

# Das fontes do Direito e da Lei: a História presente

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO\*

## I. Das fontes em geral

### 1. *Generalidades*

I. Na tradição continental são fontes do Direito os modos de revelação das normas jurídicas<sup>1</sup>. Procurando evitar a metáfora, também se usou, no mesmo sentido, o termo “facto normativo”<sup>2</sup>.

O português “fonte” advém do latim *fons*, grego φένω (*phénô*), abrir, donde φόνοϛ (*phónos*)<sup>3</sup>. A sua utilização metafórica para significar a produção do Direito ocorreu com Cícero<sup>4</sup>, no século I a. C.

---

\* Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa.

<sup>1</sup> Na definição do ilustre homenageado, as fontes são os (...) modos de formação, de revelação das normas jurídicas, os modos como uma sociedade manifesta o seu querer no sentido de atribuir juridicidade a certas regras: NUNO JOSÉ ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito português / Fontes do Direito*, 5.ª ed. revista e atualizada (2011), 22.

<sup>2</sup> JOSÉ DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed. (1970), 197 ss.

<sup>3</sup> SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano I – Introdução. Fontes*, 4.ª ed. (1984), 162.

<sup>4</sup> MARCO TÚLIO CÍCERO, *De officiis libri tres*, III, 72 = ed. HUBERT ASHTON HOLDEN (1996), 120 = versão bilingue latim/alemão de HEINZ GUNERMANN (1976), 21.

Ex quo intellegitur, quoniam iuris natura fons sit, hoc secundum naturam esse, neminem ida gere ut ex alterius praedetur inscitia.

[... a fonte do Direito é a natureza ...]

A metáfora fonte foi oficializada nas compilações de Justiniano (século VI d. C.)<sup>5</sup>.

Hoje, o termo está generalizado, nos diversos idiomas continentais (*sources, Quellen*), de tal modo que, *summo rigore*, de metáfora ficará, tão-só, a origem.

A ideia de fonte deve ser contextualizada, de acordo com coordenadas histórico-dogmáticas. A referência a “fontes” pode ter:

- diretamente, um papel regulativo;
- uma dimensão sistematizadora;
- uma função de espaço descritivo;
- uma feição de debate metodológico.

**II.** Em períodos históricos anteriores ao surgimento dos Estados modernos pós-colbertianos, de tipo centralizado, particularmente em momentos de receção ou em países multinacionais, discutir e regular as fontes equivalia a assumir opções de Direito positivo efetivo. Visava-se a primazia de certas fontes (predominantemente: a lei nacional), em detrimento do costume, de leis regionais ou de práticas anteriores. Esta dimensão mantém-se, hoje, em Estados federais (Brasil) e em Estados que comportem largas comunidades regionais (Angola). No primeiro caso, há que ordenar as fontes estatais e estaduais<sup>6</sup>; no segundo, que posicionar o costume<sup>7</sup>.

Nesta dimensão: o tema das fontes é jurídico porque visa a solução de casos. Comporta dois níveis:

- o do reconhecimento da fonte;
- o da sua hierarquização.

Esta última pode operar por duas vias: ou pela fixação de uma hierarquia abstrata, que funciona sempre, quando duas ou mais fontes conduzam

---

<sup>5</sup> C. 8.53.34.4 = ed. PAULUS KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis* II (1880), 364/II: (...)  
an ex totius stipulationis fundamentum et fonte eius, ex quo annuae donationes proflexerunt (...)

<sup>6</sup> PAULO DOURADO DE GUSMÃO, *Introdução ao Estudo do Direito* (1986), 153 ss. e 159 ss.; também no Brasil o costume tem um papel autónomo, dada a existência de numerosos povos indígenas.

<sup>7</sup> O artigo 7.º da Constituição de Angola de 2010 reconhece o costume, nos termos seguintes:

É reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana.

a normas não coincidentes: por exemplo, a lei prevalece sempre sobre o costume; ou pela adoção de regras de conflitos que apontem, para o caso em jogo, a fonte prevalente: por exemplo, em matéria temporal, aplica-se a Lei do Reino enquanto, em temas que possam envolver pecado, funciona o Direito canônico.

**III.** Perante ordens jurídicas estabilizadas, a ordenação das fontes não é sentida como um tema ordenador, sobre o qual caiba tomar posição. Trata-se, tão-só, de sistematizar a matéria, em termos expositivos, seja para a ordenação de códigos, seja para a lecionação do Direito.

**IV.** A função das “fontes” como espaço descritivo está, normalmente, associada à dimensão sistematizadora, embora não se confunda com ela. Cabendo explicar temas como o da formação e o da operacionalidade da lei ou do regulamento, agrupa-se o conjunto em torno da velha expressão metafórica. A abrangência e a ordenação desse espaço nunca são inocentes, no sentido de irrelevantes para as decisões a que se chegue. Mas o seu papel só mediatamente é jurídico, no sentido de dogmático efetivo.

**V.** Por fim, a fonte do Direito pode visar não “a descrição analítico-sistemática” da matéria envolvida, mas “o próprio problema da constituição normativa do Direito positivo” (Castanheira Neves)<sup>8</sup>. Sob o tema fonte vai debater-se a temática subjacente do fundamento da jurídica-positividade e da pertença da mesma a um concreto ordenamento ou *corpus iuris*. Naturalmente: esta aceção é sempre pertinente, mas não abdica das restantes, antes as pressupondo.

**VI.** Cumpre ainda dar conta de utilizações não técnicas do termo “fontes de Direito”. Estas podem reportar-se a dimensões histórico-culturais (o Direito romano é a fonte do Direito lusófono), a áreas sociopolíticas (o Povo ou as instituições populares são a fonte última do Direito), a

---

<sup>8</sup> ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito*, Digesta 2 (1995), 7-94 (93-94). O Autor expusera (38 ss.) e criticara (45 ss.) a “teoria tradicional”, expendendo os tópicos para uma certa teoria revista (54 ss.), concluindo, em síntese, que a (94):

(...) validade normativo-jurídica é referida a uma realidade histórico-cultural através de certos modos ou instâncias constituintes que impõem a determinação de uma normatividade jurídica suscetível de se inserir por uma objetivação dogmática no *corpus iuris* e de adquirir por isso mesmo, vigência normativo-jurídica.

posicionamentos políticos (a Constituição é a fonte do ordenamento) ou a opções pedagógicas (o ensino ou a doutrina são as fontes do jurídico).

Salvo quando o contexto seja esclarecedor, há que evitar usos não técnicos de “fontes do Direito”.

## 2. *Evolução*

**I.** No Direito romano, a matéria era complexa. Para além do costume básico, vários órgãos foram adquirindo, ao longo dos séculos, a competência para fazer leis, as quais tinham designações próprias, em função da sua origem. No século II d. C., é reconhecido, aos jurisprudentes, o poder de constituir o Direito. Em texto atribuído a Papiniano, distinguem-se as fontes de Direito civil e de Direito pretoriano<sup>9</sup>:

Assim, é Direito civil o que resulta de leis, de plebiscitos, de senatus-consultos, de decretos imperiais e da autoridade dos prudentes. Direito pretoriano é o que os pretores introduzem no interesse público, para apoiar, para completar ou para corrigir o Direito civil.

Com o tempo, as diversas fontes de Direito romano, tal como resultaram das compilações, unificaram-se num todo, o qual veio a ser recebido, nos vários países, ao longo da História.

**II.** No Direito português aponta-se, logo na fundação do Reino (1143) o predomínio do Direito consuetudinário e foraleiro<sup>10</sup>, seguido de um período de receção do Direito comum (1248-1446)<sup>11</sup>. A fundação da Universidade portuguesa (Lisboa, 1288) foi decisiva, difundindo-se o Direito canónico e o Direito romano. Tudo isso era ainda animado por leis e decisões que os sucessivos Reis adotaram, seja perante questões de ordem geral, seja para solucionar problemas concretos.

