Código Civil* português consagra as *leis* e as *normas corporativas* como *fontes imediatas* de Direito, o *costume* como *fonte mediata* e, na sua versão inicial, conferia também esta natureza à *jurisprudência*. O elenco positivado pelo legislador de 1966 não correspondia sequer à realidade existente em 1966 porque omite os *regulamentos* e as *convenções colectivas de trabalho*, aos quais era conferido o valor de fonte de Direito por força de outros diplomas. A entrada em vigor da *Constituição da República Portuguesa* agravou a desadequação do *Código Civil* à realidade portuguesa na medida em que a nova ordem constitucional outorgou à própria *Lei Fundamental* a qualidade de única *norma normarum* do ordenamento

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde à versão reformulada do guião para uma intervenção na *Conferência Internacional comemorativa dos 50 anos do Código Civil*, realizada na Universidade Lusíada de Lisboa em 16 e 17 de Novembro de 2016. As alterações introduzidas para efeito de publicação revestem carácter meramente formal e circunscrevem-se na quase totalidade a citações bibliográficas.

<sup>2</sup> Doutor em Direito. Professor da Universidade Lusíada de Lisboa e do Instituto Politécnico de Lisboa. Investigador do CEDIS e do CEJEA.

jurídico português. A pesquisa de normas legitimadoras de fontes de Direito na nova Constituição formal permite a renovação do *catálogo* nos seguintes termos: a própria (i) *Constituição*, o (ii) *Direito outorgado*, isto é, os *actos legislativos*, os *actos regulamentares*, os *regulamentos europeus*, as *directivas europeias* e eventualmente normas provenientes de outras organizações internacionais de que Portugal seja parte, o (iii) *Direito pactuado*, que compreende as *convenções colectivas de trabalho* e as *convenções internacionais* e algumas (iv) *decisões jurisprudenciais*.

**Palavras-chave:** Código Civil; Constituição da República Portuguesa; fontes de Direito; Direito outorgado; Direito pactuado; Jurisprudência; Costume; Doutrina.

**Abstract:** This *paper* includes the analysis of two aspects about the *catalog* of sources of law enshrined in the Portuguese *Civil Code*. Thus, in a start moment, we inquired whether the binomial *law* and *corporate norm* was the *most accurate solution* at the time of its consecration in this diploma for a subsequent moment to assess the timeliness of the same solution by virtue of the new constitutional order. The Portuguese *Civil Code* enshrines *laws* and *corporate norms* as *immediate sources* of law, *custom* as a *mediate source* and, in its initial version, also conferred this nature on *jurisprudence*. The 1966 legislator's list did not correspond to the reality existing in 1966 because it omits *executive norms* and *collective labor conventions*, which were given the legal value of the law by effect other legal instruments. The entry into force of the *Constitution of the Portuguese Republic* aggravated the inadequacy of the *Civil Code* to the Portuguese reality insofar as the new constitutional order granted to the *Fundamental Law* itself the quality of the only *norm normarum* in the Portuguese legal system. The search for norms legitimating sources of law in the new formal constitution allows the renewal of the *catalog* in the following terms: the own (i) *Constitution*, (ii) the *Law granted*, that is, *legislative acts*, *executive acts*, *executive european acts*, *european directives* and possibly standards from other international organizations of which Portugal is a party, the (iii) *agreed Law*, which includes *collective labor conventions* and *international conventions*, and some (iv) *case-law decisions*.

**Keywords:** Civil Code; Constitution of the Portuguese Republic; Sources of Law; Law granted; Covenant Law; Jurisprudence; Custom; Doctrine.

**Sumário:** I. Actualidade do catálogo de fontes de direito consagrado no Código Civil de 1966. II. Incompatibilidade do catálogo de fontes de Direito com a Constituição de 1976. III. A Constituição da República Portuguesa enquanto fonte autónoma de Direito. IV. O direito outorgado. V. O direito pactuado. VI. A jurisprudência. VII. O costume. VIII. A doutrina.

## I. Actualidade do catálogo de fontes de Direito consagrado no Código Civil de 1966.

Uma reflexão sobre a actualidade do *catálogo* de fontes de Direito consagrado no *Código Civil* de 1966 necessita indagar sobre duas questões essenciais. Assim, cremos por necessário, em momento inicial, (i) buscar a *ratio essendi* da inclusão de

um catálogo de fontes de Direito no *Código Civil* e, em momento subsequente, (ii) identificar a ambição dos seus autores materiais quanto ao *subjectum est justum*.

Quanto à primeira questão, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, civilistas profundamente envolvidos na elaboração do *Código*, ensinavam que “é, no Código Civil que, por tradição e pela ordem natural dos nossos diplomas legislativos, vem regulada a matéria das fontes de Direito”<sup>3</sup>. A tradição invocada por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA mais não é que um afloramento da concepção segundo a qual o *Direito Civil* constitui o depositário da ciência jurídica europeia<sup>4</sup> e nesse contexto seria o *Código Civil* a sede por excelência de reconhecimento legal da panóplia de fontes componentes do ordenamento jurídico.

Quanto à segunda questão, decorre da interpretação das normas iniciais do *Código Civil* que o objectivo da consagração de um *catálogo de fontes de Direito* era o de listar taxativamente as fontes de Direito adequadas a produzir e a revelar *as* normas vigentes no ordenamento jurídico português. Neste sentido, o artigo 1.º, n.º 1, do *Código Civil* estabelece que as *leis* e as *normas corporativas* são as *fontes imediatas* do Direito, isto é, aquelas de onde resultam *direitos e deveres* que produzem efeitos directamente na esfera jurídica das pessoas humanas e colectivas, aceitando assim o *Direito outorgado*<sup>5</sup> pelos órgãos do poder político com âmbito de aplicação uno, pleno e forte. As demais fontes clássicas de Direito são acolhidas com restrições, como a *jurisprudência*, que no texto inicial era aceite como *fonte mediata*<sup>6</sup>, e os *usos*, cuja juridicidade o *Código* faz depender da passagem pelo duplo crivo de remissão legal e de compatibilidade com os princípios da boa fé<sup>7</sup>, ou, pura e simplesmente, são ignoradas, como a *doutrina*.

Contudo, importa saber, por um lado, (i) se esta foi a *solução mais acertada* ao tempo da sua consagração em lei, de acordo com a presunção estabelecida pelo próprio legislador<sup>8</sup>, e por outro lado, (ii) se a solução mantém actualidade, consideradas as alterações entretanto ocorridas na ordem constitucional.

Quanto à adequação da solução encontrada às necessidades da Sociedade portuguesa, esta não correspondia sequer à realidade existente em 1966 porque não distingue *lei de regulamento* ao definir como *leis* “todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes”<sup>9</sup>. Apesar da *mens legislatoris* ir no

---

<sup>3</sup> F. PIRES DE LIMA e J. ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 4.ª edição, 1987, anotação 1 ao artigo 1.º.

