



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Nº 001

2022

A tutela da confiança e a função judicial: o caso das viragens da jurisprudência

Uma breve panorâmica do direito português e do direito brasileiro

Luís Fernando Pimentel de Oliveira Vasconcelos Abreu



I
•
J

Série de trabalhos de conclusão do programa de pós-doutoramento em Direito, pela Universidade de Coimbra

A publicação do presente trabalho inscreve-se nas atividades do IJ/UCILeR (Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), no contexto do projeto de investigação “Desafios sociais, incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade” (financiado pela FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia - Projeto UIDB/04643/2020).

TUTOR CIENTÍFICO RESPONSÁVEL:

Professor Doutor Paulo Mota Pinto

Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

EDIÇÃO

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Tipografia Lousanense, Lda.

IMAGEM DA CAPA

Dall Design

CONTACTOS

geral@ij.uc.pt

www.uc.pt/fduc/ij

Colégio da Trindade | 3000-018 Coimbra

e-ISBN

978-989-9075-43-6

DOI

https://doi.org/10.47907/livro/2022/Tutela_confianca_funcao_judicial

© DEZEMBRO 2022

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito | Universidade de Coimbra

A tutela da confiança e a função judicial:
o caso das viragens da jurisprudência.
Uma breve panorâmica do direito português
e do direito brasileiro

Luís Fernando Pimentel de Oliveira Vasconcelos Abreu

TRABALHO DE CONCLUSÃO DO PROGRAMA DE PÓS-DOCTORAMENTO EM DIREITO,
PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

TUTOR CIENTÍFICO RESPONSÁVEL:

Professor Doutor Paulo Mota Pinto

Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Índice

SIGLAS	ix
NOTA PRÉVIA	1
1. INTRODUÇÃO	14
2. UMA BREVE PANORÂMICA DO DIREITO PORTUGUÊS E DO DIREITO BRASILEIRO	24
2.1. Portugal	24
2.1.2. A jurisprudência	37
2.1.2.1. Supremo Tribunal Administrativo.....	37
2.1.2.2. Uma apreciação crítica	40
2.1.2.3. Tribunal da Relação de Coimbra.....	40
2.1.2.4. Uma apreciação crítica	44
2.1.2.5. Tribunal da Relação do Porto.....	44
2.1.2.6. Uma apreciação crítica	45
2.1.2.7. Supremo Tribunal de Justiça	45
2.1.2.8. Uma apreciação crítica	53
2.1.2.9. Tribunal Constitucional.....	53
2.1.2.10. Uma apreciação crítica.....	62
2.1.3. A doutrina	62
2.1.3.1. Metodologia jurídica	62
2.1.3.1.1. António Castanheira Neves	62
2.1.3.1.2. Fernando José Pinto Bronze.....	65
2.1.3.1.3. José Lamego.....	68
2.1.3.1.4. José Manuel Aroso Linhares/Ana Margarida Gaudêncio	70
2.1.3.2. Introdução ao Direito, direito civil e direito processual civil.....	72
2.1.3.2.1. António Agostinho Guedes.....	72
2.1.3.2.2. João Baptista Machado	73
2.1.3.2.3. Diogo Freitas do Amaral.....	75
2.1.3.2.4. Manuel Fontaine Campos	77

2.1.3.2.5. Marcelo Rebelo de Sousa/Sofia Galvão	78
2.1.3.2.6. António Menezes Cordeiro	79
2.1.3.2.7. Miguel Nogueira de Brito	81
2.1.3.2.8. José de Oliveira Ascensão	84
2.1.3.2.9. Paulo Mota Pinto	86
2.1.3.2.10. Miguel Teixeira de Sousa	88
2.1.3.3. Direito constitucional	91
2.1.3.3.1. Cristina Queiroz	91
2.1.3.3.2. José Joaquim Gomes Canotilho/ Vital Moreira	93
2.1.3.3.3. José Joaquim Gomes Canotilho ..	94
2.1.3.3.4. João Caupers	97
2.1.3.3.5. Jorge Bacelar Gouveia	99
2.1.3.3.6. Jorge Miranda	101
2.1.3.3.7. Jorge Reis Novais	102
2.1.3.3.8. Maria Lúcia Amaral	104
2.1.3.3.9. Paulo Otero	107
2.1.3.4. Direito penal	109
2.1.3.4.1. Alaor Leite	109
2.1.3.4.2. Jorge de Figueiredo Dias	113
2.1.3.4.3. Maria Fernanda Palma	115
2.1.3.4.4. Maria João Antunes	116
2.1.3.4.5. Nuno Brandão	119
2.1.3.4.6. Sérgio Mascarenhas de Almeida ..	121
2.1.3.5. Uma apreciação crítica	124
2.2. Brasil	124
2.2.1. A lei	124
2.2.2. A doutrina	132
2.2.2.1. Antonio do Passo Cabral	133
2.2.2.2. Lucas Buril de Macêdo	136
2.2.2.3. Luiz Guilherme Marinoni	140
2.2.2.4. Thomas da Rosa de Bustamante	142
2.2.3. Uma apreciação crítica	145
3. CONCLUSÕES	147
JURISPRUDÊNCIA	153
BIBLIOGRAFIA	157

Siglas

A.	Autor
AA.	Autores
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	Acórdão
<i>AIJC</i>	<i>Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional</i>
Art.	Artigo
AUJ	Acórdão de Uniformização de Jurisprudência
<i>BFD</i>	<i>Boletim da Faculdade de Direito</i> (Universidade de Coimbra)
<i>BMJ</i>	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletim Oficial do Estado</i>
CC	Código Civil
CE	Constituição Espanhola
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
<i>CJA</i>	<i>Cadernos de Justiça Administrativa</i>
CPC	Código de Processo Civil
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPP	Código de Processo Penal
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
CTF	Ciência e Técnica Fiscal
<i>DJAP</i>	<i>Dicionário Jurídico da Administração Pública</i>
DR	Diário da República

<i>e-Pública</i>	<i>E-Pública. Revista Eletrónica de Direito Público</i>
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
INCM	Imprensa Nacional-Casa da Moeda
LCCG	Lei das Cláusulas Contratuais Gerais
LGT	Lei Geral Tributária
LOFPTC	Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional
MP	Ministério Público
NCPC	Novo Código de Processo Civil (brasileiro)
p.	página
<i>RAP</i>	<i>Revista de Administración Pública</i>
<i>RBPP</i>	<i>Revista Brasileira de Políticas Públicas</i>
<i>RECD da UFSM</i>	<i>Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria</i>
<i>REDP</i>	<i>Revista Eletrônica de Direito Processual</i>
<i>RFD da UFMG</i>	<i>Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais</i>
<i>RJLB</i>	<i>Revista Jurídica Luso-Brasileira</i>
<i>RLJ</i>	<i>Revista de Legislação e de Jurisprudência</i>
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TAD	Tribunal Arbitral do Desporto
TC	Tribunal Constitucional
TCA	Tribunal Central Administrativo
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto

“O tempo é para o Direito uma dimensão tão essencial quanto ambivalente. Por definição, o Direito tende para a continuidade: só ordena se for estável, ou se for dotado de alguma estabilidade. Mas só ordena eficazmente se souber responder à mudança. Assim, o tempo traz ao Direito uma demanda ambivalente: pede-lhe que permaneça e pede-lhe que mude.”

Maria Lúcia AMARAL, “O tempo e a proteção da confiança”, in Carla Amado GOMES, org., *v Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público. O Tempo e o Direito Público 2012*, 21, *e-book* disponível em <www.icjp.pt>.

“O tema dos precedentes judiciais assume uma candente atualidade. Ninguém ignora a prática dos nossos magistrados que, perante um caso *decidendo*, revolvem as coletâneas de jurisprudência ou as bases informáticas em busca de uma decisão anterior que se lhe amolde. Ordenar aos juízes, como o fez o legislador setecentista, que se deixassem de orientar pelos exemplos, casos julgados e arestos significaria renegar a essencial matriz analógica do pensamento jurídico metodologicamente comprometido.

Tudo aconselha que um precedente, quando mobilizável, deva ser invocado. Sobre aquele magistrado que pretenda afastar um precedente impende, segundo a melhor doutrina atual, nomeadamente Alexy, o ónus da contra-argumentação. No passado, tal regra era já observada. A recusa de um precedente ou de uma corrente jurisprudencial conduziu a uma recomposição argumentativa por parte da Casa da Suplicação.

O fundamento da vinculatividade feita de precedentes judiciais não se afigura difícil de desvelar. Alicerça-se, prático-normativamente, nos princípios da igualdade e da segurança. Numa ótica pragmática, avulta a relevância do princípio da inércia explicitado através da força reprodutora dos precedentes judiciais.

Nas luminosas considerações de Pinto Bronze, o decisivo reside «no prudencial reconhecimento da semelhança ou da diferença da específica densidade jurídica dos casos que justi-

ficadamente se comparam com o momento marcante e o filtro demarcante da procedência ou da improcedência de um precedente». Descortina-se aqui um cenário de radioso fundo analógico. Admitir um precedente significa asseverar a semelhança entre o fundamento da decisão de um problema pré-objetivado e o de um novo problema.