A multiplicação das fontes internas (as Leis) e a sua coordenação com o Direito comum levaram D. João I a determinar a sua ordenação. Antecedidas pelas chamadas Ordenações de D. Duarte<sup>12</sup>, vieram à luz

---

<sup>9</sup> PAPIANIO, D. 1.1.7 = *Corpus Iuris Civilis / Text und Übersetzung II – Digesten 1-10*, por OKKO BEHRENDTS, ROLF KNÜTEL, BERTHOLD KUPISCH e HANS HERMANN SELLER (1995), 93-94. As várias fontes vinham, depois, sistematizadas.

<sup>10</sup> NUNO ESPINOSA, *História do Direito Português*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., 147 ss.

<sup>11</sup> *Idem*, 191 ss.

<sup>12</sup> *Ordenações del-Rei Dom Duarte* (ed. Gulbenkian, 1988), introd. MARTIM DE ALBUQUERQUE, V-XXVI.

as Ordenações Afonsinas (1447). Deu-se início ao período ou época das Ordenações<sup>13</sup>.

**III.** As Ordenações Afonsinas ocuparam-se do problema das fontes, regulando-o, em termos práticos, sob o título sugestivo: *Quando a Ley contradiz aa Degratal, qual dellas fe deve guardar*<sup>14</sup>. Fixava-se a hierarquia seguinte:

- no julgamento de questões recorria-se, em primeiro lugar, às fontes nacionais: lei do Reino, estilo da Corte e costume longamente usado;
- subsidiariamente (não havendo fontes nacionais), atendia-se às fontes assim seriadas:
  - (1) Direito romano, em matéria temporal, salvo se contrário ao Direito canónico e se a sua observância envolvesse pecado;
  - (2) Direito canónico em matéria espiritual e na temporal, havendo pecado;
  - (3) Glosa de Acúrsio, na falta de regras romanas ou canónicas;
  - (4) Comentário de Bártolo, na falta das anteriores;
  - (5) Decisão do Rei, na ausência de fontes<sup>15</sup>.

**IV.** As Ordenações Manuelinas ocuparam-se das fontes no seu Livro II, Título V: *Como fe julgaram os cafos, que nom forem determinados por Noffas Ordenaçoes*<sup>16</sup>. Manteve-se o esquema afonsino, mas com algumas subtilezas<sup>17</sup>:

- as Leis Imperiais (o Direito romano) *Mandamos soamente guardar pola boa razam em que fam fundadas*;
- as posições de Acúrsio e de Bártolo eram antecedidas pela *comun opiniam dos Doutores*, quando esta fosse diversa.

**V.** As Ordenações Filipinas (1603)<sup>18</sup> passaram a matéria para o Livro II, Título LXIV. Conservaram o mesmo esquema de fontes, embora

<sup>13</sup> NUNO ESPINOSA, *História do Direito Português*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., 301 ss.

<sup>14</sup> *Ordenações Afonsinas* (2.<sup>a</sup> ed. Gulbenkian, 1998), Livro II, Título IX (161 ss.); vide NUNO ESPINOSA, *loc. cit.*, 315 ss., que recorda alguns troços essenciais, com síntese, *idem*, 331-332.

<sup>15</sup> *Ordenações Afonsinas*, Liv. II, Tit. IX (ed. Gulbenkian, 164):  
(...) em tal cafo feja remetido aa noffa Corte, e guarde-fe fobre ello a noffa determinaçom.

<sup>16</sup> *Ordenações Manuelinas* (ed. Gulbenkian, 1984), Liv. II, Tit. V, 21 ss.

<sup>17</sup> *Idem*, 21.

<sup>18</sup> *Ordenações Filipinas* (ed. Gulbenkian, 1985), Livros II e III, 663-665.

dando agora prevalência à opinião de Bártolo, quando houvesse várias opiniões entre os Doutores.

Manteve-se a justificação do apelo ao Direito romano: pela boa razão em que se fundaria. A fonte assume, aqui, o fundamento da sua jurídica positividade. O sistema foi complementado com o aparecimento dos assentos.

**VI.** Como importante marco subsequente, temos a Lei da Boa Razão (18 de Agosto de 1769), *declarando a autoridade do Direito Romano, e Canonico, Assentos, Estylos, e Costumes*<sup>19</sup>.

*Na tradição do progressivo afirmar do poder real (do poder do Estado, na manifestação exterior que, então, assumia), considera-se que, sob as Ordenações Filipinas, as fontes imediatas do Direito eram a vontade real, corporizada na Lei e o utrumque ius (ambos os Direitos, isto é, o romano e o canónico)*<sup>20</sup>. Proliferavam, no entanto, outras fontes (mediatas): o estilo, o costume, as glosas e os comentários. Além disso, como vimos pela evolução das Ordenações, surgiam contradições entre as fontes, o que obrigou a criar uma hierarquia. Sob o jusracionalismo, encabeçado pelo Marquês de Pombal, a autoridade do Príncipe devia contracenar com a (boa) razão<sup>21</sup>. Neste pano de fundo, fixou-se o seguinte sistema:

- quanto às fontes nacionais, para além da supremacia da lei, estabelecia-se que o estilo da Corte só vigoraria quando resultasse de Assento da Casa da Suplicação; o costume, por seu turno, só seria observado quando reunisse três requisitos: ser conforme com a boa razão; não contrariar as leis; ter mais de cem anos<sup>22</sup>;
- quanto ao Direito subsidiário, a aplicar na falta de fontes nacionais, fixava-se: o Direito romano, quando conforme com a boa razão e, nas matérias políticas, económicas, mercantis e marítimas, as leis das nações civilizadas da Europa<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Pode ser confrontada em *Ordenações Filipinas*, Liv. II e III, ed. Gulbenkian, 725-730 e no tomo II da *Collecção das Leys, Decretos e Alvarás, que comprehende o feliz reinado del Rey Fidelíssimo D. Jozé o I. Nosso Senhor, desde o anno de 1761 até o de 1769* (1770). Existe uma versão anotada de JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, *Commentario critico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769* (1845), 110 pp.

<sup>20</sup> ELTJO J. H. SCHRAGE, *Utrumque Ius / Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts* (1992), 137 pp.

<sup>21</sup> NUNO ESPINOSA, *História do Direito Português*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., 467.

<sup>22</sup> *Lei da Boa Razão*, § 14 (730/I, da ed. Gulbenkian); quanto à supremacia das fontes nacionais, *idem*, § 9/2 (728/I).

<sup>23</sup> *Idem*, § 9/3 (728/I).

O Direito canônico perdia eficácia como fonte, sendo remetido para os tribunais eclesiásticos. Outrotanto sucedia com a Glosa de Acúrsio, com a opinião de Bártolo e, daí, com a *communis opinio*.

A amplidão que, mau grado estas simplificações, assumia o Direito romano levou a que, nos Estatutos da Universidade de 1772, se fixasse como caminho para o indagar, o recurso ao *usus modernus pandectarum*<sup>24</sup>.

*O recurso ao Direito estrangeiro, na área do Direito comercial, teve especiais consequências na conformação dessa disciplina: consequências que se mantêm, particularmente no Direito das sociedades lusófono, muito aberto ao exterior*<sup>25</sup>.

**VII.** O Código de Seabra (1867), como é próprio de uma codificação civil, procurou fazer a unificação das fontes. Assim, no seu artigo 9.º, vedava o costume contrário à lei:

Ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorância d'esta, ou com o seu desuso.

Desaparecia qualquer via de apelo subsidiário ao Direito romano, ao *utrumque ius* ou ao Direito estrangeiro. Segundo o importante artigo 16.º:

Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso.

No projeto de 1860, surgia o antepassado do artigo 16.º definitivo: o artigo 13.º, cuja redação era a seguinte<sup>26</sup>:

Se as questões sobre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas, nem pelo texto da Lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos previstos em outras leis, regular-se-hão pelos princípios gerais de equidade, segundo as circunstâncias do caso; e sem que possa recorrer-se a nenhuma legislação estrangeira, a não ser como em testemunho d'essa mesma equidade.