<sup>4</sup> Sobre este assunto, A. MENEZES CORDEIRO afirma que o Direito Civil “opera como Direito comum a toda a ordem jurídica”, *Tratado de Direito Civil*, tomo I, Coimbra, Livraria Almedina, 2000, p. 33.

<sup>5</sup> A expressão é de MAX WEBER, *Economía y Sociedad – Esbozo de sociología comprensiva*, trad. castelhana de J. Medina, J. Roura, E. Ímaz, E. García e J. Ferrater, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 173.

<sup>6</sup> Cfr. artigo 2.º e ainda PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, anotação 2 ao artigo 2.º

<sup>7</sup> Cfr. artigo 3.º

<sup>8</sup> Cfr. artigo 9.º, n.º 3.

<sup>9</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 2, 1.ª parte.

sentido de consagrar uma noção *amplíssima* de *lei*, como o revelam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA em anotação ao *Código Civil* quando afirmam que “a palavra *lei* é empregada neste artigo 1.º no seu sentido mais lato. Toda a disposição genérica e imperativa, emanada de um órgão estadual competente, é uma lei. O seu sentido é, portanto, o material, embora se exija que a norma tenha por fonte um órgão estadual, quer ele seja central, como a Assembleia da República ou o Governo, quer seja local, como uma Câmara Municipal no domínio da sua competência”<sup>10</sup>, importa recordar que o binómio *lei / regulamento* constituía pedra angular da classificação das fontes do Direito estadual desde o séc. XIX<sup>11</sup>. Assim, em coerência com o quadro classificatório das fontes de Direito aceites à época, justificar-se-ia o acolhimento da distinção entre *lei* e *regulamento* neste catálogo.

Neste contexto, importa recordar que o autor da *Lei do Contrato Individual de Trabalho*, colocado perante a necessidade de regular matéria análoga, conseguiu, passados apenas três anos, ilustrar de modo mais completo o elenco das fontes de Direito reguladoras das relações laborais ao acolher o *quadrivium lei / regulamento / normas corporativas / convenções coletivas de trabalho*<sup>12</sup>.

Apesar do anunciado propósito de elencar taxativamente o universo das fontes imediatas de Direito com vigência na Sociedade portuguesa, o legislador de 1966 não logrou ir além do leque de fontes de Direito Civil, nem sequer de abranger os ramos de Direito privado especiais. Neste sentido, se, em sede de Direito Comercial, sempre se pode sustentar que a solução do artigo 1.º do *Código Civil* se afigura coerente com o disposto no artigo 1.º do *Código Comercial* ao reconhecer a *lei* como fonte de Direito por excelência e ainda ao acolher genericamente os *usos* quando a lei para eles remeter, solução que era já a consagrada no *Código Comercial*, embora de modo casuístico, em sede de regulação de alguns actos de comércio em especial<sup>13</sup>. Ao invés, em sede de regulação jurídica das relações laborais, o *Código* omite qualquer referência às

---

<sup>10</sup> PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, anotação 1 ao artigo 1.º; excede manifestamente o contexto desta comunicação analisar a bondade da inclusão dos órgãos municipais no âmbito do Estado mas importa recordar que era esse o entendimento maioritário na doutrina portuguesa à época, cfr., por todos, ROGÉRIO SOARES, *A Ordem dos Advogados – Uma Corporação Pública*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 124.º, n.º 3807, max. p. 163. Contra esta definição de lei por, mesmo assim, a considerar demasiado *restrita*, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1984, p. 81.

<sup>11</sup> Neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano I, n.º 1, p. 10. Sobre a dicotomia *lei / regulamento*, cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 1976, polycopiado, p. 336 e ss. e 409 e ss., e J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português*, in *Contencioso Administrativo*, Braga, Livraria Cruz, 1986, p. 53 e ss. e 58 e ss.

<sup>12</sup> Cfr. artigo 12.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969, que aprovou o *Regime do Contrato Individual de Trabalho*.

<sup>13</sup> Cfr. artigos 232.º, § 1, 238.º, 248.º, 269.º, § 2, 373.º, § único, 382.º, 399.º e 404.º do *Código Comercial*.

*convenções (contratos) colectivas de trabalho* que configuravam uma fonte de Direito com validade e eficácia reconhecidas nos termos do artigo 37.º da *Constituição Política da República Portuguesa* de 1933... Assim, não é legítimo inferir pela adequação do *Código Civil* como diploma regulador unificado da panóplia de fontes integrantes do ordenamento jurídico português.

## II. Incompatibilidade do catálogo de fontes de Direito com a Constituição de 1976.

Se já ao momento da aprovação do *Código Civil* era assunto doutrinariamente controvertido que o *catálogo* das fontes de Direito consagrado pelo legislador de 1966 abrangesse a realidade portuguesa da época, porquanto a autorizada voz de MANUEL DE ANDRADE, ao arripio da doutrina de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA<sup>14</sup>, sustentava que o *Código Civil* se deveria circunscrever a uma “indicação sumaríssima das fontes de Direito”<sup>15</sup>, o teor desse *catálogo* não é seguramente compatível com a nova ordem constitucional consequente à Revolução de 1974<sup>16</sup>.

A nova ordem jurídica iniciada com a *Constituição da República Portuguesa* de 1976 introduziu a novidade da força jurídica vinculativa das normas constitucionais que reconhecem direitos, liberdades e garantias e que, deste modo, permitem agora que as pessoas humanas (e colectivas) as invoquem directamente como produtoras de efeitos na sua esfera jurídica<sup>17</sup>. A solução adoptada pelo legislador constituinte de 1976 não permite mais a qualificação da *Constituição* como um mero *projecto político*<sup>18</sup> na medida em que a *Lei Fundamental* configura agora uma *fonte imediata* de normas jurídicas reguladoras de relações sociais, entre pessoas humanas, pessoas colectivas privadas, o Estado e as demais entidades públicas<sup>19</sup>. Quanto mais não fosse por este motivo, haveria necessidade de visitar a *Teoria das Fontes de Direito*.

Sobre a abrangência do catálogo positivado no *Código Civil* e a respectiva compatibilidade com a nova ordem constitucional, recordamos que a *Constituição da República Portuguesa* de 1976 operou a *novação* do *Direito ordinário* anterior à

---

<sup>14</sup> Cfr. *supra*.

<sup>15</sup> No sentido da inadequação do *Código Civil* como *norma normarum*, MANUEL DE ANDRADE, *Fontes de Direito – Vigência, interpretação e aplicação da lei*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 102, que acrescentava “a indicação minuciosa daquelas fontes não tem o seu lugar no *Código Civil*”.