Mas nem toda a experiência prudencialmente adquirida se amolda à especificidade do juízo a fazer. É uma espécie de analogia virada ao avesso, a qual, porém, não deixa de assumir timbre analógico. Como bem alvitrara D. Duarte, a prudência virtuosa deve acolher a mutável especificidade, porque «os feitos dos hom-ees som muito desvairados e, por vezes, segundo as circunstancias e modos dos tempos, nom cumpre tomar o caminho que é acostumado em semelhantes casos, mas outro singular, e dar certa temperança d'escholhimento em alg-uu caso apartado...». Em suma: com destemor e na companhia amável de D. Duarte e de Pinto Bronze, também nós nos sentimos habilitados a concluir que a analogia é a essência do juízo.”

Rui Manuel de Figueiredo MARCOS, “O modo setecentista de julgar em Portugal. Uma reflexão em torno do valor dos precedentes judiciais no passado e no presente”, in António Pedro Barbas HOMEM *et al.*, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Seminário Internacional* Coimbra: Almedina, 2009, 128-129.

Nota Prévia*

“Car c’est bien ainsi que doit être compris le présent Rapport. Il ne s’agit pas de faire advenir le pouvoir des juges. Celui-ci existe déjà. Qu’on s’en félicite ou qu’on le déplore est une autre discussion. En revanche, un tel pouvoir ne saurait être exercé discrétionnairement ni même discrètement, à l’ombre de tout débat et sans que les intéressés aient été mis en mesure de le discuter et de peser ouvertement sur son exercice. Inciter le juge à rendre compte de ses choix, à prendre en considération les intérêts qui sont au cœur du litige, à éviter les injustices ou les désordres que ses décisions pourraient entraîner, n’accroît pas son pouvoir mais contribue à sa maîtrise. La rétroactivité des revirements existe. Vouloir en empêcher les méfaits ne revient pas à les créer. C’est ouvrir les yeux.”

Rapport MOLFESSIS (*Rapport sur les revirements de jurisprudence*, remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet. Mardi 30 novembre 2004. Groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis, 72; acessível através de <<https://www.lexeek.com/document/931-revirements-jurisprudence-rapport-nicolas>>).

* Este texto corresponde à apresentação na defesa pública do trabalho de conclusão do programa de pós-doutoramento em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, intitulado “A tutela da confiança e a função judicial: o caso das viragens da jurisprudência. Uma breve panorâmica do Direito português e do Direito brasileiro”.

As provas de pós-doutoramento tiveram lugar no dia 12 de julho de 2022, no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, perante um Júri constituído pela Senhora Professora Doutora Maria João Antunes (Presidente), pelo Senhor Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa (Arguente) e pelo Senhor Professor Doutor Paulo Mota Pinto (Tutor científico). A todos expresso o meu agradecimento.

1. Uma vez que a investigação realizada foi mais vasta do que o âmbito do trabalho entregue, fazemos agora um enquadramento um pouco mais abrangente do tema, em função de alguns elementos de Direito estrangeiro, nomeadamente do Direito espanhol e do Direito francês, bem como uma brevíssima referência a um aspeto do Direito italiano.

2. Começamos por dar nota, na doutrina nacional, de um trabalho de Pedro Moniz Lopes, sobre o valor jurídico das normas de decisão jurisprudenciais¹.

3. Ainda entre nós, o carácter inovador de um determinado entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, quanto à matéria dos suprimentos nas sociedades anónimas, por comparação com a jurisprudência anterior do mesmo Tribunal, foi recentemente salientado por Alexandre Mota Pinto, numa anotação ao acórdão em causa².

4. Não podemos deixar de trazer também à colação o Acórdão de 24 de junho de 2022, do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, no caso *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. vs Jackson Women's Health Organization, et al.*, que está na ordem do dia e através do qual foi revogada a conhecida jurisprudência *Roe e Casey*.

¹ Cfr. Pedro Moniz LOPES, “O valor jurídico das normas de decisão jurisprudenciais”, *O Direito* 140/2 (2008) 645-695. O A. assenta o seu trabalho num conjunto de premissas que nunca é demais recordar: (i) o facto de o Direito legal ser apenas um tipo de aproximação normativa ao Direito; (ii) a dificuldade de a decisão de um caso jurídico poder, em termos lógicos, derivar exclusivamente de um preceito legal, devido à complexidade do *matching* entre as situações reais particulares e as categorias universais, utilizadas nas normas gerais do ordenamento, o que implica o recurso a outros fatores normativos ínsitos no raciocínio decisório; e (iii) a circunstância de o Direito não ser uma realidade estática, antes se ir constituindo nos casos juridicamente relevantes que suscitam a sua intervenção.

² Cfr. Alexandre Mota PINTO – “Suprimentos nas sociedades anónimas. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de novembro de 2021”, *Revista da Ordem dos Advogados* 82 (jan./jun. 2022) 33-62. A jurisprudência anterior havia sido afirmada nos Acórdãos do STJ, de 14 de dezembro de 1994 e de 9 de fevereiro de 1999. A mesma considerava decisiva, para a qualificação de empréstimos de acionistas como suprimentos, a detenção de uma participação social mínima de 10%. O montante da participação social deixou agora de ser o único e exclusivo critério. O STJ passou a admitir a qualificação como suprimentos de empréstimos ou créditos de acionistas, com participações sociais inferiores a 10%, desde que se verifiquem outras circunstâncias indiciadoras daquela qualidade, tais como a designação atribuída pelas partes aos empréstimos, o respetivo montante, o carácter sequencial dos financiamentos e a prorrogação dos respetivos prazos de reembolso.

5. O Supremo Tribunal dos EUA concluiu agora que a Constituição Norte-Americana não proíbe os cidadãos de cada Estado de regulamentar e inclusivamente proibirem o aborto.

6. Com interesse para o tema, temos que o referido Supremo Tribunal afirmou que a jurisprudência *Casey* – mais recente do que a *Roe*, como é sabido – havia reafirmado esta última exclusivamente com base na doutrina do *stare decisis* (vinculação ao precedente)^{3/4}. Ora, para o

³ No sentido de que a doutrina do *stare decisis* marca ainda – embora já não com a mesma importância de outrora – a diferença entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, CAPPELLETTI, MAURO – “The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: A Fundamental Difference – or no Difference at All?”, in Herbert BERNSTEIN / Ulrich DROBNIG / Hein KÖTZ, org., *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tubinga: J.C.B. Mohr, 1981, 381-393. O A. faz notar a complexidade da comparação, que obriga a ponderar, entre outros, aspetos como a organização dos tribunais superiores, o seu número, a sua composição, nomeadamente se através de juízes de carreira, o respetivo volume de trabalho, a publicidade das suas decisões, a existência de uma jurisdição constitucional autónoma e a nomeação política dos juízes para os tribunais constitucionais. Do mesmo A., MAURO CAPPELLETTI, “Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione «Civil Law» – «Common Law»”, *Rivista di Diritto Civile* (1963) Parte I, 31-64, artigo no qual é sublinhada a diferença entre a tradição continental, em que a pretensão processual vai “na sombra” do direito material, e a primazia da *actio*, à boa maneira romanística, na *common law*. Assinalando o relaxamento da doutrina do *stare decisis* em Inglaterra, por um lado, e uma maior sensibilidade para a jurisprudência e os seus problemas na Alemanha, por outro lado, Reinhard ZIMMERMANN / Nils JANSEN – “Quieta Movere. Interpretative Change in a Codified System”, in Peter CANE / Jane STAPLETON, ed., *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming* Oxford: Clarendon Press, 285-315. Embora desse facto não retirem quaisquer conclusões, os AA. afirmam que a revogação de decisões judiciais (*overruling*) é muito mais comum na Alemanha do que em Inglaterra. V. também Hans W. BAADE, “Stare Decisis in Civil Law Countries: The Last Bastion”, in Peter BIRKS / Arianna PRIETO, ed., *Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Rudden*, Oxford: Oxford University Press, 2002, 3-20.

⁴ No Direito continental, e em termos gerais, é possível identificar, pelo menos, três tipos de precedentes. O primeiro é a decisão sucessiva, ou seja, aqueles casos em que a segunda sentença constitui uma repetição da primeira. Já o segundo tipo de precedente se apresenta mais complicado. Traduz-se na existência de um elemento comum a ambas as decisões, o qual permite que sejam retiradas, da primeira decisão, conclusões válidas para a segunda. O terceiro tipo de precedente dá-se quando a segunda decisão pode ser justificada através de argumentos – regras, factos e valores ou valorações – que fundamentaram a primeira decisão. Cfr. Jerzy WRÓBLEWSKI – “Il precedente nei sistemi di «civil law»”, in Giovanna VISINTINI, a cargo de, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile. Atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato della Facoltà di Giurisprudenza in collaborazione con la Rivista «Contratto e Impresa»*. Genova, 11 e 12 marzo 1988, Pádua: Cedam, 1988, 26-27.

Tribunal, uma aplicação correta da doutrina do *stare decisis* implicava que tivesse sido feita a avaliação do valor dos argumentos em que se havia baseado a jurisprudência *Roe*.

7. Isto sem prejuízo de o Supremo Tribunal dos EUA ter enfatizado a importância do *stare decisis*, enquanto proteção para aqueles que recorrem ao tribunal com base numa determinada decisão judicial, bem como ao nível do sistema, permitindo poupar os custos económicos e humanos sempre decorrentes da litigância judicial, uma vez que os recursos existentes para a administração da justiça não são ilimitados.