As várias influências que jogaram nessa redação foram examinadas por Bandeira de Neiva, bastante crítico<sup>27</sup>. Vicente Ferrer Neto Paiva<sup>28</sup>, por seu

<sup>24</sup> NUNO ESPINOSA, *História do Direito Português*, 5.ª ed. cit., 469, em nota.

<sup>25</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito comercial*, 2.ª ed. (2007), 86 ss., e *Editorial: a importância do Direito das sociedades*, RDS 2009, 5-8 (6).

<sup>26</sup> Confrontável em ANTÓNIO DA CUNHA PEREIRA BANDEIRA DE NEIVA, *Observações sobre o Projecto do Código Civil* (1860), 16.

<sup>27</sup> *Idem*, 16-19.

<sup>28</sup> VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do livro unico da parte 1.ª do Projecto do Código Civil português* (1859).

turno, veio lamentar a referência à legislação estrangeira: poria em causa a autonomia nacional. Seabra respondeu, dando parcialmente razão a Vicente Ferrer. De todo o modo, acabaria por ser suprimida a referência a Direitos estrangeiros e por se substituir a equidade por princípios de Direito natural<sup>29</sup>.

### 3. *O estado real das fontes*

**I.** De regresso à noção técnica de fonte, ficam ainda várias questões em aberto. À partida, dir-se-á que os modos de revelação de normas jurídicas podem ser voluntários, isto é, dependentes da vontade humana a qual se dirige, expressamente, para a produção de normas ou não voluntárias, porquanto reconhecidos na sociedade, mas sem que se possam apontar decisões de governantes que a tanto tenham conduzido. O paradigma da produção voluntária de normas será a lei, enquanto como da produção não voluntária surge o costume.

A lei terá a particularidade de intervir a montante da decisão e do próprio caso: sendo geral e abstrata, ela fica disponível para (ajudar a) resolver litígios, quando surjam e caso surjam.

Já o costume não tem essa preocupação: ele funciona espontaneamente e é observado quando se verificarem os pressupostos do caso que o solicite.

**II.** Dentro da lei, as possibilidades são inúmeras. Desde logo a lei pode ser inovatória, correspondendo a uma efetiva decisão de política legislativa, de modo a conformar desta ou daquela forma a conduta dos membros da sociedade. Mas pode tratar-se de (mera) lei compilatória ou codificadora, que aceite e recolha o Direito anterior, servindo-o, aos seus concidadãos, de modo a melhor facultar a realização da matéria. Seria pura estultícia pretender que os contratos devem ser cumpridos (406.º/1)<sup>30</sup>, que a posse pode dar lugar à propriedade através da usucapião (1287.º) ou que o parentesco é fonte de relações familiares (1576.º) porque ... assim foi decidido pelo Governo, quando, pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 15 de Novembro de 1966, aprovou o Código Civil. Essa Lei deu arrumação a matéria que estava há muito em vigor e cuja “fonte” remontará, pelo menos, ao *corpus iuris civilis*. De resto,

---

<sup>29</sup> ANTÓNIO LUÍS DE SEABRA, *Resposta às reflexões do Sr. Doutor Vicente Ferrer Netto Paiva sobre os sete primeiros Capítulos do projecto do Código Civil Portuguez* (1859), 22. A matéria pode ser ainda seguida, com outros elementos, em NUNO ESPINOSA, *História do Direito Português*, 5.ª ed. cit., 520-523.

<sup>30</sup> Pertencem ao Código Civil de 1966 todos os preceitos legais citados sem indicação de origem.

é nessa base que o Código Vaz Serra continua a vigorar em numerosos países que alcançaram a sua independência e cujo bom senso logo considera que não se trata de uma “lei colonial”, mas de Direito, puro e simples.

Isso não quer dizer que, ao Código Civil, não possam ser levadas leis circunstanciais, algumas bem dispensáveis, por pura iniciativa de governantes cujos nomes nem serão lembrados pelos especialistas. Distinguimos, assim, em termos materiais:

- leis comuns, correspondentes ao Direito tradicional, paulatinamente elaborado, provenientes do Direito romano ou de leis antigas e que foram vertidas nos códigos modernos;
- leis estaduais, que devem a sua existência à decisão reguladora de órgãos públicos competentes.

Torna-se evidente que as técnicas interpretativas, integrativas e aplicativas, num e noutro caso, não podem ser idênticas. E é ainda óbvio que os legisladores se devem coibir de mexer nas leis comuns sem estudos muito adequados e sem passar pela opinião das Universidades. São como que “leis reforçadas”, embora essa categoria se lhes não aplique.

As leis comuns estão muito próximas do costume. Todavia, são vividas como leis, retirando, destas, a sua jurídica-positividade.

**III.** Uma distinção importante, que parece subjacente ao Código Civil, contrapõe fontes imediatas às fontes mediatas.

A fonte imediata vale por si. Retira, de si própria, a sua jurídica-positividade. Já a fonte mediata vale, apenas, quando, para ela, remeta uma fonte imediata. Assim, será fonte imediata a própria lei (1.º/1). Já os usos funcionam como fontes quando a lei o determine (3.º/1): seriam fontes mediatas. Mas alguém que respeite um uso está a fazê-lo por existir uma lei que para ele remeta? E o intérprete-aplicador, confrontado com a aplicação de um uso, vai interpretá-lo como? Fará sentido a “despromoção” do uso quando é ele que vai revelar (criativamente!) a conduta exigível e a solução para o caso?

Naturalmente: a fonte imediata não deixará de o ser quando, para ela remeta uma outra fonte. Mas a fonte “mediata” é fonte, independentemente do *ranking* de que se arrogue a “imediata”.

**IV.** A ideia de fonte como *quid* portador de jurídica-positividade e, portanto, reconhecido pelo sistema como apto para introduzir normas jurídicas é fecunda. Mas marca os seus próprios limites.

Vamos supor uma lei de grande complexidade: por exemplo, o artigo 1253.º do Código Civil, relativo à distinção entre posse e detenção. Nenhum cidadão retirará, daí, seja o que for: apenas um jurista formado saberá explicar os meandros em causa e as regras que, daí, podem resultar para a vida social. Qual é a fonte? A jurídica-positividade veio da lei: aliás: lei comum e não, propriamente, o Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966. Mas a(s) norma(s) só surgem pelo labor doutrinário: não se trata de mera interpretação; antes de uma (re)construção de um instituto complexo, que impõe a leitura de textos romanos. Além disso, toda esta matéria ficará no limbo das teorias até que uma decisão judicial dê corpo ao Direito.

V. Outra questão é a suscitada pela sobreposição de fontes potencialmente dotadas de autonomia. Um cidadão celebra e cumpre um contrato. Porquê? Para respeitar o artigo 406.º/1 do Código Civil? Nem se lembrará disso. Para evitar os meandros do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro, que transpõe a Diretriz n.º 2000/35, de 29 de junho, a qual tomou medidas para lutar contra os atrasos nos pagamentos nas transações comerciais? Não é credível. Por assumir um costume imemorável e óbvio de cumprir o que se assume? Mais provável. Por, numa relação contratual, ser elementar cumprir para receber a contraprestação, numa tradução interindividual de reciprocidade? Quase seguro. Por razões éticas? Seguro. Pergunta-se, agora, qual é a fonte da norma: cumprir o contratado?

Está-se perante uma confluência de fontes, que obriga a falar num sincretismo jurídico. Várias (todas?) depõem no mesmo sentido, ainda que, provavelmente, o decisor refira, na justificação, a lei comum, isto é, o Código Civil.