<sup>16</sup> Neste último sentido, J. BACELAR GOUVEIA que aponta vários problemas ao *Código Civil* neste domínio: “a (i) desfocada concepção definitiva das fontes do Direito em geral, a (ii) omissão de outras fontes normativas igualmente relevantes, a (iii) insuficiente identificação das fontes normativas pertinentes e a (iv) errónea hierarquização que se pretende das referidas fontes de Direito”, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2005, p. 557.

<sup>17</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 1, 1.ª parte, da *Constituição da República Portuguesa*.

<sup>18</sup> A expressão é de A. CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito, Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Universidade de Coimbra, 1998, policopiado, *max.* p. 217.

<sup>19</sup> Cfr. artigo 18.º, n.º 1, 2.ª parte, da *Constituição da República Portuguesa*.

sua própria entrada em vigor, com a condição das normas ressalvadas não serem contrárias ao texto da própria Constituição ou aos princípios nela consignados<sup>20</sup>. A regra em apreço implicou, no contexto do tema em análise, a continuidade da vigência do *Código Civil* após a entrada em vigor da *Constituição* desde que as normas nele consagradas não se afigurassem incompatíveis com a nova ordem constitucional.

Neste contexto, o intérprete deverá começar por buscar as regras sobre a delimitação das fontes que integram o ordenamento jurídico português, bem como sobre as relações de *supra* e *infra* ordenação que entre as mesmas se estabelecem, na *Constituição da República Portuguesa*<sup>21</sup>. Com efeito, uma norma “será mais facilmente reconhecida como tal (i) se corresponder a um sistema de fontes implícito (ou explícito) na Constituição e (ii) se este sistema não ofender os princípios constitucionais básicos”<sup>22</sup>. Assim, apenas perante uma eventual, porventura verosímil, insuficiência da previsão do regime constitucional em relação às especificidades de um determinado ramo de Direito é legítimo ao intérprete aferir da qualificação de um acto, ou de um facto, como fonte de Direito no plano legislativo, desde que, claro, as normas consagradas a este nível não se afigurem contrárias à *Lei Fundamental*.

Sobre a validade e a eficácia das fontes de Direito, o artigo 3.º da *Constituição*, sob a epígrafe *Soberania e legalidade*, estabelece o seguinte:

1. *A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.*
2. *Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.*
3. *A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.*

A nova ordem constitucional, especificadamente o artigo 3.º, n.º 3, da *Lei Fundamental* qualifica assim a própria *Constituição* como a única *norma normarum*, “norma das normas ou fonte primária de produção jurídica”<sup>23</sup>, “norma sobre as fontes ou norma de *segundo grau*”<sup>24</sup>, “norma de reconhecimento” de fontes

---

<sup>20</sup> Cfr. actual artigo 290.º da *Constituição da República Portuguesa*.

<sup>21</sup> Neste sentido, ANTÓNIO HESPANHA sustenta que a “Constituição, não sendo mais a depositária do elenco das fontes de Direito, estrutura decisivamente – por ser um produto da soberania popular e por ser assim entendida pela comunidade em geral e, mais concretamente, pela comunidade dos juristas – os consensos dominantes sobre o reconhecimento ou não de uma norma como jurídica”, *O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*, Coimbra, Livraria Almedina, 2014, p. 538/539.

<sup>22</sup> A constatação é ainda de ANTÓNIO HESPANHA, *idem*, p. 539.

<sup>23</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 1148.

<sup>24</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, p. 154.



de Direito<sup>25</sup> ou “norma primária sobre a produção jurídico-positiva”<sup>26</sup> do ordenamento jurídico português.

Considerando a estatuição da *norma normarum* no que concerne à juridicidade das normas vigentes no *espaço jurídico* português, a delimitação do *catálogo* de fontes de Direito legitimado pela nova ordem constitucional pressupõe a identificação dos preceitos consagrados na própria *Lei Fundamental* ordenadores da *validade* e da *eficácia* das demais normas que integram o ordenamento jurídico português. Assim, o (i) artigo 8.º e o artigo 16.º regulam a validade e a eficácia do *Direito Internacional* e do *Direito da União Europeia* em Portugal, o (ii) artigo 56.º, n.ºs 3 e 4, acolhe a possibilidade de celebração de *convenções colectivas de trabalho*, os (iii) artigos 112.º, 161.º, 164.º 165.º, 198.º, 199.º, c), 227.º, 228.º e 241.º regulam a produção de *actos legislativos* e de *actos regulamentares* e o (iv) artigo 282.º estabelece os efeitos da *declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas*.

Se desejarmos empreender uma releitura das fontes de Direito à luz da nova ordem constitucional, devemos considerar como *fontes de Direito* legitimadas pela *Constituição da República Portuguesa*, em primeiro lugar, a própria (i) *Constituição*, noutro plano, a fonte de Direito tradicionalmente identificada por *lei* mas que na actualidade reúne um conjunto tipificado de (ii) *suportes normativos outorgados* que compreende os actos legislativos, os actos regulamentares, as decisões de organizações internacionais de que Portugal seja parte, em especial da União Europeia e um outro leque de (iii) *suportes normativos pactuados* que consiste nas convenções internacionais e nas convenções coletivas de trabalho e ainda a (iv) *jurisprudência*.

Apesar do carácter taxativo do *catálogo* de fontes acolhidas pela *norma normarum* do ordenamento jurídico português, importa ainda analisar a eventual relevância do *costume* e da *doutrina*. A orientação adoptada atende à circunstância destas serem identificadas como fontes de Direito, não apenas pela *teoria clássica*, mas também por alguns sectores doutrinários actuais e nesse sentido importa analisar a relevância que as mesmas poderão assumir no contexto na nova ordem constitucional.

### III. A Constituição da República Portuguesa enquanto fonte autónoma de Direito.

A *Constituição da República Portuguesa*, quer na sua versão originária, quer no texto introduzido pelas *leis de revisão constitucional*, configura uma fonte autónoma de Direito, quer quanto (i) à *legitimidade*, quer quanto ao (ii) *conteúdo*, quer quanto ao (iii) *processo de aprovação e revisão*, quer quanto à (iv) *posição*

---

<sup>25</sup> ANTÓNIO HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, p. 533.

<sup>26</sup> MANUEL AFONSO VAZ, CATARINA SANTOS BOTELHO, RAQUEL CARVALHO, INÊS FOLHADELA e ANA TERESA RIBEIRO, *Direito Constitucional – O Sistema Constitucional Português*, Universidade Católica Editora, 2015, p. 52.



*hierárquica no ordenamento jurídico*<sup>27</sup>.