8. Mas o *stare decisis* não é um comando inultrapassável e o Tribunal identificou cinco fatores que, em seu entender, justificavam a revogação da jurisprudência *Roe*:

- (i) a natureza do erro, nesse caso, cometido pelo Tribunal, pois tal jurisprudência estava, desde o início, em colisão com a Constituição, ao impedir uma parte da população de, através dos seus representantes, regular a matéria;
- (ii) a fraca qualidade da argumentação utilizada, retirando da Constituição o direito – implicitamente reconhecido – à interrupção voluntária da gravidez e impondo uma regulação detalhada da mesma, como se de uma lei se tratasse, mas tudo sem fundamento para tanto no texto constitucional, na sua história ou em algum precedente;
- (iii) a falta de praticabilidade da referida regulamentação, sendo difícil traçar a linha, com base na jurisprudência *Roe*, entre as restrições que seriam, ou não, constitucionalmente admissíveis;
- (iv) os efeitos disruptivos noutras áreas do Direito; e
- (v) a ausência de uma concreta confiança, a merecer a tutela do Direito, atento o carácter, em geral, não planeado do recurso ao aborto e o facto de o planeamento familiar poder compensar a eventual proibição do aborto por alguns Estados.

9. Feita esta breve referência de atualidade, temos que o ordenamento jurídico espanhol não se afasta muito do nosso, no que se refere aos normativos relevantes para o tema em análise, mas a jurisprudência e a doutrina do país vizinho são bastante ricas⁵.

⁵ Nos últimos vinte anos foram publicados em Espanha, pelo menos, seis livros que versam diretamente a problemática do carácter vinculativo da jurisprudência. São eles, por ordem cronológica: LEONOR MORAL SORIANO, *El precedente judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2002; Andrés OLLERO, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente*

10. A Constituição Espanhola garante a segurança jurídica (artigo 9.º, n.º 3), a igualdade (artigo 14.º), o direito à tutela judicial efetiva (artigo 24.º, n.º 1), a independência dos juízes, que se encontram submetidos unicamente ao império da lei (artigo 117.º, n.º 1), e impõe a obrigatoriedade de as sentenças serem fundamentadas (artigo 120.º, n.º 3).

11. A respeito das sentenças do Tribunal Constitucional espanhol, a Constituição Espanhola determina que elas serão publicadas no BOE, incluindo os votos de vencido, se os houver. Estabelece também que as sentenças do mesmo Tribunal que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei, de par com todas aquelas que não se limitem ao reconhecimento de um direito subjetivo, produzirão efeitos frente a todos (artigo 164.º, n.º 1).

12. De acordo com a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, as respetivas sentenças de inconstitucionalidade produzem efeitos gerais a partir da sua publicação no BOE (artigo 38.º, n.º 1). Este diploma revela alguma preocupação com a uniformização da jurisprudência ao determinar que, quando uma Sala considere necessário afastar-se, em qualquer ponto, da doutrina constitucional precedente firmada pelo Tribunal Constitucional, a questão deve ser submetida ao Pleno para decisão pelo mesmo (artigo 13.º).

judicial, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; Silvia Díez SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008; Víctor FERRERES COMELLA / Juan Antonio XIOL RÍOS, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2.ª ed., Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010; Martín OROZCO MUÑOZ – *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Cizur Menor: Aranzadi, 2011; e Diana SANTIAGO IGLESIAS – *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo. Un estudio desde la óptica de igualdad y seguridad jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2021. Leonor Moral analisou a questão da relevância das decisões judiciais anteriores na perspetiva do seu papel na argumentação jurídica. Porquê utilizar precedentes? Como utilizar precedentes? Nesta perspetiva, havia sido pioneira, na doutrina espanhola, Marina GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid: Tecnos, 1993. Sobre o Direito espanhol, hoje apenas com interesse histórico, Jacques Bernard HERZOG, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne. Essai sur les conditions de création du Droit par la Jurisdiction de Cassation*, Toulouse: Imprimerie F. Boisseau, 1942; e Alfredo Robles ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, “El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española”, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 93 (1948) 508-561. Mais recentemente, Gabriel GARCÍA CANTERO, “Le précédent et la loi. Rapport de Droit espagnol”, in Ewoud HONDIUS, ed., *Precedent and the Law. Reports to the XVIIth Congress. International Academy of Comparative Law*, Utrecht 16-22 July 2006 Bruxelas: Bruylant, 2007, 189-207.

13. À semelhança do que sucede ordenamento jurídico português, não obstante a importância da Constituição relativamente à matéria das fontes do Direito – e o papel como que revolucionário da Constituição Espanhola de 1978 nesse campo, tal como o foi o da nossa Constituição de 1976, aqui se incluindo a Revisão constitucional de 1982, que criou o Tribunal Constitucional –, o elenco legal das fontes do Direito consta do Código Civil espanhol.

14. Segundo este importante diploma, as fontes do ordenamento jurídico espanhol são a lei, o costume e os princípios gerais de Direito (artigo 1.º, n.º 1). Por seu lado, a jurisprudência complementarará o ordenamento jurídico com a doutrina que, de modo reiterado, seja estabelecida pelo Tribunal Supremo, ao interpretar e aplicar a lei, o costume e os princípios gerais de Direito (artigo 1.º, n.º 6).

15. Passando para a Lei Orgânica do Poder Judicial (*Ley Orgánica* 6/1985, de 1 de julio, sucessivamente alterada), ela impõe que os juízes e os tribunais apliquem o direito da União Europeia em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (artigo 4.º *bis*, n.º 1). Prescreve igualmente que a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e vincula todos os juízes e tribunais, os quais devem interpretar e aplicar as leis e os regulamentos de acordo com os preceitos e os princípios constitucionais, concretamente nos termos da interpretação que para os mesmos resulte das decisões do Tribunal Constitucional em todo o tipo de processos (artigo 5.º, n.º 1).

16. O diploma em causa contempla o voto de vencido (artigos 206.º, n.º 1, e 260.º) e qualifica como infração disciplinar muito grave a intromissão, por parte de um juiz ou magistrado, no exercício do poder jurisdicional realizado por um colega (artigo 417.º, n.º 4).

17. Não sendo possível dar aqui uma panorâmica alargada do direito processual espanhol, farei menção apenas a dois preceitos da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (*Ley* 1/2000, de 7 de enero, sucessivamente alterada), um sobre o recurso de cassação e o outro relativo ao denominado recurso no interesse da lei.

18. Assim, segundo o diploma que se pode designar como o Código de Processo Civil espanhol, considera-se que um caso apresenta interesse para fundamentar um recurso de cassação quando a sentença recorrida contrarie a doutrina jurisprudencial do Tribunal Supremo ou resolva questões sobre as quais exista jurisprudência contraditória das Audiências Provinciais ou, ainda, aplique normas que não tenham

mais de cinco anos de vigência, sempre que, nesta última hipótese, não exista doutrina jurisprudencial do Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de conteúdo igual ou similar. Quando se trate de recursos de cassação que devam ser conhecidos por um Tribunal Superior de Justiça, entende-se que também existe interesse para fundamentar o recurso nos casos em que a sentença recorrida contrarie doutrina jurisprudencial ou não exista essa doutrina do Tribunal Superior sobre normas de Direito especial da correspondente Comunidade Autónoma (artigo 477.º, n.º 3).

19. No que se refere ao regime do recurso no interesse da lei, a decisão respeitará, em qualquer circunstância, as situações jurídicas particulares derivadas das sentenças que estão em causa e, quando julgar o recurso procedente, fixará no caso a doutrina jurisprudencial. Nesta situação, a sentença será publicada no BOE e, a partir desse momento, complementarará o ordenamento jurídico, vinculando todos os juízes e tribunais da ordem jurisdicional civil diferentes do Tribunal Supremo (artigo 493.º).

20. Resumindo alguns dos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência espanholas com interesse para o tema do presente trabalho, pode afirmar-se o seguinte:

- (i) são fontes do Direito os argumentos que servem de justificação para a resolução de um caso, logo os precedentes são fonte do Direito, o que, contudo, não dá só por si resposta quanto aos termos concretos em que os precedentes devem ser considerados;
- (ii) a exigência de reiteração da jurisprudência – no artigo 1.º, n.º 6, do CC espanhol – decorre do princípio da segurança jurídica, que se aplica não só à lei, como também à jurisprudência;
- (iii) para que a jurisprudência adquira a força que lhe é reconhecida pela referida norma do artigo 1.º, n.º 6, são necessárias, pelo menos, duas decisões judiciais de idêntico sentido, exceto no caso de decisões do Pleno ou quando seja assumida uma viragem da jurisprudência, em que bastará apenas uma decisão;
- (iv) o princípio da igualdade não impõe a força vinculativa do precedente, pois tem de ser conciliado com outros princípios;
- (v) cabe distinguir entre uma igualdade material perante a lei e uma igualdade formal na aplicação da lei, que apenas proíbe o arbítrio;

- (vi) o princípio da igualdade exige coerência com decisões anteriores, mas não mais do que isso, isto é, não significa submissão à jurisprudência dos tribunais superiores;
- (vii) o princípio da independência judicial legitima esta possibilidade de os tribunais inferiores se afastarem da jurisprudência dos tribunais superiores;
- (viii) o sistema de recursos vigente garante – de forma tendencialmente satisfatória – as exigências decorrentes do princípio da igualdade, embora sempre com a limitação de não existir uma vinculação do tribunal superior ao seu próprio precedente;
- (ix) um desvio arbitrário relativamente à jurisprudência anterior põe em causa a garantia constitucional de uma tutela judicial efetiva;
- (x) conforme decorre da jurisprudência do TEDH, os particulares não têm direito à aplicação de uma determinada jurisprudência, mesmo que ela seja constante. Mas, igualmente de acordo com o TEDH, a aplicação retroativa de uma nova interpretação sufragada pela jurisprudência exige o preenchimento do teste da previsibilidade, no sentido de se aferir se tal interpretação podia, ou não, haver sido razoavelmente prevista pelos interessados. Este critério da previsibilidade provém, entre outros processos decididos pelo TEDH, do caso *Del Río Prada* e vem limitar o já mencionado requisito da reiteração para que a jurisprudência seja normativa.