VI. Temos, depois, o fenómeno dos institutos ditos “tipos sociais”. Partamos de um exemplo: um dos contratos mais importantes do nosso tempo é o contrato de abertura de conta bancária<sup>31</sup>. Através desse contrato, o banqueiro e o seu cliente regulam o essencial de uma subsequente relação bancária complexa, que envolve giro bancário, depósitos, transferências, recebimentos e, eventualmente, emissão de cheques, emissão de cartões e concessão de crédito. Alguns desses aspetos (p. ex., o cheque) têm base

---

<sup>31</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito bancário*, 4.ª ed. (2010), 262 ss. e 505 ss.

legal. Os outros não têm: aplicam-se, setorialmente, certas (e recentes) determinações do Banco de Portugal. Podemos, todavia, considerar que o regime do contrato de abertura de conta não tem regime adotado pela lei. Todavia, as suas regras são bem conhecidas e estão estabilizadas. Chama-se-lhe um “tipo social” de contrato (por oposição a “tipo legal”).

Qual é a fonte? Aparentemente, os “usos”, “usos” esses que, mediante uma interpretação “corretiva”, são retirados do artigo 407.º, do Código Comercial<sup>32</sup>. No terreno, esses “usos” foram recolhidos pelas cláusulas contratuais gerais dos bancos e aplicam-se porque os particulares, quando abrem conta, aderem a eles. Mas então a fonte é contratual? Trata-se de regras gerais e abstratas...

Em certos países, como a Alemanha, contratos importantes como a locação financeira (*leasing*) e a cessão financeira (*factoring*) não têm qualquer base legal. Funcionam na base de “tipos sociais”, dão azo a regras estabilizadas, vertidas em tratados e originam centenas de decisões. A doutrina fala em Direito consuetudinário. Entre nós, o legislador tem a pena leve: já regulou (duas e três vezes...) tudo isso. Fica a questão: o Direito consuetudinário pode fixar em pormenor contratos financeiros de grande complexidade? Será um Direito consuetudinário equiparável ao de uma comunidade rural, que dispõe de bens comuns?

**VII.** Algumas palavras quanto a leis. Existe uma hierarquia oficial que se retira do artigo 8.º da Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro, na redação dada pela Lei n.º 42/2007, de 24 de agosto, relativo à numeração e apresentação dos diplomas e do artigo 112.º da Constituição. Joga, ainda, uma série de regras inseridas na Constituição e em diplomas complementares.

Mas um sistema coerente de fontes, que se preocupe com o Direito enquanto Ciência de resolução de casos, fica insatisfeito. As determinações genéricas dos bancos e das seguradoras, sobre juros, informações ou pagamentos, são leis? O que dizer das condições gerais dos transportes, adotadas pelas grandes empresas públicas? E pelas pequenas empresas privadas regionais?

Uma circular do Banco de Portugal (nem se trata de um Aviso!) pode ser bem mais importante para a coletividade do que muitas e boas leis do Parlamento. As decisões genéricas da Direção-Geral das Contribuições e Impostos ou da Segurança Social mexem profundamente com as pessoas. São leis? Mesmo quando ilegais e, até, desconexas, essas regras são

---

<sup>32</sup> *Idem*, 192.

obedecidas: o cidadão, mesmo jurista experiente e conhecedor, preferirá, em regra, segui-las do que entrar num contencioso extremado e dispendioso. Qual é a fonte? E o que dizer das determinações das companhias do telefone, do gás e da eletricidade? Uma campanha publicitária pode veicular regras que a generalidade dos destinatários irá observar. Com base em quê?

**VIII.** Tudo isso se complica com a erupção de regras extrajurídicas, mas muito eficazes na sociedade e às quais, no limite, o Direito tem de prestar atenção. Há regras do “politicamente correto” contra as quais é perigoso, social e até fisicamente, reagir. Surgem “sanções” típicas, que envolvem *mobbing* e, até, *bullying*<sup>33</sup>. Trata-se de costume (ainda que condenável)?

#### **4. Inviabilidade de classificações de fontes; os tipos**

**I.** Uma análise elementar sobre as fontes do Direito, tomadas no seu sentido técnico de modos de revelação de normas jurídicas, mas efetuada com base não (apenas) no texto legal sobre fontes, mas antes na realidade jurídico-social existente, mostra uma situação inorgânica, insuscetível de ser reconduzida a classificações coerentes.

Vamos apontar três razões:

- o Direito, particularmente o Direito civil, é-nos dado, em grande parte, por irredutível evolução histórica; torna-se irreal reconduzir essa matéria às fontes atuais que o tenham compilado ou codificado;
- na origem, operaram muitas fontes, hoje desaparecidas, em obediência a acentuada complexidade; pode haver interesse interpretativo em recuar e (re)estudar algumas das fontes em causa; por exemplo, um estudo de profundidade média sobre ações possessórias obriga a estudar o edito do pretor;
- para além do próprio Estado, as sociedades modernas dispõem de técnicas de criação jurídica, que transcendem os modos constitucionais explícitos.

**II.** O panorama existente não obedece a nenhuma lógica reconhecível. Apenas podemos fazer descrições típicas de certos modos de criação (e de revelação) de normas jurídicas mais estabilizados, procurando apontar-lhes as características mais marcantes.

---

<sup>33</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil*, IV (2011), 169.

Tal como sucede frequentemente com as tipologias, as diversas categorias podem surgir em planos diferentes, podem ter densidades diversas, podem obedecer a critérios distintos e podem mesmo apresentar áreas de sobreposição.

Além disso, na apresentação dos diversos tipos, recorre-se, por vezes, a critérios e tradições históricos, sem grande lógica formal, mas aos quais os juristas estão afeiçoados.

**III.** Nestes termos, fixamos os seguintes tipos de fontes:

- a lei, entendida em sentido amplo, de modo a abranger o Direito comum (*ius commune*) hoje vertido em códigos, as leis formais (Parlamento e Governo) e as leis materiais (todas as outras);
- as normas corporativas;
- os diplomas privados;
- o costume, enquanto categoria tradicional;
- os usos;
- a equidade;
- a jurisprudência;
- a doutrina.

Alguns desses tipos requerem um estudo especializado. Na sequência, vamos considerar a Lei.

## **II. A Lei**

### **5. Etimologia e Direito romano**

**I.** A expressão lei é polissémica: seja no uso corrente, seja na própria utilização técnico-jurídica. O fenómeno torna-se habitual, quando se lida com conceitos nucleares de uso frequente, ricos em conotações significativo-ideológicas.

Há que conhecer o problema, antes de lidar com ele. Começemos pela etimologia.

**II.** Nas línguas latinas (*loi*, em francês; *legge*, em italiano; *ley*, em castelhano; *lege*, em romeno), lei advém do latim *lex*<sup>34</sup>. *Mas a origem de lex* divide os especialistas.

---

<sup>34</sup> Genitivo *legis* e plural *leges*; como é sabido, línguas como o português, o castelhano ou o francês formaram-se, nos substantivos, em torno do acusativo (*legem*), enquanto outras, como o italiano e o romeno, advieram do nominativo, num fenómeno que se denota sobretudo nos plurais: em “s”, nas primeiras e em “i” ou “e”, nas segundas.

Surgem cinco teorias principais<sup>35</sup>. Assim, *lex* poderia derivar:

- (1) de *legere* (ler): na *lex publica* haveria uma leitura de uma proposta prévia, feita perante o povo reunido nos comícios e que a aprovaria; na *lex privata*, o texto do contrato seria previamente escrito em tábuas, para que as partes o pudessem ler;
- (2) de *eligere* (escolher, eleger): a feitura de uma *lex* pressuporia uma escolha ou opção prévia;
- (3) de *ligare* (ligar, atar, obrigar): a *lex* adstringe os seus destinatários a determinada conduta;
- (4) de *legare* (legar, delegar, dar mandato a): a *lex* provém de uma função ou de um mandato, concedido ao legislador;
- (5) de *locus* (lugar, sítio), sânscrito *lagh*: a *lex* fixa ou posiciona uma realidade que, de outro modo, estaria em mutação.

Entre nós, Sebastião Cruz opta, ainda que de modo não exclusivo, pela primeira teoria: *lex* adviria de *legere* ou ler<sup>36</sup>. A doutrina maioritária<sup>37</sup> e a generalidade dos dicionários de latim<sup>38</sup>, preferem, todavia, a quarta: *lex* adveio de *lego* (*legare, legatum*), uma vez que implica uma (de)legação a favor de quem a faça, como sucedia no regime romano.