Assim, quanto (i) à *legitimidade*, a *Constituição* é fonte autónoma de Direito porque expressão de um *poder constituinte* ao qual ainda mesmo que possamos não reconhecer as características de *originário, absoluto e onnipotente*<sup>28</sup>, reconhecemos pelo menos que consiste numa faculdade originária da comunidade política soberana, a *nação*<sup>29</sup>, que pela sua natureza e função se distingue dos demais poderes do Estado, isto é, legislativo, político, executivo, judicial, cuja legitimidade se funda na *Constituição* e revestem a natureza de *poderes constituídos*<sup>30</sup>.

Quanto ao (ii) *conteúdo*, a *Constituição* é fonte autónoma de Direito porque regula as matérias mais nobres no âmbito de uma comunidade humana politicamente organizada<sup>31</sup>: os direitos da pessoa humana e a organização do poder político<sup>32</sup>.

Quanto ao (iii) *processo de aprovação e revisão*, a *Constituição* é fonte autónoma de Direito porque aprovada por um órgão específico, a Assembleia Constituinte, e, embora excluída a existência de limites orgânicos à sua própria revisão, porque revista pelo órgão legislativo ordinário<sup>33</sup>, o procedimento de revisão constitucional apresenta especificidades significativas em relação ao procedimento legislativo parlamentar comum, como são as referentes aos limites temporais a observar entre dois procedimentos de revisão ordinária, à legitimidade para desencadear o procedimento de revisão, às maiorias de aprovação, ao dever de adopção das técnicas legiferantes de inserção de aditamentos e de alterações numa única lei de revisão, de supressão das matérias revogadas e de renumeração de todos os artigos e ao não reconhecimento ao Presidente da República de competência para vetar<sup>34</sup>.

Quanto à (iv) *posição hierárquica no ordenamento jurídico*, a *Constituição* é fonte autónoma de Direito porque norma suprema e fundamento de validade

---

<sup>27</sup> Sobre este assunto, cfr., no sentido da autonomia da Constituição como fonte de Direito, embora com alcance e com fundamento diversos daquele que aqui sustentamos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2012, p. 496, e JOSÉ LAMEGO, *Elementos de metodologia jurídica*, Coimbra, Livraria Almedina, 2016, p. 20.

<sup>28</sup> Segundo a clássica expressão de JEAN BODIN; sobre a caracterização da soberania no pensamento do autor, cfr. *Los seis libros de la Republica*, trad. castelhana de P. Bravo, Madrid, Tecnos, 2010, p. 47 e ss.

<sup>29</sup> Adoptamos aqui a concepção de EMMANUEL SIEYÈS, *Qu'est ce le Tiers État?*, Genève, Éditions Roberto Zapperi, 1975. Sobre o conceito de *nação*, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado – Contributo para uma análise do núcleo cultural da Constituição da República Portuguesa*, vol. I, Coimbra, 2013, inédito, p. 3 e ss.

<sup>30</sup> Sobre esta questão, cfr. JEAN BODIN, *Los seis libros de la Republica*, p. 117 e ss.

<sup>31</sup> Sobre esta dimensão do conceito de Estado, cfr. novamente JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado*, vol. I, p. 3 e ss.

<sup>32</sup> Cfr. artigo 16.º da *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, de 26 de Agosto de 1789.

<sup>33</sup> Cfr. artigo 284.º, n.º 1.

<sup>34</sup> Cfr. artigos 284.º a 287 e, no plano doutrinário, FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976 – A Transição Dualista*, Coimbra, 1988, p. 157.

de toda a ordem jurídica<sup>35</sup> e porque o seu cumprimento está assegurado por uma jurisdição especializada, o Tribunal Constitucional<sup>36</sup>.

#### IV. O direito outorgado.

A *Lei* ou, numa expressão que consideramos mais ilustrativa da configuração dos ordenamentos jurídicos actuais, o *Direito outorgado* é a fonte de Direito por excelência nos sistemas jurídico-políticos quotidianos<sup>37</sup>. Neste contexto, importa recordar que “a lei ocupa, de há bastante tempo a esta parte, sobretudo com a Idade Contemporânea, um lugar privilegiado, ao traduzir uma vontade ordenadora central da disciplina social, democraticamente legitimada e oficialmente proclamada. A lei é entendida, deste modo, como a formulação voluntária de um dever-ser jurídico, decretada por uma autoridade pública”<sup>38</sup>.

A nossa preferência, agora denunciada, pela expressão *Direito outorgado* em detrimento do termo clássico *lei* é consequência do *pluricentrismo legislativo* e da *plurimodalidade de actos legislativos*<sup>39</sup> característicos dos ordenamentos jurídico-políticos actuais que reconhecem não apenas competência legislativa a vários órgãos do poder político, não necessariamente estadual<sup>40</sup>, como também *valor de lei e força de lei* a uma pluralidade de diplomas normativos<sup>41</sup> e ainda pela profusão no ordenamento jurídico de normas adoptadas por acto unilateral de autoridade pública mas cuja aprovação não resulta do exercício da função legislativa<sup>42</sup>.

Quanto às fontes do *Direito outorgado* reconhecidas pela *Constituição da República Portuguesa* importa distinguir aquelas que representam o exercício de uma função do Estado português pelos órgãos do poder político estadual, regional, local ou associativo (*fontes internas*) e aquelas que implicam a aceitação da vigência em Portugal de normas adoptadas por organizações internacionais (*fontes externas*).

Assim, quanto às *fontes internas*, a *Lei Fundamental* juridifica os (i) *actos*

---

<sup>35</sup> Cfr. artigo 3.º

<sup>36</sup> Cfr. artigo 221.º e ss.

<sup>37</sup> No sentido de “a lei constitui[r] a principal fonte de Direito nos Estados ocidentais” desde o início do séc. XIX, cfr. ANTÓNIO HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, p. 581.

<sup>38</sup> A síntese é elaborada por J. BACELAR GOUVEIA *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 554.

<sup>39</sup> Ambas as expressões são de J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 696

<sup>40</sup> Sobre esta questão, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português*, p. 53 e ss. e MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva da Lei – A causa da lei na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Porto, Universidade Católica Editora, 1996, p. 387 e ss.

<sup>41</sup> Cfr. ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 697.

<sup>42</sup> Cfr. *infra*; sobre a função legislativa no contexto das funções do Estado, cfr., por todos, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, Livraria Cruz, 1979, p. 235 e ss.

legislativos, isto é, a *lei*, o *decreto-lei* e o *decreto-legislativo regional*<sup>43</sup>, e os (ii) *actos regulamentares*<sup>44</sup>, entre os quais apenas o *decreto regulamentar* (do Governo)<sup>45</sup> e o *decreto regulamentar regional*<sup>46</sup> encontram tipicidade constitucional<sup>47</sup>.