21. Em França, na sequência da jurisprudência sobre responsabilidade civil médica de que dou nota no meu trabalho de pós-doutoramento – tratou-se, muito concretamente, do Acórdão da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Cassação, de 9 de outubro de 2001 –, o Primeiro Presidente do Tribunal de Cassação, Guy Canivet, diligenciou para que fosse constituído um grupo de trabalho tendo por missão estudar a aplicação no tempo dos *revirements de jurisprudence*. Esse grupo de trabalho foi presidido pelo Professor Nicolas Molfessis, que acabou por dar o nome ao Relatório que foi produzido⁶.

⁶ *Les Revirements de Jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet. Mardi 30 novembre 2004. Groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis*, Paris: Litec LexisNexis, 2005, disponível em <<https://www.lexeek.com/document/931-revirements-jurisprudence-rapport-nicolas>>. Dando nota de uma nova cultura quanto às viragens da jurisprudência, no contencioso administrativo francês, Chloé Pros-

22. O Relatório Molfessis propôs que:

- (i) fosse sempre o tribunal que tomou a iniciativa de proceder à viragem da jurisprudência a identificá-la, de forma expressa, bem como a fundamentá-la, para que não houvesse dúvidas, a esse respeito, por parte dos seus destinatários;
- (ii) o legislador consagrasse a possibilidade de os tribunais modelarem no tempo os efeitos das viragens da jurisprudência sempre que a sua aplicação retroativa se revelasse lesiva para interesses legítimos. A este respeito, o Relatório sublinhou as insuficiências das técnicas preventivas – por exemplo, anunciar a viragem nos *obter dicta* –, as quais contribuíam para reduzir a imprevisibilidade, mas não eram sempre eficazes, nem suficientes;
- (iii) a própria *Cour de Cassation* avançasse logo com a modelação da aplicação no tempo dos seus acórdãos. Com efeito, não obstante a consagração dessa faculdade pelo Direito positivo ser recomendável e o Relatório haver feito essa proposta, nada impedia – pelo contrário, tudo aconselhava – que se tentasse, de imediato, resolver pretorianamente o problema. Isto sem prejuízo do disposto pelo artigo 5.º do Código Civil francês (*Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur des causes qui leur sont soumises*), norma que proíbe ao juiz arvorar-se em legislador. Segundo o Relatório, o preceito em questão apenas impedia que se transformasse uma decisão judicial em lei. A modelação dos efeitos de uma decisão judicial não apresentava esse carácter, pois limitava-se à opção entre aplicar, ou não, a solução nova ao caso em juízo. Era coerente com o poder criador da decisão jurisprudencial que o juiz modelasse os seus efeitos. Tal não exorbitava da órbita do exercício da função judicial;
- (iv) a *Cour de Cassation* ficasse com o exclusivo da modelação dos efeitos das viragens de jurisprudência que decidisse operar, enquanto decisão subsequente à da viragem propriamente dita;

-PHALIPPON – *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Paris: LGDJ, 2018. A A. refere que, enquanto no passado o Conselho de Estado não refutava a solução jurídica por si abandonada, para não assumir a rotura com a mesma e manter uma aparência de continuidade, pelo que se refugiava numa motivação sumária e numa redacção lacónica, no novo milénio o referido Conselho de Estado passou a assumir, com transparência, a mudança relativamente à sua anterior jurisprudência, dando coerência a essa modificação, num contexto de valorização da segurança jurídica.

- (v) as decisões sobre a viragem da jurisprudência e sobre a eventual modelação no tempo dos seus efeitos fossem sempre tomadas por formações alargadas de juízes (*Assemblée plénière, Chambre mixte, plénières de Chambre*). Desta forma, ficavam asseguradas a unidade de entendimento sobre uma determinada regra jurídica no seio do referido Tribunal e a certeza e estabilidade que deviam revestir as decisões de modelação;
- (vi) a decisão sobre a aplicação retroativa da nova interpretação fosse sempre cuidadosamente analisada caso a caso, à luz do princípio da proporcionalidade, ponderando-se as vantagens dessa aplicação, mas também as suas desvantagens, para os particulares visados. O Relatório absteve-se de impor qualquer grelha sobre a matéria. Recordou que a regra era efetivamente a aplicação retroativa, pelo que qualquer exceção carecia de ser devidamente fundamentada;
- (vii) fosse assegurado o contraditório das partes relativamente à decisão sobre a modelação no tempo dos efeitos da decisão judicial de viragem da jurisprudência e que esse debate fosse alargado para além das próprias partes, recorrendo-se à figura do *amicus curiae*; e, por último,
- (viii) que a situação dos particulares que propuseram a viragem da jurisprudência devia permanecer inalterada, uma vez que não oferecia qualquer particularidade que justificasse um entendimento diferente. Ou seja, a regra era o particular beneficiar do *revirement de jurisprudence* no seu caso, de modo a não se substituir uma injustiça por outra.

23. Uma brevíssima menção ao ordenamento jurídico italiano para referir a existência, no Supremo Tribunal (*Corte di Cassazione*)⁷, do *Ufficio del Massimario*. Composto por juízes de carreira, cabe-lhe extrair das decisões do Supremo Tribunal uma ou mais máximas que sintetizem a argumentação jurídica seguida pelo mesmo Tribunal. As referidas máximas resultam normalmente da *ratio decidendi*, embora, em alguns casos, possam derivar de *obiter dicta*. São depois publicadas e influenciam a jurisprudência futura⁸.

⁷ E também no Conselho de Estado e no Tribunal de Contas italianos.

⁸ V. Luca PASSANANTE – *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Turim: Giappichelli, 2018, 117-183.

24. As viragens da jurisprudência podem ser estudadas numa perspectiva teórica, ligada aos princípios da divisão de poderes, da igualdade, da segurança jurídica e da tutela judicial efetiva, bem como ao elenco das fontes do Direito e ao valor da jurisprudência. Mas também podem ser encaradas numa perspectiva mais prática.

25. Não obstante a complexidade do tema, do que se trata, no essencial, é de submeter o juiz às exigências resultantes do princípio da segurança jurídica⁹. O particular tem direito à segurança jurídica perante o Estado, no seu todo, sendo-lhe indiferente que a solução nova que lhe está a ser aplicada e é para si lesiva decorra da lei ou da jurisprudência.

26. As viragens da jurisprudência não são um mal em si mesmo. Serão até inevitáveis, atenta a necessidade de adaptação do Direito à evolução social – independentemente de a jurisprudência ser uma fonte do Direito mais “lenta” do que a lei –, porque, muitas vezes, o legislador peca por imobilismo.

27. Por outro lado, as viragens não serão muito frequentes. Uma coisa é a instabilidade de entendimentos judiciais, fruto, por exemplo, da novidade da legislação. Não é melhor uma interpretação errada, mas permanente, do que flutuações ao nível das decisões dos tribunais. A jurisprudência precisa de tempo para sedimentar.

28. Realidade diferente, com um sentido próprio, são as viragens da jurisprudência, que pressupõem a existência de doutrina judicialmente firmada.

29. A mudança inerente à viragem da jurisprudência corresponde a um aperfeiçoamento, a um repensar dos problemas, pelo que se presume positiva. Problemática é a sua retroatividade. O princípio da segurança jurídica não impede alterações de entendimento pelos tribunais.

⁹ O poder de os tribunais criarem as normas jurisprudenciais encerra perigos, atento o carácter algo imprevisível dessas normas, seja pelo seu conteúdo, seja pelo momento da sua emissão e pela respetiva evolução no tempo. Cfr. Anne-Laure VALEMBOIS – *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris: LGDJ, 2005, 76. Nesta obra, a A. estabelece a ligação do princípio da segurança jurídica ao Estado de Direito, em sentido formal – clareza, determinação, precisão, inteligibilidade e estabilidade das regras jurídicas – e material – a segurança jurídica como direito-garantia, necessário para a proteção dos outros direitos –, assim como reconduz o princípio da não retroatividade ao da segurança jurídica, que será o seu fundamento, sem prejuízo da conexão do primeiro com outros princípios jurídicos.

30. Por seu lado, a independência judicial não ficará prejudicada pela introdução de mecanismos de estabilização da jurisprudência, por exemplo, súmulas¹⁰ ou máximas.

31. Tais mecanismos destinam-se a assegurar um maior respeito pelas decisões dos tribunais superiores ou até por decisões anteriores de tribunais da mesma hierarquia, com o conseqüente incremento da coerência das decisões judiciais, ao nível do sistema.