**III.** Já no Direito romano, *lex* enriquecia os sentidos comuns que comportava com níveis significativo-ideológicos. Traduzia, quando usada, uma ideia de justo, de adequado e de equidade.

Cícero, discutindo o sentido de *lex*, fazia uma aproximação ao grego νόμος (*nomos*): o que é atribuído em partilha e, a partir daí, o uso e o costume. Nessa base, Cícero aproximava *lex* de (e)legere (eleger, escolher), fazendo a seguinte contraposição: em grego, estaria mais em causa o elemento equidade, enquanto em latim, sobrelevaria a ideia de escolha<sup>39</sup>. Ambas as aceções poderiam ser aproximadas.

Na *lex* como noutras latitudes, operou a síntese entre o espírito subtil grego e pragmatismo eficaz romano, contribuindo para a riqueza do termo: uma riqueza que cabe conhecer e aprofundar e, não, alijar. Digamos

<sup>35</sup> FELICIANO SERRAO, *Legge (diritto romano)*, ED XXIII (1973), 794-849 (794), com indicações, e SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, 1, 4.<sup>a</sup> ed. cit., 200-201.

<sup>36</sup> SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, 1, 4.<sup>a</sup> ed. cit., 201.

<sup>37</sup> FELICIANO SERRAO, *Legge (diritto romano)* cit., 794-795, referindo as fontes.

<sup>38</sup> Além dos referidos em SERRANO, *ob. e loc. cit.*: *Grosses Schulwörterbuch Lateinisch-Deutsch*, da Langenscheidt (2001), 727/I; FÉLIX GAFFIOT/PIERRE FLOBERT, *Dictionnaire Latin-Français* (2000), 913/II.

<sup>39</sup> MARCO TÚLIO CÍCERO, *De Legibus* I, 6 = *Opera* III, ed. Joannes Manfrè (1753), 163.

que os gregos assentavam numa base material, enquanto os romanos privilegiavam a abordagem processual da lei<sup>40</sup>.

**IV.** O Direito romano conheceu uma evolução de muitos séculos. A *lex* obteve, nas várias épocas, um tratamento diferenciado.

Nas construções clássicas, distinguia-se a *lex privata* da *lex publica*<sup>41</sup>. A *lex privata* advinha da vontade das partes, através do que hoje chamamos contrato: *uti lingua nuncupassit ita ius esto*<sup>42</sup>.

A *lex publica* resultava de uma proposta aprovada pelo *populus*<sup>43</sup>. Era rogada pelo magistrado com poderes para o fazer<sup>44</sup>. A *lex*, neste sentido, concorria com as demais fontes do Direito romano, designadamente o *senatus consultum* e os *plebiscita*. Explicam os romanistas que o *ius civile* adveio, fundamentalmente, das XII Tábuas, dos jurisconsultos e do *edictum*<sup>45</sup>. A maioria das *leges* tem a ver com o que hoje chamamos Direito público.

**V.** Com todos estes elementos, tem interesse relevar as definições dadas pelos próprios juristas romanos. Para Gaio<sup>46</sup>:

Lei é aquilo que o povo ordena e determine. Plebiscito é o que a plebe ordena e determine.

Como se vê, a noção é puramente formal, revelando a preocupação de contrapor a lei ao plebiscito<sup>47</sup>.

---

<sup>40</sup> W. KRAWIETZ, *Gesetz* em HWörtPh 3 (1974), 480-493 (481).

<sup>41</sup> Por isso, *lex* era mais amplo do que a nossa lei; vide CARLO LONGO/GAETANO SCHERILLO, *Storia del diritto romano / Costituzione e fonti del diritto* (1935), 160 ss.

<sup>42</sup> XII Tábuas, VI,1: conforme for dito por palavras, assim seja o direito.

<sup>43</sup> PAPIANO, D. 1.3.1, abaixo citado, nota 48; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7.<sup>a</sup> ed. (1966), 84 ss.

<sup>44</sup> O processo da proposta e da aprovação pode ser seguido em FELICIANO SERRÃO, *Legge (diritto romano)* cit., 826 ss., e em SEBASTIÃO CRUZ, *Diritto romano*, 1, 4.<sup>a</sup> ed. cit., 207 ss. Vide, ainda, ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano* (2010), 31 ss.

<sup>45</sup> FELICIANO SERRÃO, *Legge (diritto romano)* cit., 812/I. Uma lista de *legges* hoje conhecidas pode ser confrontada em GIANNETTO LONGO, “*Lex*”, NssDI IX (1963), 786-794 (789-794).

<sup>46</sup> GAIO, *Institutiones* 1, 3 = ed. bilingue ULRICH MANTHE (2004):

*Lex est quod populus iubet atque constituit, plebiscitum est quod plebs iubet adque constituit.*

<sup>47</sup> O *plebiscitum* era uma deliberação da plebe, tomada no competente comício e que, após diversas peripécias históricas, veio a ser equiparada à lei; vide SANTOS JUSTO, *Breviário* cit., 32-33.

Uma noção de tipo (mais) material é a de Papiniano<sup>48</sup>:

A lei é um preceito geral [*commune praeceptum*], uma decisão de homens prudentes, um meio de coerção contra delitos que, voluntária ou involuntariamente sejam cometidos e uma promessa da comunidade da república.

Na verdade, Papiniano aproxima-se de Cícero e do νόμος grego. A lei acabaria por traduzir a norma<sup>49</sup> ou qualquer tipo de norma, independentemente do seu valor ou do seu conteúdo e fosse qual fosse a sua origem: pública ou privada<sup>50</sup>.

**VI.** Em alemão, lei diz-se *Gesetz*: expressão a que se recorre para exprimir o latim *lex* ou o grego νόμος. *Gesetz* significaria, à letra, “posto”, “colocado”: provém de *setzen* que tem precisamente e entre outros, o sentido de pôr, meter ou colocar. Por contágio histórico-cultural podemos, a propósito de *Gesetz*, seguir os meandros evolutivos de *lex*, desde o Direito romano até aos nossos dias<sup>51</sup>. Afigura-se, todavia, que *Gesetz*, mau grado a polissemia que, por esse contágio, acaba por envolver, sempre traduz, uma ideia de maior precisão do que *lex*.

Em inglês, surge o termo *law* que, todavia, significa o Direito e a sua Ciência. *Law*, como regras, advém do inglês antigo tardio *lager*, significando local ou colocação<sup>52</sup>. Aproxima-se, assim, do *Gesetz* alemão e do étimo germânico *legen*.

## 6. Das leges e dos iura; evolução

**I.** A evolução de *lex* foi ditada, num primeiro momento, pelas vicissitudes do Império Romano. A progressiva centralização imperial fez desaparecer os esquemas coletivos de aprovação das leis. O absolutismo crescente centralizou, no imperador, a inovação jurídica<sup>53</sup>. Este legislava através de constituições imperiais as quais, com o tempo, vieram a ser conhecidas como *leges*<sup>54</sup>.

<sup>48</sup> PAPINIANO, D. 1.3.1. = ed. OKKO BEHRENDIS e outros, II, 111:

*Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis reipublicae sponsio.*

<sup>49</sup> FELICIANO SERRAO, *Legge (diritto romano)* cit., 839/II.

<sup>50</sup> GIANNETTO LONGO, “*Lex*” cit., 787/I.

<sup>51</sup> *Vide* a excelente síntese de W. KRAWIETZ, *Gesetz* cit., 482 ss.

<sup>52</sup> *Vide The Oxford Dictionary of English Etymology* (1966), 518.

<sup>53</sup> CARLO LONGO/GAETANO SCHERILLO, *Storia del diritto romano* cit., 334 ss.

<sup>54</sup> FELICIANO SERRAO, *Legge (diritto romano)* cit., 848 ss.