Completam este elenco de *Direito outorgado*, as *fontes externas* que consistem nas (iii) *normas jurídicas*, isto é, *regulamentos europeus* e *diretivas europeias*, adoptadas pelas instituições da União Europeia no âmbito das suas atribuições e competências<sup>48</sup> e ainda nas (iv) *normas jurídicas* emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que o Estado português seja parte, desde que este haja manifestado o seu consentimento na recepção imediata dessas normas, nos termos do respectivo tratado institutivo<sup>49</sup>.

Ainda no contexto do *Direito outorgado*, o reconhecimento da qualidade de fonte de Direito às *normas corporativas*, que na definição do *Código Civil*, seriam “as regras ditas pelos organismos representativos das diferentes categorias morais, culturais, económicas, ou profissionais, no âmbito das suas atribuições”<sup>50</sup> carece ser interpretado objetivista e actualisticamente<sup>51</sup> no sentido de as normas em apreço serem entendidas como as normas (regulamentares) emanadas dos órgãos das entidades que integram a Administração autónoma, assim como das pessoas colectivas de utilidade pública. Apesar de não colidir com a nova ordem constitucional, esta previsão normativa poderá considerar-se revogada, não pelo abandono da organização corporativa do Estado, mas pelo reconhecimento, em sede de outras normas, constitucionais<sup>52</sup> e legais<sup>53</sup>, da validade e da eficácia das normas *regulamentares* da competência dos órgãos das entidades não estaduais mencionadas.

## V. O Direito pactuado.

O *Direito pactuado*<sup>54</sup> compreende, à semelhança do sucedido com o *Direito*

---

<sup>43</sup> Cfr. artigo 112.º, n.ºs 1 e 5.

<sup>44</sup> Cfr. artigos 112.º, n.ºs 6 e 7, 199.º, b), e 241.º.

<sup>45</sup> Cfr. artigos 112.º, n.º 6, e 199.º, b).

<sup>46</sup> Cfr. artigo 233.º, n.º 1.

<sup>47</sup> Apesar de reconhecimento do poder regulamentar das autarquias locais em sede constitucional (cfr. artigo 241.º), a *Lei Fundamental* não consagra tipos de regulamentos locais.

<sup>48</sup> Cfr. artigo 8.º, n.º 4, da *Constituição da República Portuguesa (CRP)* e ainda artigo 288.º, §2 e §3, do *Tratado de Funcionamento da União Europeia*.

<sup>49</sup> Cfr. *idem*, n.º 3.

<sup>50</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 2, e ainda PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, anotação ao artigo 1.º

<sup>51</sup> Sobre a querela dos métodos de interpretação, cfr., por todos, MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Coimbra, Coimbra Editora, 1934, p. 14 e ss, J. CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, Editora Danúbio, 1984, p. 240 e ss, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 177 e ss. e JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, p. 77 e ss.,

<sup>52</sup> Cfr. artigo e 233.º, n.º 1, e 241.º

<sup>53</sup> Cfr., *v.g.*, artigo 3.º, c), do *Estatuto da Ordem dos Advogados*.

<sup>54</sup> A expressão é ainda de MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, p. 173.

*outorgado*, fontes de origem *interna*, as *convenções colectivas de trabalho*, e fontes de origem *externa*, as *convenções internacionais*.

Assim, quanto às primeiras, as *convenções colectivas de trabalho*, são acordos celebrados entre, por um lado, associações sindicais<sup>55</sup> e, por outro lado, um empregador, vários empregadores ou associações de empregadores<sup>56</sup> que tem por objecto a regulação massiva das relações de trabalho ou, melhor especificando, “estabelecem, para determinado sector da actividade económica, um regime particularizado e complexo, abarcando a regulamentação das relações de trabalho propriamente ditas e a disciplina de certos aspectos complementares que, no seu conjunto, definem juridicamente a *situação profissional* dos trabalhadores”<sup>57</sup>. Consoante a entidade celebrante da convenção por parte do empregador, as *convenções colectivas de trabalho* denominam-se respetivamente *acordo de empresa*, *acordo colectivo* e *contrato colectivo*<sup>58</sup> e prevalecem sobre os actos legislativos que com elas coincidam no objecto<sup>59</sup>.

O *Direito pactuado* comporta ainda, em universo paralelo, as *convenções internacionais* que consistem em *acordos internacionais concluídos por escrito entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, quer estejam consignados num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular*<sup>60</sup>. No contexto do Direito Internacional convencional, as normas constantes de *convenções internacionais* em vigor que reconhecem *direitos fundamentais*, ou *direitos humanos*, segundo a terminologia jus-internacionalista<sup>61</sup>, e ainda, independentemente do objecto regulado, as normas constantes de *convenções internacionais* em relação às quais o Estado português haja manifestado o seu consentimento em estar vinculado e enquanto o vincularem internacionalmente<sup>62</sup>, vigoram no espaço jurídico português.

## VI. A Jurisprudência.

A *Jurisprudência* começou por ser fonte de Direito na versão inicial do

<sup>55</sup> Cfr. artigo 56.º, n.º 3, da CRP.

<sup>56</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 3, do *Código do Trabalho*.

<sup>57</sup> A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Livraria Almedina, 2014, p. 115.

<sup>58</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 3, do *Código do Trabalho*.

<sup>59</sup> Cfr. artigo 3.º, n.ºs 1 e 3, do *Código do Trabalho*.

<sup>60</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 1, a), da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* e, no plano doutrinário, NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLER e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 119, e FERNANDO MARIÑO, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 248 e ss.

<sup>61</sup> Cfr. artigo 16.º, n.º 1, da CRP e, no plano doutrinário, JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado*, vol. I, p. 227 e ss. Sobre a terminologia identificativa dos direitos da pessoa humana, cfr., por todos, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 2010, p. 17 e ss., GREGORIO PECES-BARBA, RAFAEL DE ASÍS e M.ª DEL CARMEN BARRANCO, *Lecciones de Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 21, e CARLOS VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 85.

<sup>62</sup> Cfr. artigo 8.º, n.º 2, da CRP.

*Código Civil*, cujo artigo 2.º consagrava a força obrigatória geral dos *assentos*<sup>63</sup>. Contudo, este preceito foi declarado inconstitucional “na parte em que atribui[a] aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115.º, n.º 5, da Constituição”<sup>64</sup>, e posteriormente revogado por decisão do legislador<sup>65</sup>. O valor jurídico dos assentos é uma velha *quaestio disputata* na doutrina portuguesa mas não cabe no presente contexto analisar os argumentos em digladio<sup>66</sup>.

Após a revogação da figura dos assentos do ordenamento jurídico português, a jurisprudência passou a ser fonte de Direito apenas no caso das decisões dos supremos tribunais que declaram a invalidade de uma norma por desconformidade com norma jurídica de valor hierarquicamente superior<sup>67</sup>. Os tribunais agem, nestes casos, como um *legislador negativo*<sup>68</sup> na medida em que as decisões de inconstitucionalidade ou de ilegalidade das normas jurídicas apenas implicam a cessação de vigência das mesmas<sup>69</sup>, isto é, não formam nem revelam normas jurídicas, antes lhes retiram a (putativa) vigência.