32. Com efeito, a independência judicial significa, sobretudo, que os tribunais, no seu conjunto, não estão sujeitos a qualquer subordinação jurídica, exceto em relação ao ordenamento jurídico no seu todo. A subordinação dos tribunais ao Direito parece ser, assim, um conceito suficientemente amplo para permitir os mencionados mecanismos de estabilização.

33. Ainda nesta sede, convém recordar que o protagonismo judicial é também fruto da supremacia da Constituição. São os juízes da jurisdição constitucional, quando exista, que acabam por *dizer* a Constituição. O triunfo da ponderação sobre a subsunção conduziu a uma proeminência do juiz¹¹.

34. O Direito é uma realidade histórica, cultural, social, que não pode ficar indiferente à atual rapidez das mudanças sociais. Sucede que sozinho o legislador não consegue assegurar, de forma satisfatória, essa resposta.

35. Acresce, ainda, que muitos problemas só podem ser resolvidos perante as especificidades do caso concreto em que se colocaram. Pense-se, por exemplo, no conflito entre o direito à honra e a liberdade de expressão e de informação.

36. Respondemos afirmativamente à questão de saber se se justifica criar um Direito transitório para as viragens da jurisprudência. A dificuldade reside em que esse Direito transitório terá de atender à especificidade da decisão judicial, do seu processo de constituição, dos seus efeitos.

37. A legislação, em princípio, só se aplica a factos posteriores à mesma, enquanto a decisão judicial regula, em regra, factos que ocor-

¹⁰ A súmula vinculante do direito brasileiro foi qualificada como jurisprudência paranormativa por Luca PASSANANTE – *Il precedente impossibile*, 100-104.

¹¹ Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS – *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson, 1998, 41. No topo da pirâmide normativa encontra-se hoje um diploma cujo conteúdo resulta, em boa medida, da aplicação que dele é feita pelos tribunais.

reram no passado. Não obstante partilharem da mesma função, o Direito transitório da lei e o da jurisprudência são distintos.

38. No que se refere a este Direito transitório da jurisprudência, há uma lacuna no nosso ordenamento jurídico e a mesma não pode ser integrada através dos critérios legais que respeitam à aplicação da lei no tempo.

39. Respondemos igualmente de forma afirmativa ao problema da modelação no tempo dos efeitos das decisões judiciais, modelação esta que, aliás, o legislador consagra para a jurisprudência normativa. No que se refere à demais jurisprudência, a natureza da decisão judicial e o facto de os tribunais supranacionais praticarem a referida modelação apontam inequivocamente no sentido da sua admissibilidade.

40. Este Direito transitório aplicável à jurisprudência tem de ser entendido como uma tarefa do legislador e dos juízes. Não obstante o *prospective overruling* (revogação apenas para o futuro da doutrina decorrente de uma decisão judicial) não integrar o Direito português, não constituir uma regra que obrigue os nossos tribunais, afigura-se-me admissível a sua importação e aplicação pelos mesmos.

41. Enquanto o legislador não intervém, por exemplo, através da consagração legal da faculdade de os tribunais superiores modelarem no tempo os efeitos das suas decisões quando procedam a viragens da jurisprudência, ou abrindo a porta a um novo fundamento para o recurso de revisão¹² ou instituindo um mecanismo indemnizatório, a cargo do Estado, para os particulares lesados pelas viragens da jurisprudência – responsabilidade do Estado por atos lícitos –, os tribunais podem ir, também eles, avançando na procura de soluções, nomeadamente modelando no tempo os efeitos das viragens da jurisprudência.

42. Por último, respondemos afirmativamente a uma abordagem preventiva, de natureza cultural, mediante a formação dos magistrados, a sua sensibilização para este problema, e a sinalização da possibilidade de uma mudança de interpretação nas sentenças, quer nos *obiter dicta*, quer através dos votos de vencido.

¹² Um particular que consiga obter ganho de causa no TEDH, com fundamento no facto de haver sido vítima de uma viragem da jurisprudência e de tal contrariar o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, já pode hoje interpor o competente recurso de revisão [artigo 696.º, alínea f), do CPC e artigo 449.º, n.º 1, alínea g), do CPP]. Mas a sobrecarga de trabalho que afeta atualmente o TEDH, com as consequentes demoras na resolução dos casos que lhe são submetidos, desaconselha esta via.

1. Introdução

O relevante papel da jurisprudência¹³, mesmo nos sistemas jurídicos de Direito continental¹⁴, é hoje um dado adquirido¹⁵. Se um

¹³ Como refere Michael Stolleis, «refletindo sobre a posição do juiz moderno, torna-se claro, desde o início, que já não são adotados dois pontos de vista extremos imagináveis. Nem o juiz é um matemático de condições nem julga apenas com sentido de justiça como um “rei judiciário”. Já ninguém admite que o direito contém todas as soluções possíveis e que o juiz possa ser simplesmente a “*bouche de la loi*”. Da mesma forma, ninguém deseja as sentenças puras do juiz desligadas do cumprimento da lei». Cfr., do A., “O perfil do juiz na tradição europeia”, in António Pedro Barbas HOMEM *et al.*, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Seminário Internacional* Coimbra: Almedina, 2009,. Na mesma obra, v. também a comparação entre as tradições inglesa e francesa feita por R. C. VAN CAENEGEM, «“Oráculos da lei” ou “*bouche de la loi*”. Considerações históricas sobre o papel dos juízes».

¹⁴ Para uma visão atualizada dos grandes sistemas de Direito contemporâneos, incluindo a discussão em torno dos critérios subjacentes a essas classificações, Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains. Introduction au droit comparé*, 3.^a ed., Paris: LGDJ, 2015. O A. afirma que a verdadeira contraposição entre a denominada tradição continental e a *common law* reside no facto de a jurisprudência só excepcionalmente ser fonte do Direito na primeira, enquanto é a fonte principal nesta última (p. 56-57). Sobre a arrumação dos ordenamentos jurídicos em famílias, realçando a relevância didática da visão clássica, não obstante também dar nota das críticas que lhe têm sido dirigidas, Hein KÖTZ, “Legal Families”, in Jürgen BASEDOW / Klaus J. HOPT / Reinhard ZIMMERMANN, ed. with Andreas Stier, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, reimpr. da 1.^a ed., de 2012, Oxford: Oxford University Press, 2014. No que se refere à contraposição entre a *civil law* e a *common law*, sublinhando a complexidade do problema das fontes do Direito, em ambos os sistemas, Stefan VOGENAUER – “Common Law”, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, reimpr. da 1.^a ed., de 2012, Oxford: Oxford University Press, 2014, 267.

¹⁵ Paradoxalmente, foi a expansão do direito legislado, característica da sociedade de bem-estar contemporânea, que, em lugar de reduzir a importância da jurisprudência, determinou o desenvolvimento do chamado “direito dos juízes”. Cfr. Mauro CAPPELLETTI, *Giudici legislativi?*, Milão: Giuffrè, 1984, 10, 19-59 e 127-134. Esta observação de Cappelletti foi recentemente destacada por Lucas BuriL MACÊDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 3.^a ed., rev., atual. e ampl., Salvador: JusPodivm, 2019, 71, nota 187. Sobre o novo protagonismo conferido ao poder judicial,

estrangeiro pretender um resumo com as principais coordenadas de um determinado ramo do Direito, no nosso ordenamento jurídico, não podemos limitar-nos a descrever os preceitos legais¹⁶, antes temos obrigatoriamente de mencionar a forma como a doutrina¹⁷ os entende

no âmbito de um estudo relativo à situação do direito constitucional português na atual encruzilhada transnacional, Rui MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, 116-123. O A. sublinha dois aspetos: a defesa de um controlo reforçado da constitucionalidade das leis; e a apologia da centralidade da jurisdição, num quadro marcado pela pluralidade crescente de fontes no plano transnacional (p. 117). Quanto à especial relevância da jurisprudência em tempos de inflação normativa e de crescente complexidade dos sistemas jurídicos, analisando, em particular, o papel da fundamentação das decisões judiciais, como forma de reduzir a diversidade interpretativa e de contribuir para assegurar a previsibilidade e a igualdade na aplicação da lei, que é como quem diz, para a jurisprudência poder cumprir a sua função, Marina GASCÓN ABELLÁN, “Motivación de las sentencias y jurisprudencia ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?”, in IDEM /Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, coord., *La construcción del precedente en el civil law*, Barcelona: Atelier, 2020.

¹⁶ O ensino do Direito, ao nível da licenciatura, continua focado em transmitir conhecimentos sobre o Direito objetivo, funcionando como uma antecâmara para mestRADOS ou estágios profissionalizantes. Cfr. Catrina DENVR, “Introduction”, in Catrina DENVR, ed., *Modernising Legal Education*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2020, 5 (“Since inception, formal legal education has focused on teaching students what the law is, rather than how it is practiced, rendering the law degree a ‘three-year academic precursor to apprenticeship’”).