Na época das grandes compilações, contrapunham-se as *leges* aos *iura*<sup>55</sup>: as primeiras eram inovadoras e correspondiam às constituições imperiais; os segundos abarcavam a massa geral do *ius romanum* e, particularmente, o labor dos jurisperitos.

**II.** A queda do Império Romano foi acompanhada por um enorme retrocesso cultural<sup>56</sup>. Perderam-se as condições mínimas necessárias para o funcionamento do Direito romano. O costume veio a impor-se como a principal fonte.

O Direito romano, ainda que de forma muito vulgar, manteve alguns dos seus quadros. Nos períodos de alguma acalmia social e militar, os novos soberanos bárbaros fizeram aprontar súmulas de *iura* e de leis por eles próprios adotadas, dando, ao conjunto, a designação de *leges*. Assim surgiram a *lex romana burgundionum* e a *lex romana wisigothorum*.

A *lex romana burgundionum*, atribuída ao Rei Gundobado (467-516), foi aprontada no final do século v<sup>57</sup>. Traduziu uma visão mais restrita, de entre o panorama das *leges* germânicas que sucederam à queda do império e implicou os maiores desvios em relação ao Direito romano. Os burgúndios vieram a ser absorvidos pelo Reino dos Francos, sendo a *lex burgundionum* substituída pela *wisigothorum*.

A *lex romana wisigothorum*, conhecida como Breviário de Alarico, deve-se a Alarico II e foi aprovada por uma assembleia, em 506. Comportava *leges* e *iura*, que aproveitavam (alguns) comentários dos juristas<sup>58</sup>. A *lex wisigothorum* tem um especial interesse uma vez que os Visigodos, inicialmente fixados no Sul da França (capital em Toulouse), vencidos pelos Francos (*Vogladum*, 507), estabeleceram-se na Península (capital em Toledo), até serem vencidos pelos Árabes (*Guadalete*, 711).

**III.** Carlos Magno reconstituiu, formalmente, o Império (800, com a *renovatio imperii*). Essa ocorrência foi acompanhada pelo reforço do poder

<sup>55</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7.<sup>a</sup> ed. cit., 353 ss.

<sup>56</sup> GUIDO ASTUTI, *Legge (diritto intermedio)*, ED XXIII (1973), 850-871 (852 ss.).

<sup>57</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter 2 – Geschichte des römischen Rechts in den neuen germanischen Staaten*, 2.<sup>a</sup> ed. (1834, reimp., 1986), 1-9; GUIDO ASTUTI, *Lezioni di storia del diritto italiano / Le fonti* (1953), 33-34; as várias edições existentes da *lex* em causa podem ser confrontadas em GIANNETTO LONGO, “*Lex romana burgundium*”, NssDI IX (1963), 817-818 (817/II).

<sup>58</sup> SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts* cit., 2, 67 ss.; GIANNETTO LONGO, “*Lex romana burgundium*” cit., 818-819; FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.<sup>a</sup> ed. (1967, reimp., 1996), 38 ss.; NUNO ESPINOSA, *História do Direito Português*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., 78 ss.

real: passou a “legislar”, sem necessidade de recorrer a assembleias. Ao lado de um Direito consuetudinário que supria o desaparecimento de um Direito diferenciado e das instituições especializadas de aplicação jurídica, foram tomando corpo, nas novas nações, *leges* e *capitularia* feudais<sup>59</sup>.

O renascimento do Direito romano, levado a cabo pelas universidades, a partir do século XII, precedido pelo Direito canónico, permitiu isolar a ideia de *utrumque ius*. A este contrapor-se-iam as iniciativas dos monarcas: as leis. Estas eram imputadas, desde S. Tomás, à razão<sup>60</sup>. Não faltaria uma evolução puramente voluntarística de lei (Hobbes), o contracenar com as exigências da razão (Montesquieu)<sup>61</sup>.

A conceção de lei que, assim, se poderia desenhar era complicada pelo facto de, a propósito de compilações que incluíam Direito romano, se falar, também, em leis. Estas oscilavam entre a manifestação da vontade do soberano (do Estado) e o Direito, no seu conjunto. Este foi o sentido levado pelos normandos para Inglaterra, que aproveitaram *law* para designar todo o Direito.

**IV.** A evolução das sociedades, do Direito e, sobretudo, da sua Ciência permitiu que, no Continente e ao longo do século XIX, se desenvolvessem as codificações<sup>62</sup>. Estas, como é sabido, pretendem ordenar, em termos científicos, todo o Direito relativo a um grande setor socio-jurídico. Reordenam o Direito existente, respeitando a sua compleição histórico-cultural. Grandes monumentos como o Código Napoleão ou o BGB alemão são, no fundo, Direito romano (obrigações e reais) e Direito comum (família e sucessões), devidamente harmonizado, completado, atualizado e ordenado. Consegue-se, com essa técnica que levou séculos a apurar, uma grande diferenciação de soluções, em termos muito mais sintéticos do que os assumidos pelo *corpus iuris civilis*.

O uso jurídico chama “leis” aos grandes códigos, repositórios de séculos de evoluções conturbadas e que desaguam, em última instância, no Direito romano. No fundo, são os *iura* do fim do Império Romano. E “leis” são ainda as determinações que os diversos Estados entendem adotar e publicar.

<sup>59</sup> Sobre toda esta matéria, GUIDO ASTUTI, *Legge (diritto intermedio)* cit., 854 ss.

<sup>60</sup> W. KRAWIETZ, *Gesetz* cit., 483.

<sup>61</sup> *Idem*, 483-486, como exemplo. A literatura é infundável, podendo confrontar-se nessa obra. Entre nós, vide JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 5, 2.<sup>a</sup> ed. (2000), 127, também com indicações.

<sup>62</sup> Em Portugal: NUNO ESPINOSA, *História do Direito português*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., 496 ss.

Temos, aqui, uma ambivalência inultrapassável, com a qual há que viver.

### 7. *Ações atuais; classificações e ordenações*

**I.** A evolução subsequente já explicaria, só por si, uma fatal polissemia do termo “lei”, no português jurídico da atualidade. Essa dimensão mais se acentuou, todavia, por ação das constituições políticas e da doutrina que sobre elas recaiu. Procurando definir os poderes do Estado e proceder à sua repartição pelos diversos órgãos, as constituições prodigalizaram o poder de definir, seja em abstrato, seja no concreto, as atitudes exigíveis aos cidadãos. E para tanto, ora usaram “lei”, ora recorreram a outras designações.

As tentativas jurídico-constitucionais de unificar, numa definição, a noção de lei (noção material ou estrutural) deu origem seja a fórmulas deste tipo:

[...] o acto legislativo no âmbito da Constituição de 1976, pode definir-se como todo o critério político de decisão produzido, revelado e publicado sob a forma típica de lei pelos órgãos titulares da subfunção legislativa, que se mostre apto a exprimir uma supremacia relacional no respeitante aos demais actos normativos de Direito interno, atinentes às restantes funções constituídas do Estado-Colectividade (Blanco de Moraes)<sup>63</sup>.

seja a correlações desta natureza:

A lei em sentido material corresponde a lei como acto da função legislativa [...] <sup>64</sup>.

[...] assentamos numa divisão tricotómica das funções do Estado – função política, função administrativa e função jurisdicional. E subdistinguímos na primeira a função legislativa (*legislatio*) e a função governativa ou política *stricto sensu* (*gubernatio*) consoante se traduz em actos normativos (directa ou indirectamente, explícita ou implicitamente) e em actos de conteúdo não normativo (Jorge Miranda)<sup>65</sup>.

**II.** Em suma: a definição de lei, enquanto medida do Estado, leva os publicistas a conetá-la com a função legislativa. Esta, por seu turno e sob pena de círculo inextrincável, será feita decorrer da doutrina da

---

<sup>63</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas / As leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos* (1998), 131.

<sup>64</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional* 5, 2.<sup>a</sup> ed. (2010), 133.

<sup>65</sup> *Idem*, 22.

separação dos poderes, precedida por uma diferenciação dos mesmos que, no mínimo, será histórico-cultural.