Aliás, a negação da qualidade de fonte de Direito à Jurisprudência é o único entendimento sobre o assunto coerente com o princípio da *separação de poderes*<sup>70</sup> que, mais que um “perfeccionismo jurídico”<sup>71</sup>, é uma *exigência existencial* do Estado de Direito, na medida em que este princípio exige que ao autor da norma jurídica não seja reconhecida competência para a aplicar ao caso concreto, de modo a que não lhe seja possível a criação de uma norma à medida do *caso sub judice*. Como magistralmente escreveu CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU, “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais

<sup>63</sup> Cfr. ainda artigos 763.º e ss. do *Código de Processo Civil*.

<sup>64</sup> Cfr. Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional, disponível na internet em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>.

<sup>65</sup> Cfr. artigo 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro.

<sup>66</sup> Sobre este assunto, cfr., por todos, em sentido crítico quanto ao *mérito* e quanto à *compatibilidade constitucional*, A. CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, *max.* p. 269 e ss. e 643 e ss., posição que sufragamos quanto à orientação conclusiva, e, em defesa dos assentos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, p. 462 e ss.

<sup>67</sup> Cfr. artigo 282.º, n.º 1, da CRP, e ainda 76.º, n.º 1, do *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*.

<sup>68</sup> A expressão foi patenteada por HANS KELSEN; sobre este assunto, cfr. C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, tomo I, *Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 306, e JOSÉ LAMEGO, *Elementos de metodologia jurídica*, p. 31.

<sup>69</sup> Sobre os efeitos das decisões judiciais neste contexto, cfr., por todos, C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, tomo II, *O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 183 e ss., e VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, Coimbra, Livraria Almedina, 2015, 195 e ss.

<sup>70</sup> GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 250 e ss.

<sup>71</sup> A expressão é de FRANCISCO LUCAS PIRES, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10.º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 174/175.

cidadãos, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os diferendos dos particulares”<sup>72</sup>.

Apesar disso, não podemos negar à Jurisprudência o importante papel de instrumento auxiliar na compreensão das regras vigentes num determinado espaço jurídico. Neste sentido, importa recordar que MARCELLO CAETANO, apesar do positivismo que moldava as suas construções dogmáticas, ensinava “que, se o jurista se limitar a estudar as leis publicadas num país e ainda não revogadas, obtém uma visão incompleta, e porventura deformada, da realidade jurídica. Esta só pode ser captada através do estudo do modo como na realidade é aplicado o Direito, e daí a necessidade de estudar não só as leis, mas também a forma como elas são entendidas pelos respetivos órgãos de execução coerciva através da *jurisprudência dos tribunais* e das *decisões administrativas*”<sup>73</sup>.

## VII. O costume.

Quanto ao valor do *Costume*, cuja validade o legislador de 1966 aparentemente pretendeu regular, importa referir dois aspetos.

A (i) referência feita nos termos do *Código Civil* apenas à dimensão corpórea do *costume*, isto é, considerando apenas o seu elemento material<sup>74</sup>, consubstanciada no vocábulo *uso*<sup>75</sup> não significa que o alcance efectivo da estatuição da norma incida apenas sobre o valor jurídico dos meros *usos* “que sendo elemento essencial do *costume* com ele não se identificam”<sup>76</sup>, nem sequer que se deva *tomar a nuvem por Juno*. Significa, ao invés e com base numa interpretação objectivista e actualista<sup>77</sup> do artigo 3.º, n.º 1, do *Código Civil*, que atendendo à dificuldade da produção de prova do elemento psicológico do costume, a *opinio juris vel necessitatis*, sempre que se verificar uma prática social reiterada devemos presumir que a mesma é adoptada pelos sujeitos com convicção da obrigatoriedade, ou da necessidade, do seu cumprimento para garantir a justiça e a segurança nas relações sociais<sup>78</sup>.

A (ii) validade e a eficácia do costume não dependem de uma lei que o

---

<sup>72</sup> Cfr. CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, p. 306; em sentido diverso do sustentado no texto, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, p. 446 e ss.

<sup>73</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1984, p. 72.

<sup>74</sup> Sobre os elementos do costume como fonte de Direito, cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Lisboa, Gulbenkian, 1984, p. 192 e ss. e J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 161.

<sup>75</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 1.

<sup>76</sup> A posição mencionada no texto corresponde à tese de A. BRAZ TEIXEIRA, *Princípios de Direito Fiscal*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, p. 110.

<sup>77</sup> Sobre esta questão, cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. portuguesa de J. Lamego e A. Freitas, Lisboa, Gulbenkian, 1989, p. 402 e ss.

<sup>78</sup> Neste sentido, JEAN TOUSCOZ, *Direito Internacional*, trad. portuguesa de N. C. Mendes, Lisboa, Publicações Europa-América, 1994, p. 213



reduza a escrito ou que, pelo menos, lhe confira força jurídica<sup>79</sup> mas da convicção dos aderentes à conduta que o corporiza da necessidade de adopção desse comportamento por forma a salvaguardar a justiça e a segurança nas relações sociais. Contudo, apesar de autónomo em relação à lei no que concerne à sua juridicidade, o costume perdeu importância nas Sociedades contemporâneas em consequência da universalização da leitura e da escrita, promovidas pelo reconhecimento das liberdades de aprender e de ingresso no ensino público e da gratuidade do mesmo para os cidadãos nos níveis mais elementares, assim como pela imposição aos cidadãos do dever fundamental de frequentar a escolaridade obrigatória<sup>80</sup>, que implicaram que a humanidade haja progressivamente abandonado a convicção de obrigatoriedade na palavra não escrita<sup>81</sup>.

Como manifestações deste fenómeno, poderemos recordar nas Comunidades estaduais a tendência para reduzir a escrito os *usos* comerciais e laborais, quer através de *acto normativo de autoridade*, quer através de *convenção*, seja de *associação comercial*, seja *colectiva de trabalho*, assim como a codificação das normas reguladoras da actividade da Administração pública, em especial do *Procedimento Administrativo*<sup>82</sup>. Atitude semelhante se verifica na Sociedade Internacional, em que, desde a sua fundação, a Organização das Nações Unidas revelou empenho permanente na codificação do *Direito Internacional consuetudinário*, v.g., as resoluções da Assembleia Geral sobre a *concessão de independência aos países e povos coloniais*<sup>83</sup> e sobre os *princípios de Direito internacional*<sup>84</sup>, assim como as convenções internacionais sobre *direitos humanos*<sup>85</sup> e sobre o *direito dos tratados*<sup>86</sup> aprovadas sob os seus auspícios. Os próprios Estados revelaram igualmente alguma preocupação na enunciação, ainda que meramente declarativa, de normas e princípios de *Direito Internacional consuetudinário* que pode atingir foros de constitucionalização formal como acontece no caso português em que a *Lei Fundamental* acolhe uma série de princípios de Direito Internacional pelos quais Portugal se regulará nas relações internacionais<sup>87</sup>.