¹⁷ Realçando o papel da doutrina no desbravar de caminho para a jurisprudência, António Pinto MONTEIRO, “Interpretação e o protagonismo da doutrina”, RLJ 145/3995 (novembro-dezembro de 2015) 67-68. Neste seu estudo, o A. afirma a relevância da jurisprudência na constituição do Direito. Segundo o mesmo, o juiz cria verdadeiramente Direito, fazendo apelo a padrões e critérios normativos transpositivos e, particularmente, aos princípios normativos em que se vai constituindo e se manifesta a “consciência jurídica geral” da comunidade. Tal sucede não só no caso da integração de lacunas, mas em toda a aplicação da lei (p. 73). Pessoalmente, não tenho dúvidas em dizer que, entre nós, a jurisprudência incorpora mais a doutrina do que o inverso. Ao referido papel da doutrina pode contrapor-se que há hoje domínios em que é a jurisprudência que trilha novos caminhos, conforme sucede no direito europeu e, pelo menos em certos países, no direito constitucional. Pense-se também no importante papel da jurisprudência na evolução, por exemplo, do direito da responsabilidade civil. Rompendo com paradigmas formalistas, Nicolò Lipari considera a doutrina e a jurisprudência como fontes integradas do direito, as quais formam uma verdadeira “comunidade interpretativa”, conforme postula uma conceção dinâmica da própria regra jurídica, que já não aceita a separação entre uma perspetiva teórica e outra prática do Direito. Cfr., do A., “Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto”, *Jus Civile* 4 (2016) 4. No sentido de que o desenvolvimento do direito não é um processo linear, antes se faz por “ondas”,

e o modo como os tribunais os vêm aplicando¹⁸.

Devido à força da tradição, no sistema jurídico em que nos inserimos, no qual a lei assume a primazia no âmbito das fontes do Direito, estamos formatados para pensar que é através dos códigos que se dá previsibilidade e segurança ao sistema¹⁹. Mas não é assim. Como pode um particular ou uma empresa ter confiança para tomar uma decisão quando a jurisprudência se encontra dividida ou é reiteradamente

com os contributos do legislador, da doutrina e da jurisprudência, v. a introdução e os estudos reunidos Anne KEIRSE / Marco LOOS – *Waves in Contract and Liability Law in three decades of ius commune*, Cambridge: Intersentia, 2017. Num ensaio de síntese, sobre a figura do precedente, Ewoud Hondius refere que o facto de hoje em dia as mudanças serem tão rápidas, ao nível das normas e dos valores, bem como das teorias sobre como descobrir o direito, faz com que a jurisprudência muitas vezes não seja apta para lidar com as referidas mudanças, carecendo do auxílio da doutrina, a qual deve formular os princípios gerais e adaptá-los à jurisprudência dos tribunais superiores, das jurisdições constitucionais e dos tribunais europeus. Por isso, o A. rejeita a importação, para o Direito continental, do sistema estrito de precedentes da *common law*. Em seu lugar, propõe uma versão moderada do *stare decisis*, isto é, um sistema assente na autoridade persuasiva dos casos contextualizados pela doutrina. Cfr., do A., “Repensando el precedente”, in Carlos BERNAL PULIDO / Thomas BUSTAMANTE, ed., *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial: Actas del 24.º Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (IVR), Beijing, 2009, vol. III, trad. espanhola, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, 310 e 319. Por último, no sentido de salientar a importância da doutrina, temos a própria concetualização que a mesma fez do fenómeno das viragens da jurisprudência. Cfr. Guillaume DROUOT, “Le rôle de la doctrine dans l’avènement de la jurisprudence comme source du droit”, in *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, in Denis MAZEAUD / Thierry BONNEAU, dir., Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2016, 120.

¹⁸ Atribui-se hoje aos tribunais superiores uma função clarificadora e estabilizadora da jurisprudência, a qual se destina a garantir uma unidade informada da ordem jurídica, fazendo a ligação com a jurisprudência internacional e europeia pertinente, bem como a assegurar a igualdade dos cidadãos perante a lei e a racionalização da necessidade de ser interposto recurso. A função racionalizadora não justifica, no entanto, a repetição acrítica da jurisprudência dos tribunais superiores, antes obriga a que os factos e as questões jurídicas de cada caso sejam considerados com a máxima precisão possível. Cfr. Ana Fernanda NEVES, “A especialização e outras questões de administração da jurisdição administrativa”, CJA 136 (julho/agosto de 2019) 8-9.

¹⁹ Cfr. Ruy Alves HENRIQUES FILHO, *Diálogo de tradições e a formação dos precedentes judiciais qualificados na civil law*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, dissertação de doutoramento, 584. Ao fazer uma comparação com a *common law*, este A. refere a existência de uma ideia pré-concebida, e muitas vezes não totalmente correta, de que o Direito codificado é mais adequado à estabilidade e à previsibilidade, uma vez que contém caracteres objetivos que lhe dão sustentação.

instável sobre esse assunto?²⁰ Cabe também perguntar o que vale mais, se dez sentenças de primeira instância, ou cinco acórdãos dos diferentes Tribunais da Relação, ou um acórdão do STJ.

Por exemplo, a importante jurisprudência francesa sobre a responsabilidade médica pela informação afirmou-se através de uma aplicação retroativa do Direito. Ou seja, o médico que teve de suportar o risco associado a um determinado ato clínico pelo simples facto de sobre ele não ter prestado toda a informação que a última instância judicial, ao fim de mais de dezoito anos, veio considerar como exigível, nomeadamente quanto à existência de um risco de verificação excepcional, foi vítima de uma aplicação retroativa do Direito. Isto porque, na altura em que o referido médico havia atuado, a jurisprudência não impunha, de forma alguma, um cumprimento tão abrangente dos deveres de informação a cargo de um clínico²¹.

A circunstância de a jurisprudência ser, por definição, retroativa,

²⁰ A propósito da questão, sobre a qual versou o acórdão objeto da sua anotação, de saber se o tempo anterior ao casamento releva para a contagem do período legal mínimo de dois anos em união de facto que é necessário preencher para poder beneficiar da atribuição de uma pensão de sobrevivência, Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho referencia cinco acórdãos de tribunais superiores da jurisdição administrativa que se pronunciaram em sentido afirmativo e quatro acórdãos em sentido contrário. Cfr., do A., “União de facto subsequente ao divórcio. Divórcio simulado (Anotação ao Ac. do STA, de 9-7-2020)”, RLJ 150/4024 (setembro/outubro de 2020) 25-48, p. 36, nota 14. Relativamente ao problema da possibilidade de impugnação judicial direta das deliberações do conselho de administração de uma sociedade anónima, é possível referenciar oito acórdãos de Tribunais da Relação que concluíram em sentido negativo, contra cinco pela afirmativa, não obstante o STJ se ter pronunciado, em 2006 e 2018, sempre a favor da admissibilidade da referida impugnação judicial direta, sem necessidade de suscitar previamente uma deliberação da assembleia geral ou do próprio conselho de administração acerca da invalidade, sendo depois esta última o objeto da ação judicial. Cfr. Luísa Maria Nunes Filipe Bahamonde de FREITAS, *Da impugnação das deliberações do conselho de administração nas sociedades anónimas*, ISCTE-IUL, 2020, dissertação de Mestrado, 40-56.

²¹ Cfr. Jean-Louis HALPÉRIN, *Introduction au droit en 10 thèmes*, Paris: Dalloz, 2017, 53-56. Estava em causa uma incapacidade física permanente provocada pelas manobras obstétricas aquando de um parto. A ação foi intentada pela vítima, contra o médico, após ter adquirido a maioridade. O Tribunal de Cassação entendeu que: (i) se justificava dar à regra jurisprudencial o mesmo tratamento que a qualquer regra de direito civil, nomeadamente de natureza legal, não sendo a retroatividade proibida no referido domínio; (ii) a interpretação jurisprudencial nova de uma regra pré-existente, num paralelo com a lei interpretativa, incorpora-se na regra objeto de interpretação, daí a retroatividade; e (iii) a vinculação da jurisprudência a decisões anteriores constituiria um obstáculo à sua evolução (p. 55-56).

na medida em que aplica o Direito a casos que se produziram no passado²², não impede a discussão sobre a retroatividade da regra criada ou, pelo menos, ajudada a criar pela interpretação jurisprudencial, à luz dos princípios da segurança jurídica e da confiança²³, que são basilares num Estado de Direito. Para o particular, seja cidadão ou empresa, a respetiva situação, no final, acaba por ser idêntica, quer a mudança na valoração que o ordenamento jurídico faz da sua conduta seja fruto de nova legislação, quer de uma alteração ao nível da jurisprudência²⁴.

²² Tradicionalmente, o legislador tem o futuro por horizonte e o juiz dedica-se ao passado. Cfr. José de Faria COSTA, “O tempo e a pena”, in J. M. Aroso LINHARES / Inês Fernandes GODINHO, coord., *Atas do Colóquio “A pena e o tempo”* Coimbra: Instituto Jurídico, 201771.