Podemos aceitar que o legislador constituinte, em consonância com as concepções dominantes na época histórica em que estatua, possa conformar o conceito formal de lei, isto é: aquilo a que, para efeitos de procedimentos constitucionais, se irá chamar lei. Mas não vemos que o conceito dogmático de lei, isto é, a lei material, tomada como realidade jurídico-científica, logo prática, dependa dos acasos (importantes, sem dúvida, mas acasos) de movimentos militares ou de eleições. Haverá que prosseguir.

**III.** O uso corrente, mesmo jurídico, de lei, revela as aceções subsequentes:

- a lei como Direito e a sua Ciência; equivale ao inglês *law*;
- a lei como Direito de origem estadual, por oposição ao costume, à equidade, à jurisprudência e à doutrina;
- a lei como norma jurídica de origem estadual, por oposição a quaisquer outras;
- a lei como produto do exercício da função legislativa do Estado;
- a lei como diploma que, no momento considerado, se diga “lei”, pelos textos em vigor.

Enquanto produto da função legislativa, a lei obriga a novas distinções. Assim, *latissimo sensu*, ela reporta-se a manifestações dessa função independentemente do tempo, do modo, das regras que se lhe apliquem e dos seus destinatários; abrange a lei constitucional e a lei ordinária, de eficácia interna ou de eficácia externa; *lato sensu*, ela retrata a lei ordinária, interna ou externa; *stricto sensu*, ela equivale ao “ato normativo da função política” de eficácia externa, isto é, dirigido à comunidade política ou às relações entre órgãos do poder<sup>66</sup>.

Como diploma que, no presente momento e à luz da Constituição de 1976 se chame “lei”, esta abrangerá as leis (do Parlamento), os decretos-leis (do Governo) e os decretos legislativos regionais (dos parlamentos regionais): é o que se alcança do artigo 112.º/1 da Constituição o qual, todavia e com prudência, refere “atos legislativos”<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional* cit., 5, 2.ª ed., 124-125, de onde são retirados os termos indicados.

<sup>67</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, II (2006), 256 ss., com indicações.

**IV.** Nenhum dos apontados sentidos se pode considerar incorreto. Cabe aos operadores jurídicos, diretamente ou pelo contexto, quando usem “lei”, explicitar em que universo se movem.

Não obstante toda a cautela que a polissemia recomenda, existe uma contraposição entre lei formal e lei material. Nestes termos:

- a lei formal corresponde a um diploma como tal designado; por via do artigo 112.º/1 da Constituição, ela abrange as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais;
- a lei material equivale a um diploma dimanado pelo Estado e que contenha normas jurídicas, isto é: proposições imperativas, gerais e abstratas.

Os dois conceitos coincidem, ou não, entre si. Uma lei formal pode não conter quaisquer normas jurídicas, não sendo, por isso, lei material; e podem leis materiais não assumir a forma (constitucional) de lei.

**V.** Os diversos conceitos de lei não se deixam ordenar através de classificações. A classificação pressupõe uma definição lógica, que opere por *genus proximum e differentia specifica*. Verifica-se, todavia, que “lei”, nas suas múltiplas aceções, não corresponde a preocupações lógicas: antes obedece a acasos históricos, culturais e políticos, vagamente afeiçoados pelas necessidades da dogmática jurídica.

Resta concluir: a lei comporta várias aceções as quais apenas são discerníveis através de descrições aproximadas da realidade a que se reportam. Tais descrições dão lugar a tipos, em sentido próprio, equivalendo a conceitos gerais-concretos, na terminologia hegeliana. Entre eles pode haver sobreposições e incompatibilidades sem que, por essa via, se tornem inviáveis ou impraticáveis.

## **8. O artigo 1.º, n.º 1 e n.º 2, do Código Civil**

**I.** O artigo 1.º do Código Civil surge epigrafado “fontes imediatas”. O seu n.º 1 e a 1.ª parte do seu n.º 2 reportam-se à lei. Dispõem:

1. São fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas.
2. Consideram-se leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes [...]

No anteprojeto de Manuel de Andrade, o artigo 1.º, sem epígrafe, tinha um estilo e um conteúdo diferentes. Dizia<sup>68</sup>:

I – São fontes do Direito:

- a) As leis;
- b) As normas corporativas.

II – a) Consideram-se leis todas as disposições genéricas emanadas dos órgãos estaduais competentes.

Para a enumeração das fontes, Manuel de Andrade buscou inspiração no artigo 1.º do Código Civil italiano, de 1942<sup>69</sup>. Sob a epígrafe “indicação das fontes”, dispõe esse preceito:

São fontes do direito:

- 1) As leis;
- 2) Os regulamentos;
- 3) As normas corporativas;
- 4) Os usos.

O projeto de Código italiano, primeiro publicado, não fazia qualquer referência a uma indicação de fontes<sup>70</sup>. O preceito foi introduzido numa fase tardia. Visaria resolver uma “teima” que opunha os comercialistas, defensores dos usos, aos “corporativo-laboralistas”, que pretendiam a primazia, sobre eles, das normas corporativas<sup>71</sup>. Mais ligados ao regime fascista de Mussolini, estes últimos levaram a melhor. O regime caiu: mas o alto nível técnico do Código (não certamente o do artigo 1.º) assegurou a sua sobrevivência. Não se pôs o problema de abrogar as “normas corporativas”: o preceito era inócuo.

Ao inspirar-se no Código italiano, Manuel de Andrade não sabia que perfilhava a opção dos “corporativo-laboralistas” italianos, contra os comercialistas ou, mais latamente, os privatistas. A “história inédita” do Código italiano só foi tornada pública no início do século XXI.

---

<sup>68</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Fontes de direito / Vigência, interpretação e aplicação da lei*, BMJ 102 (1961), 141-152 (141).

<sup>69</sup> Quanto à preparação desse Código, dispomos, hoje, da interessante obra de NICOLA RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile* (2003), XVIII + 814 pp.

<sup>70</sup> MARIANO D’AMELIO, *Codice civile / Libro primo (Persone e famiglia)* (1940), 6 ss.; o projeto começava com um preceito relativo ao início da obrigatoriedade das leis. *Vide* NICOLA RONDINONE, *Storia inedita* cit., especialmente 100 ss. O capítulo sobre fontes foi aditado já em 1942: *idem*, 564.

<sup>71</sup> NICOLA RONDINONE, *Storia inedita* cit., 609 ss.

**II.** Qual é a explicação histórica para o artigo 1.º do Código de 1966, à luz das opções conscientes dos seus autores? As justificações dadas por Manuel de Andrade são escassas, mas interessantes. Desde logo, ele considerava o texto do capítulo sobre fontes como<sup>72</sup>:

[...] um simples esboço, destinado a ser ulteriormente precisado, corrigido e completado. Esta declaração liminar visa de um modo especial as disposições do Capítulo I, porque só à última da hora, sob a influência do Código italiano, se resolveu inseri-las no Projecto. Claro que do mesmo carácter de vaguidade e de insegurança participa a própria exposição subsequente.

Prossegue Manuel de Andrade, em texto que não deve ser esquecido<sup>73</sup>:

2. O art.º 1.º contém uma indicação sumariíssima das fontes do Direito. Passaram-se em claro as variadas distinções e subdistinções que o termo “leis” comportaria. Entendeu-se que a indicação minuciosa daquelas fontes não tem o seu lugar num Código civil; que ela demandaria, para estar certa quanto aos nomes e às definições, longas pesquisas, impossíveis neste momento; e que, ainda por cima, ela tornaria mais difícil sem vantagem de maior, por obrigar a especificações dispensáveis, a redação dos textos que formam o Capítulo II.

Ainda se pensou em restringir o conceito de “lei” aos diplomas promulgados pelo Chefe do Estado, abrindo para os outros diplomas emanados de qualquer autoridade ou organismo público uma nova categoria, chamando-lhes “ordenações” na generalidade dos casos, e “posturas” quando procedentes de autoridades locais (*maxime* das autarquias). Mas pôs-se de parte a ideia, pelas razões apontadas, e também pelas dificuldades que se depararam quanto às fontes do Direito próprio das Colonias, não falando já na estranheza que poderia causar o termo “ordenações”, para mais com a significação particular que lhe seria atribuída.