---

<sup>79</sup> Neste preciso sentido, AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, p. 317.

<sup>80</sup> Sobre este assunto, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado*, vol. I, p. 83 e ss., e vol. II, p. 529 e ss., 564 e ss. e 589 e ss.

<sup>81</sup> Neste sentido, J. BAPTISTA MACHADO afirma que “na sociedade industrial moderna, fortemente dinâmica e diferenciada, é escassa a possibilidade da formação de Direito pela via consuetudinária”, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 161.

<sup>82</sup> Sobre este assunto, ROGÉRIO SOARES entendia ser a codificação do procedimento administrativo “fruto de um complexo de inferioridade perante as construções do Direito privado”, *Codificação do procedimento administrativo hoje*, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. VI, 1992, p. 22.

<sup>83</sup> Cfr. *Resolução n.º 1514 (XV)*, 1960.

<sup>84</sup> Cfr. *Resolução n.º 2625 (XXV)*, 1970.

<sup>85</sup> Cfr. *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e *Pacto Internacional Sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, ambos New York, 1966.

<sup>86</sup> Cfr. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, 1969.

<sup>87</sup> Cfr. artigo 7.º, n.º 1, 2 e 3, da CRP. O acolhimento destas normas no texto da CRP não reveste a natureza de cláusula de recepção, nem de transformação, na medida em que tem por objecto princí-

Atenta esta conjuntura, será inverosímil a formação de um *costume contra legem* porque a conduta que o corporiza configura irremediavelmente uma ilicitude, que em devido tempo será sancionada pelas autoridades públicas de acordo com os mecanismos legais em vigor adequados para o efeito<sup>88</sup>, enquanto o *costume secundum legem*, que normalmente consiste na redução a escrito de *praxes* sociais por motivo de segurança e de certeza jurídicas, quando não por descrença na convicção da obrigatoriedade dos destinatários, se afigura irrelevante devido à cada vez mais frequente preferência dos destinatários pelos suportes escritos. Assim, o *costume praeter legem*, que as autoridades estaduais, regionais, locais, profissionais, internacionais, as associações representativas de interesses económicos e sociais, progressivamente se encarregarão de converter em Direito outorgado ou pactuado, será a única modalidade de costume relevante nas sociedades actuais<sup>89</sup>.

### VIII. A Doutrina.

A *Doutrina*, historicamente também aceite como fonte de Direito<sup>90</sup>, qualificada mesmo por alguns como “a mais importante fonte de Direito do Ocidente europeu”<sup>91</sup> até meados do século XVIII, constituiu indubitavelmente fonte autónoma produtora de Direito em alguns espaços jurídicos e em determinadas conjunturas históricas, *v.g.* Império Romano, Reinos da Europa medieval, Alemanha imperial, na medida em que “representou um modelo de ciência jurídica que ia muito para além de uma orientação meramente exegética”<sup>92</sup>.

A aceitação da doutrina como fonte de Direito nos sistemas jurídicos actuais pressupõe, no entanto, algumas reflexões sobre o valor da *autoritas do Doutor* nas Sociedades contemporâneas. A premissa essencial a considerar neste âmbito reporta-se à qualificação da doutrina como típica de um modo de *domínio carismático*, incompatível com o *Estado legal burocrático*<sup>93</sup> implantado nas comunidades políticas europeias a partir do *Renascimento* e, depois, estendido ao resto do mundo<sup>94</sup>.

---

pios de Direito Internacional por excelência, insusceptíveis de serem *nacionalizados*; sobre este assunto, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado*, vol. I, p. 231/232, e autores aí citados.

<sup>88</sup> Em sentido diverso, JOSÉ LAMEGO, apesar da sua construção doutrinária acentuadamente marcada pelo pensamento normativista, aceita o *costume abrogante* da lei, *Elementos de metodologia jurídica*, p. 29.

<sup>89</sup> Neste sentido, embora no que concerne apenas ao Direito Internacional, JEAN TOUSCOZ, *Direito Internacional*, p. 213.

<sup>90</sup> Cfr. *supra*, II.

<sup>91</sup> A qualificação é de ANTÓNIO HESPANHA, *O Caleidoscópico do Direito*, p. 550, cfr. ainda, do autor, *A Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, Coimbra, Livraria Almedina, 2015, p. 121 e ss.

<sup>92</sup> A expressão é de JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, p. 33.; sobre este assunto, cfr. ainda ANTÓNIO HESPANHA, *O Caleidoscópico do Direito*, p. 550 e ss.

<sup>93</sup> Sobre os tipos de domínio, no sentido de “probabilidade de encontrar obediência dentro de um grupo determinado”, cfr. MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, p. 170 e ss.

<sup>94</sup> Sobre a génese e difusão do Estado como modo de organização política, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado*, vol. I, p. 167/168, e autores aí citados.

Com efeito, nestes sistemas jurídico-políticos o Direito é (i) estatuído de modo racional, mediante (ii) regras abstratas, enquanto (iii) os governantes obedecem às ordens impessoais que emanam e (iv) os governados apenas obedecem enquanto membros da *associação* e apenas ao Direito, (v) no âmbito de uma competência limitada, racional e objetiva por esta ordem estabelecida<sup>95</sup>.

O apogeu do Estado como modo de organização das comunidades humanas determinou assim um monopólio estadual de criação do Direito<sup>96</sup> que impede o reconhecimento da *auctoritas do Doutor* como modo *a se* de formação e revelação de regras de Direito. Ainda que, com os movimentos pós-modernos<sup>97</sup>, a *geometria* das organizações políticas modernas haja cedido lugar à *subtileza*<sup>98</sup> e, em consequência, o Estado haja perdido o monopólio de produção normativa e entrado em concorrência nesta matéria com outros poderes em consequência da separação vertical de poderes<sup>99</sup>, a ponto da doutrina identificar uma “crise da arquitectura estadual”<sup>100</sup>, o princípio do *Estado de Direito* e a consequente subordinação do(s) poder(es) político(s), estadual, regional, local,... ao Direito implica que *todo* e *qualquer* centro de produção normativa obtenha arrimo para a sua competência normativa, assim como para os procedimentos a adoptar no exercício dessa função, na única *norma normarum* do ordenamento jurídico<sup>101</sup>.

Assim, nos sistemas jurídicos contemporâneos, a doutrina constitui apenas um elemento auxiliar na compreensão das fontes de Direito que, em sede de criação do Direito, contribui para melhorar e renovar o ordenamento e, em sede de aplicação do Direito, para otimizar a sua interpretação e aplicação<sup>102</sup>.