²³ Escrevendo sobre a retroatividade da lei, Rita Amaral Cabral afirma que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança concretizam o princípio, de caráter mais geral, do Estado de Direito e postulam a proibição de leis retroativas. A continuidade do ordenamento jurídico, a consistência das situações criadas à sua sombra e a tutela das expectativas traduzem a essência daqueles princípios. Mas as finalidades que levam o legislador a intervir reclamam amiúde algum grau de reapreciação do passado. Há, assim, que encontrar o equilíbrio entre a segurança jurídica e as novas exigências de política legislativa, com respeito da igualdade e da unidade do sistema jurídico. Segundo a A., a ideia da ordem jurídica como um sistema aberto, adaptável, capaz de evitar roturas, determina a aceitação da modificabilidade do Direito, incluindo alguma medida de referência ao passado. Por isso, os textos constitucionais modernos não consagram a irretroatividade como um princípio. Cfr., da A., “Retroatividade”, DJAP 7, 285-287. Em geral, sobre a confiança e o Direito, v. Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2004, 17-24. O A. refere que “a confiança não é, em Direito, um tema fácil. As dificuldades que ele coloca transcendem em muito a necessidade de delimitação do seu âmbito, já de si problemática. Não existe nenhuma definição legal de confiança a que possa socorrer-se e escasseiam referências normativas explícitas a propósito. O seu conceito apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade ou vaguidade de empregos comuns que alberga, tornando difícil traçar com ele as fronteiras de uma investigação jurídica. Tanto mais que transporta uma certa ambiguidade de princípio por se poder referir, tanto à causa, como aos efeitos de uma regulação jurídica” (p. 17). Dá nota, ainda, de uma certa “duplicidade” na relação entre Direito e confiança, pois, em seu entender, pode-se dizer, com igual legitimidade, que tanto o Direito “segue” a confiança, protegendo-a ou institucionalizando, de acordo com a sua fisionomia própria, situações típicas de confiança que lhe são fornecidas pela realidade social, como, por outro lado, a confiança segue e alicerça-se no Direito. O que tudo gera fluidez, insegurança e falta de sedimentação dos modelos de decisão baseados na confiança (p. 20-23).

²⁴ O regime da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional terá de ser reponderado à luz destas novas premissas, numa eventual aproximação ao regime da responsabilidade no exercício da função político-legislativa,

Ora, só reconhecendo as dificuldades criadas pela retroatividade da jurisprudência é que a mesma poderá, de alguma forma, ser modelada. Por força do princípio da transparência, as viragens da jurisprudência deverão ser assumidas e não ocultadas. Ao tribunal caberá, porventura, demonstrar que a mudança se lhe impõe, mais do que é ele a impor a mudança.

Do que foi anteriormente exposto resultou a ideia de aprofundar o problema das viragens ou reviravoltas da jurisprudência – tradução de *les revirements de jurisprudence*²⁵. Com efeito, a previsibilidade das condutas é, de par com a possibilidade do seu controlo judicial, um aspeto essencial num Estado de Direito.

Destaque para o interesse prático e a atualidade do tema²⁶, a sua proximidade aos problemas que se colocam na vida em sociedade – quer às pessoas singulares, quer às pessoas coletivas²⁷ –, o seu caráter

o qual, por seu lado, também carece de ser revisto, em função dos princípios da segurança jurídica e da tutela da confiança. Aprofundando, talvez a própria existência dos dois regimes referidos deva ser questionada, uma vez que, para efeitos da responsabilidade civil, poderá não se justificar um tratamento tão diferenciado dos atos destes dois diferentes poderes do Estado. São hoje certamente opções políticas, num sentido limitativo dos casos de responsabilidade do Estado, que justificam as especificidades daqueles regimes.

²⁵ Diogo Freitas do Amaral traduziu por (fenómeno de) “reviravolta de jurisprudência” – cfr. o seu *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, colab. Ravi Afonso Pereira, Coimbra: Almedina, 2004 480.

²⁶ A Administração Tributária não pode invocar retroativamente as suas orientações genéricas (por exemplo, circulares), que ainda não estavam em vigor no momento do facto tributário, perante os contribuintes que tenham agido com base numa interpretação plausível e de boa-fé da lei, deve proceder à conversão das informações vinculativas em circulares, quando a mesma questão de direito relevante haja sido apreciada em sentido idêntico em três pedidos de informação ou seja previsível que o venha a ser, e tem igualmente a obrigação de rever as referidas orientações genéricas, atendendo, nomeadamente, à jurisprudência dos tribunais superiores (artigo 68.º-A, n.ºs 2 a 4, da LGT). Segundo a redação dada ao n.º 4 do artigo 68.º-A da LGT pela Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro, a Administração Tributária tem de rever as suas orientações genéricas quando se verificarem as seguintes três condições objetivas: (i) versem sobre matéria apreciada em decisão sumária por um tribunal superior, nos termos do artigo 656.º do CPC; (ii) exista acórdão de uniformização de jurisprudência proferido pelo STA; ou (iii) haja jurisprudência reiterada dos tribunais superiores, manifestada em cinco decisões transitadas em julgado no mesmo sentido, sem que existam decisões dos tribunais superiores em sentido contrário igualmente transitadas em julgado, em número superior.

²⁷ Um caso interessante de mudança de orientação jurisprudencial foi o que ocorreu em 1997/1999 no tocante à eficácia do registo predial. Até 1997, a jurisprudência, embora dividida, ia maioritariamente no sentido de uma “interpretação

transversal aos vários ramos do Direito²⁸, bem como a sua importância na Era da globalização, a qual tem implicações ao nível das fontes do Direito e da interpretação, sendo uma época em que os ordenamentos jurídicos concorrem entre si na captação de investimento estrangeiro²⁹: onde houver mais certeza e segurança jurídicas, haverá certamente menor receio em investir³⁰.

restritiva” do conceito de terceiro. Contudo, o acórdão-assenso do STJ de 20 de maio de 1997 estabeleceu, contra a referida corrente dominante, que “terceiros, para efeitos de registo predial, são todos os que, tendo obtido registo de um direito sobre determinado prédio, veriam esse direito ser arreado por um qualquer facto jurídico anterior não registado, ou registado posteriormente”. Mas apenas dois anos depois, o acórdão-assenso do STJ n.º 3/99, de 18 de maio de 1999, restabeleceu a orientação tradicional, consagrando que “terceiros, para efeitos do disposto no artigo 5.º do Código do Registo Predial, são os adquirentes de boa-fé, de um mesmo transmitente comum, de direitos incompatíveis, sobre a mesma coisa”. Cfr. Rui Pinto DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 4.ª ed., rev. e aum., Parede: Principia, 2020, 256 (v. adiante o ponto 2.1.2.7.).

²⁸ A matéria pode ser enquadrada no direito constitucional, no direito processual e na metodologia jurídica, mas também no direito civil, que é o direito privado comum e encerra séculos de luta contra a incerteza e a insegurança jurídicas. Com efeito, para além da atenção dada pelos civilistas ao direito transitório, a dogmática civilística tem estado na vanguarda, seja entre nós, seja no estrangeiro, relativamente aos problemas de tutela da confiança. Certamente que os instrumentos que desenvolveu poderão ajudar na solução do problema objeto de estudo. A propósito, cabe, ainda, recordar que, por determinação da CRP, a problemática da retroatividade da lei reveste contornos específicos em sede de direitos, liberdades e garantias, bem como no direito penal e no direito fiscal (respetivamente, artigos 18.º, n.º 3, 29.º, n.º 1, e 103.º, n.º 3). Assim, sem querer antecipar soluções, haverá certamente paralelismos a traçar para a questão da retroatividade da jurisprudência. Contudo, o presente trabalho vai situar-se num plano geral, deixando de lado as particularidades próprias dos direitos fundamentais, do direito penal e do direito fiscal.

²⁹ Sobre esta ideia de os sistemas jurídicos se encontrarem, como os bens e serviços, sujeitos à lei da oferta e da procura, Eva-Maria KIENINGER, “Competition between Legal Systems”, in Jürgen BASEDOW / Klaus J. HOPT / Reinhard ZIMMERMANN, ed. with Andreas Stier, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, reimpr. da 1.ª ed., de 2012, Oxford: Oxford University Press, 2014.

³⁰ A antecipação do que se vai passar, em termos de decisão jurídica, também entra nas equações de uma gestão moderna, que não se reduz à análise dos custos de produção e a estudos de mercado. Chamando a atenção para as consequências da imprevisibilidade das decisões judiciais para a economia do país, Natália Brambilla FRANCISCO, “O princípio da segurança jurídica e a imprevisibilidade das decisões judiciais”, REDP 10, 346-348. Na linha de anteriores contributos, por si citados, a A. sublinha que a referida incerteza quanto ao desfecho dos processos judiciais tende a afastar os investidores de longo prazo, favorecendo investimentos de cariz mais especulativo. V. também Luiz Guilherme MARINONI, *La ética de los precedentes*, trad.

Deste modo, fica delimitado o objeto do estudo a desenvolver. Saber se se justifica criar um Direito transitório³¹ para a jurisprudência e, em caso afirmativo, como o fazer. O objetivo é, antes do mais, levantar o problema, e, depois, procurar dar um pequeno contributo, no nosso ordenamento jurídico, para a definição dos pressupostos da tutela da confiança na estabilidade e na previsibilidade da jurisprudência, como é próprio de um Estado de Direito. A coerência do sistema e a igualdade são os outros valores em jogo.

Quer anteriormente, no domínio do instituto dos assentos³², quer agora, em sede de uniformização de jurisprudência e nas decisões com

espanhola, Lima: Palestra Editores, 2017, 97-100 (na p. 96 deste livro, o A. afirma que, na relação público-privado, a previsibilidade é mais importante para o particular do que para o poder público), bem como *Precedentes Obligatorios*, trad. espanhola, Lima: Palestra Editores, 2013, 207-209. Por último, quanto à atratividade económica da segurança e certeza jurídicas, na era da globalização, v. o projeto de investigação *Index of Legal Certainty. Report for the Civil Law Initiative (Fondation pour le droit continental)*, supervisão de Bruno Deffains / Catherine Kessedjian, maio de 2015, acessível em <https://www.fondation-droitcontinental.org/en/wp-content/uploads/2015/06/NS_Rapport-complet-5-juin-2015_EN.pdf>.