A influência italiana foi ao ponto de, no artigo 3.º do projeto (artigo 3.º do Código), se ter feito prevalecer as “normas comparativas” sobre os usos: a referida vitória do “corporativismo” sobre o Direito comercial. Mas sobre isso não foram dadas específicas justificações.

Manuel de Andrade esclarece ainda onde foi buscar o sentido muito vasto em que foi tomado o termo “lei”: veio de Enneccerus/Nipperdey<sup>74</sup>. Todavia, essa origem apenas esclarece sobre os “órgãos estaduais com-

<sup>72</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Fontes de direito* cit., 146.

<sup>73</sup> *Idem*, 147.

<sup>74</sup> *Idem*, 147. MANUEL DE ANDRADE cita a 13.ª ed. do *Lehrbuch*. De facto, LUDWIG ENNECCERUS/HANS CARL NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1, 15.ª ed. (1959) ou, para recorrermos ao texto que terá inspirado diretamente ANDRADE, a trad. castelhana de BLÁS PEREZ GONZÁLEZ/JOSÉ ALGUER da 13.ª ed. alemã (1943), no local por ele precisado, dizem:

Lei (em sentido material) é uma proposição jurídica ou um conjunto de proposições jurídicas, ditada e publicada pelos órgãos do Estado competentes, conforme a Constituição.

petentes”, remetendo-os para a Constituição. Foi acrescentado “genéricas” e retirada a referência ao texto fundamental: o primeiro ponto para distinguir a lei de comandos concretos; o segundo, provavelmente, por discricção política.

**III.** Na passagem do anteprojeto para o projeto, decidiu-se<sup>75</sup> passar ao largo da natureza provisória e rudimentar que o próprio Manuel de Andrade atribuía ao seu escrito, entronizando-o<sup>76</sup>. Mas isso foi feito com alterações:

- quanto ao estilo, o que se afigura normal, uma vez que cabia uniformizar os troços de diversas proveniências, que vieram a formar o Código Civil;
- quanto ao fundo, aditando a fontes, o adjetivo “imediatas”.

Antunes Varela, no ensino do Direito civil, degradava o costume, explicando que, pelo menos no Direito privado, ele não constituía uma “fonte autónoma, imediata de direito”<sup>77</sup>. No Código Anotado, verdadeira justificação de motivos das revisões ministeriais por ele levadas a cabo, explica que a lei e as normas corporativas são fontes imediatas<sup>78</sup>,

[...] em contraposição aos assentos, usos e equidade, cuja força vinculativa provém da lei, que define os termos e limites da sua obrigatoriedade.

**IV.** Capta-se a ideia: aparentemente, o legislador de 1966 pretendeu consignar em lei o fundamento da jurídica-positividade: algumas fontes (as “mediatas”) só vigorariam por, para elas, remeterem as imediatas. Claro está: isso obrigaria a considerar também “mediatas” as normas corporativas, num passo que não foi dado. Mas não joga. Com efeito:

- qualquer estudioso das fontes do Direito considerará como fonte “imediata”, no sentido de dotada de autónoma jurídica-positividade,

---

<sup>75</sup> A decisão terá partido de JOÃO ANTUNES VARELA, Ministro da Justiça na época e co-autor com FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, de *Noções fundamentais de Direito civil* 1, 6.<sup>a</sup> ed. (1964, reimp., 1973), e que aproveitou para introduzir algumas das suas ideias, na lei civil fundamental.

<sup>76</sup> Vide JOSÉ HERMANO SARAIVA, *Apostilha crítica ao Projecto de Código Civil*, ROA 1966, 7.

<sup>77</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de Direito civil* (1966), 1, 6.<sup>a</sup> ed., 93.

<sup>78</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 1, logo na 1.<sup>a</sup> ed. (1967), 10.

- o costume, lado a lado com a lei; ora o Código, na sequência dos ensinamentos de Antunes Varela, parece reconduzi-los aos usos;
- a jurídica-positividade interessará à teoria do Direito, mas não ao Direito civil; confrontado com uma fonte, o intérprete-aplicador irá, dela, retirar (imediatamente) uma norma, seja qual foi a complexidade constitucional que tenha sido observada na sua produção.

A referência a fontes “imediatas” parece corresponder a uma repartição didática, aliás discutível<sup>79</sup>. Não devia ter sido levada ao Código. Isto dito: não incomoda, uma vez que, como tem sido dito, não tem relevância civil.

V. A enumeração do artigo 1.º não foi conseguida. A definição de lei do n.º 2, 1.ª parte, surge muito ampla. Torna-se questionável a oportunidade de definir, num Código, o que seja lei: sintomaticamente, os críticos que, como Freitas do Amaral<sup>80</sup> e Jorge Miranda<sup>81</sup>, pretenderiam alterar esses preceitos do Código Civil, não apresentam qualquer definição alternativa. Sendo evitável, esse dispositivo tem, todavia, uma vantagem: recorda que, para o Direito civil, todas as fontes estão sujeitas a interpretação e, nessa medida, a integração no sistema.

VI. A crítica, muito veemente, dos juspublicistas de que o Código teria esquecido o regulamento administrativo o qual não poderia, de forma alguma, ser reconduzido à lei<sup>82</sup>, não tem peso. O decisivo, segundo esses críticos, residiria no facto de os regulamentos, mesmo provenientes do Conselho de Ministros, corresponderem à função administrativa do Estado e não à sua função político-legislativa. Além disso, os regulamentos das autarquias e da demais administração autónoma, bem como os da administração indireta do Estado, não proviriam de “órgãos estaduais”. Pois

---

<sup>79</sup> LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito civil / Parte geral*, 1, 3.ª ed. (1959), 89, em nota, considera “fontes mediatas” aquelas que, de facto, possam influenciar as restantes. Seriam fontes, apenas em sentido sociológico, razão pela qual considera esta categoria “absolutamente inútil e irrelevante para a Ciência do Direito”. Não é este, todavia, o sentido de “fonte mediata”, no Código Civil. Neste ponto, não tem razão a referência de JOSÉ H. SARAIVA, *Apostilha crítica* cit., 11.

<sup>80</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil*, *Themis* 1 (1981), 9-20.

<sup>81</sup> JORGE MIRANDA, *Em vez do Código Civil, uma lei sobre leis*, *Legislação* 47 (2007), 5-23.

<sup>82</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Da necessidade de revisão* cit., 12.

bem: o Direito civil é um Direito de pessoas e para pessoas. Perante um diploma normativo, o particular vai sofrer-lhe as consequências, seja qual for a designação que lhe atribuem as correntes juspublicísticas em voga. Saber se um diploma do Governo advém da função política ou da função administrativa é, no terreno, tudo menos óbvio: poderá, até, vir das duas. Decidir que uma postura camarária, que pode ter o mesmo teor do que um diploma a aprovar pelo Estado (central) não é lei porque a Câmara não é órgão estadual será boa técnica administrativa, mas conceitualiza e, com isso, condiciona a decisão. Na vida real, as pessoas sentem muito mais a autoridade das Câmaras e de outras realidades paraestaduais, do que a do (longínquo) Parlamento. Por certo que o Direito público dá (ou deve dar) meios acrescidos para reagir perante regulamentos. E é ainda verdade que o acima transcrito Código italiano autonomizou os regulamentos, coisa que, porventura mal, não fez o Código de 1966. Mas isso dito: o regulamento (e similares), quando contenha normas, pode ser reconduzido a um sentido amplíssimo de lei.

Aplicar-se-lhes-ão regras importantes, como a exigência de publicação, a interpretação adequada e sistemática, a integração conveniente e a não retroatividade de princípio.

As leis, mesmo más, são úteis. E as leis, tal como as fontes de Direito são, hoje, História viva e em vigor.