---

<sup>95</sup> Sobre as características do modo de domínio legal com administração burocrática, cfr. MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, p. 177/178.

<sup>96</sup> Neste sentido, ANTÓNIO HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, p. 554, que no entanto não considera este monopólio obstáculo à afirmação da doutrina como fonte de Direito *a se*.

<sup>97</sup> Sobre a *pós-modernidade*, cfr., por todos, BARRY SMART, *A pós-modernidade*, trad. portuguesa de A. Curado, Lisboa, Publicações Europa-América, 1993, JÜRGEN HABERMAS, *O discurso filosófico da modernidade*, trad. portuguesa de A. Marques, A. Bernardo, J. M. Pereira, M. S. Loureiro, M. A. Soares, M. H. Carvalho, M. L. Almeida e S. Seruya, Lisboa, Texto Editores, 2010, e *A modernidade: um projecto inacabado*, trad. portuguesa de S. Seruya, Lisboa, Nova Veja, 2013, e ANTÓNIO HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia*, p. 486 e ss.

<sup>98</sup> A expressão é de PAUL SABOURIN, *Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle*, in *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 1983, n.º 5, p. 275. Sobre a actual transmutação das instituições políticas da *modernidade*, cfr. JOSÉ LUCAS CARDOSO, *A dimensão cultural do Estado*, vol. I, p. 5 e ss. e 120 e ss.

<sup>99</sup> Sobre este conceito, cfr. NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 265.

<sup>100</sup> A expressão é de JACQUES CHEVALIER, *L'État post moderne*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 2008, p. 19.

<sup>101</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º 3, da CRP.

<sup>102</sup> Neste sentido, JOSÉ LAMEGO, *idem*, p. 32; em sentido diverso, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, max. p. 433.

### Bibliografia.

- AMARAL, Diogo Freitas do; *Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano I, n.º 1, p. 9 e ss.,  
--- *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2012.
- ANDRADE, J. C. Vieira de; *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português*, in *Contencioso Administrativo*, Braga, Livraria Cruz, 1986, p. 33 e ss.,  
--- *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 2010,  
--- *A Justiça Administrativa*, Coimbra, Livraria Almedina, 2015.
- ANDRADE, Manuel de; *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Coimbra, Coimbra Editora, 1934,  
--- *Fontes de Direito – Vigência, interpretação e aplicação da lei*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 102, p. 141 e ss.
- ASCENSÃO, J. Oliveira; *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Lisboa, Gulbenkian, 1984.
- BODIN, Jean; *Los seis libros de la Republica*, trad. castelhana de P. Bravo, Madrid, Tecnos, 2010.
- CAETANO, Marcello; *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1984.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003.
- CARDOSO, José Lucas; *A dimensão cultural do Estado – Contributo para uma análise do núcleo cultural da Constituição da República Portuguesa*, 2 vol.s, Coimbra, 2013, inédito.
- CHEVALIER, Jacques; *L'État post moderne*, Paris, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 2008.
- CORDEIRO, A. Menezes; *Tratado de Direito Civil*, tomo I, Coimbra, Livraria Almedina, 2000.
- DINH, Nguyen Quoc, DAILLER, PATRICK, e PELLET, Alain; *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- FERNANDES, A. Monteiro; *Direito do Trabalho*, Coimbra, Livraria Almedina, 2014.
- GOUVEIA, J. Bacelar; *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2005.
- HABERMAS, Jürgen; *O discurso filosófico da modernidade*, trad. portuguesa de A. Marques, A. Bernardo, J. M. Pereira, M. S. Loureiro, M. A. Soares, M. H. Carvalho, M. L. Almeida e S. Seruya, Lisboa, Texto Editores, 2010,  
--- *A modernidade: um projecto inacabado*, trad. portuguesa de S. Seruya, Lisboa, Nova Veja, 2013.
- HESPANHA, António; *O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*, Coimbra, Livraria Almedina, 2014,  
--- *A Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, Coimbra, Livraria Almedina, 2015.
- LAMEGO, José; *Elementos de metodologia jurídica*, Coimbra, Livraria Almedina, 2016.
- LARENZ, Karl; *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. portuguesa de J. Lamego e A. Freitas, Lisboa, Gulbenkian, 1989.
- LIMA, F. Pires de, e VARELA, J. Antunes; *Código Civil anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 4.ª edição, 1987.
- MACHADO, J. Baptista; *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.
- MARIÑO, Fernando; *Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- MENDES, J. Castro; *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, Editora Danúbio, 1984.
- MORAIS, C. Branco de; *Justiça Constitucional*, tomo I, *Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, e, tomo II, *O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

- NEVES, A. Castanheira; *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983,
- *Teoria do Direito, Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Universidade de Coimbra, 1998, policopiado.
- PECES-BARBA, Gregorio, ASÍS, Rafael de, e BARRANCO, M.<sup>a</sup> del Carmen; *Lecciones de Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- PIÇARRA, Nuno; *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.
- PIRES, Francisco Lucas; *Teoria da Constituição de 1976 – A Transição Dualista*, Coimbra, 1988,
- *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10.º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- SABOURIN, Paul; *Les autorités administratives indépendantes, une categorie nouvelle*, in *L’Actualité Juridique Droit Administratif*, 1983, n.º 5.
- SIEYÈS, Emmanuel; *Qu’est ce le Tiers État?*, Genève, Éditions Roberto Zapperi, 1975.
- SMART, Barry; *A pós-modernidade*, trad. portuguesa de A. Curado, Lisboa, Publicações Europa-América, 1993.
- SOARES, Rogério; *A Ordem dos Advogados – Uma Corporação Pública*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 124.º, n.º 3807, p. 161 e ss.
- *Codificação do procedimento administrativo hoje*, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. VI, 1992, p. 17 e ss.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, Livraria Cruz, 1979.
- TEIXEIRA, A. Braz; *Princípios de Direito Fiscal*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1985.
- TOUSCOZ, Jean; *Direito Internacional*, trad. portuguesa de N. C. Mendes, Lisboa, Publicações Europa-América, 1994.
- VAZ, Manuel Afonso; *Lei e reserva da Lei – A causa da lei na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Porto, Universidade Católica Editora, 1996.
- VAZ, Manuel Afonso, BOTELHO, Catarina Santos, CARVALHO, Raquel, FOLHADELA Inês, e RIBEIRO, Ana Teresa; *Direito Constitucional – O Sistema Constitucional Português*, Porto, Universidade Católica Editora, 2015.
- VILLÁN Durán, Carlos; *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- WEBER, Max; *Economía y Sociedad – Esbozo de sociología comprensiva*, trad. castelhana de J. Medina, J. Roura, E. Ímaz, E. García e J. Ferrater, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1993.