³¹ A expressão é habitualmente utilizada para designar o conjunto de princípios e de regras cuja função é delimitar entre si os âmbitos de aplicação de duas leis que se sucedem no tempo. As normas de conflito limitam-se a determinar qual das duas leis é aplicável. As normas de transição, por seu turno, preocupam-se com o estabelecimento de um regime intermediário entre as duas leis, visando a conciliação dos interesses particulares com a regulamentação da lei nova. Por isso, revestem natureza material. De um lado, temos o interesse na estabilidade (segurança jurídica); do outro, o interesse na adaptação (não protelar a entrada em vigor das novas leis). Estes dois grupos de interesses têm de ser ponderados e confrontados a propósito de cada problema de direito transitório. Cfr. João Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra: Almedina, 1968, 47 e 56-57. É hoje comum a distinção entre o direito transitório formal – o legislador limita-se a escolher, de entre as leis potencialmente aplicáveis, as que devem regular no todo ou em parte a situação – e o direito transitório material – as situações a que se referem as sucessivas leis recebem disciplina própria. Cfr. José de Oliveira ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 10.^a reimpr. da ed. de março/2005, 13.^a ed., refundida, Coimbra: Almedina, 2019, 547-548. Contrapondo o direito internacional privado ao direito transitório ou direito intertemporal, expressão ainda hoje muito utilizada na Alemanha, Emídio Pires da CRUZ, *Da Aplicação das Leis no Tempo (Princípios gerais)*, Lisboa, 1940, 5-11.

³² V., por todos, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1, *Introdução: fontes do direito; interpretação da lei; aplicação das leis no tempo; doutrina geral*, 4.^a ed., reformulada e atual., reimpr., Coimbra: Almedina, 2017, 622-660. Para este A., a cultura dos países do Sul da Europa e uma especial ambiência socioprofissional aí dominante levam a que a jurisprudência, no espaço lusófono, seja particularmente instável. Assim, e ao longo dos séculos, foram-se desenvolvendo institutos específicos,

força obrigatória geral, bem como em toda a produção judicial³³, as sentenças ganham um significado que vai para além da mera decisão de um caso concreto³⁴ e é legítimo que os cidadãos e as empresas confiem nas decisões judiciais que conhecem.

Não sendo este um trabalho de Direito comparado, vai, contudo, procurar-se alargar horizontes³⁵, nomeadamente com recurso a

adaptados à realidade existente, e destinados à sua estabilização. De entre eles, o que historicamente teve mais êxito foi o dos assentos (p. 622). Sobre os antecedentes dos assentos, concretamente a denominada *façanha*, Alfredo BUZÁID, “Da uniformização da jurisprudência”, BFD: *Estudos em homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merèa e G. Braga da Cruz* 58/2 (1982) 133-135, estudo que inclui também elementos de direito comparado (p. 141-156). O carácter pioneiro, na doutrina brasileira, da preocupação deste A. com o problema das decisões judiciais contraditórias é destacado por Adriana Fasolo Pilati SCHELEDER – “Precedentes e jurisprudência no sistema jurídico brasileiro: uma distinção necessária”, *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça* 3/2, 76-77.

³³ Para sublinhar o relevante papel do juiz no ordenamento jurídico, Luis Recasens Siches afirmava que este último pode existir sem que haja poder legislativo, conforme sucedeu em tempos primitivos, mas, pelo contrário, não há ordem jurídica sem poder judicial. Cfr., do A., *Introducción al estudio del derecho*, 18.ª ed., México: Porrúa, 2016, 174. Realçando, numa perspetiva histórica, a importância da analogia na adaptação do Direito às novas realidades da vida social, muito para além do mero preenchimento de lacunas, David MAGALHÃES, “Changing law by analogy. The importance of analogical reasoning to the dynamics of private law, since Roman legal thought”, BFD 95/2 (2019).

³⁴ Há já alguns anos atrás, Alejandro Nieto veio defender que se assumisse, sem complexos, o arbítrio judicial, que não se confunde com arbitrariedade, pondo, assim, de lado a pré-compreensão que, de certa forma, remete as decisões judiciais para o mundo da irracionalidade. Cfr., do A., *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel, 2000. A tese do A. é a de que entre a lei e o caso se interpõe, de forma decisiva, a pessoa do juiz, para o qual a lei corresponde a um dado a ser tido em conta juntamente com outros (p. 436). Nessa obra foi feita uma revisão crítica daquilo que o A. designou como a falácia do determinismo legal (p. 40-49). No entanto, a *judge-made law* coloca, no Estado moderno, problemas de constitucionalidade, por força do princípio da separação de poderes, nomeadamente a divisão – de funções e das instituições que as exercem – entre o poder judicial e o legislativo, bem como devido à questão da legitimidade democrática dos juízes e, ainda, relativamente à falta de previsibilidade, para o cidadão comum, das regras jurídicas quando o conteúdo da decisão judicial não se encontra pré-determinado pela lei. Cfr. Stefan VOGENAUER, “Judge-Made Law”, in Jürgen BASEDOW / Klaus J. HOPT / Reinhard ZIMMERMANN, ed. with Andreas Stier, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, reimpr. da 1.ª ed., de 2012, Oxford: Oxford University Press, 2014, 1014.

³⁵ No direito internacional, a especificidade das fontes abre o caminho para uma importância acrescida da jurisprudência, incluindo a arbitral, embora esse fenómeno não seja inteiramente pacífico. O artigo 38.º, n.º 1, alínea *d*), do Estatuto do Tribu-

elementos de Direito brasileiro. O objetivo não é apresentar um retrato detalhado desse ordenamento, mas sim recolher ideias e dar a conhecer soluções e argumentos que possam ser transpostos e aplicados no nosso Direito, abrindo-lhe novos caminhos³⁶. Não obstante as inegáveis particularidades do Direito de cada país, os elementos referenciados são certamente úteis para a reflexão sobre o tema³⁷.

nal Internacional de Justiça refere apenas um papel meramente auxiliar das decisões judiciárias na determinação das regras de direito. Sobre a questão, Marc JACOB, “Precedents: Lawmaking through international adjudication”, in Armin von BOGDANDY / Ingo VENZKE, ed., *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg etc.: Springer, 2012.

³⁶ Sobre o papel do precedente judicial estrangeiro, enquanto cânone interpretativo e, em geral, quanto ao diálogo entre tribunais de diferentes países, Leonor MORAL SORIANO, “Precedente extranjero ¿Diálogo o discurso?”, in Marina GASCÓN ABELLÁN / Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, coord., *La construcción del precedente en el civil law* Barcelona: Atelier, 2020. A A., na linha de Vergottini, defende que a transplantação do precedente estrangeiro pressupõe a necessidade de o fazer passar pelo teste da pertinência – existência de raízes culturais comuns – e pelo teste da utilidade – especificar tanto as semelhanças, como as diferenças.

³⁷ As relações entre o tempo e o Direito são um domínio extremamente rico, que não se esgota na retroatividade da lei e/ou da jurisprudência. No Direito, “voltar atrás”, como que pôr o tempo entre parênteses, não constitui um sonho ou ficção científica, antes uma realidade quotidiana. Pense-se, por exemplo, na retroatividade da condição (artigo 276.º do CC), na eficácia retroativa da confirmação (artigo 288.º, n.º 4, do CC), no efeito retroativo da declaração de nulidade e da anulação do negócio jurídico (artigo 289.º do CC) ou na retroatividade da resolução (artigos 433.º e 434.º do CC). Cfr. Paul Alain FORIERS, *Préface* a Rafaël Jafferli, *Confirmation, ratification et condition suspensive. La rétroactivité des droits contractuels inachevés*, Bruxelas: Larcier, 2011.

2. Uma breve panorâmica do Direito português e do Direito brasileiro

2.1. Portugal

2.1.1. A lei

A Constituição da República Portuguesa determina que os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei (artigo 203.º), bem como que nenhuma lei pode criar outras categorias de atos legislativos ou conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos (artigo 112.º, n.º 5), norma que levou ao fim do instituto dos assentos³⁸.

A lei assume inegável primazia no elenco das fontes do Direito referenciadas pelos artigos iniciais do Código Civil, os quais revestem assumidamente um alcance geral (artigos 1.º e ss.). Não obstante a revogação do artigo 2.º, que consagrava os assentos³⁹, o nosso ordenamento

³⁸ Para uma crítica da eliminação dos assentos, Diogo Freitas do AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, 462-465; e Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, 632-665. Volvidas cerca de duas décadas e meia, pode afirmar-se que os argumentos que levaram à supressão daquele instituto se encontram datados e a questão merece ser reanalisada.

³⁹ Sobre a aplicação no tempo dos assentos, José Alberto dos REIS – *Código de Processo Civil Anotado*, vol. VI (Artigos 721.º a 800.º), reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1981, 319-322. Resumidamente, este A., com fundamento no facto de os assentos desempenharem uma função idêntica à da lei interpretativa, entendia que os mesmos se aplicavam a factos anteriores, contanto que não estivessem cobertos por caso julgado ou por transação. Ou seja, o A. aplicava aos assentos a doutrina do artigo 8.º do Código de Seabra relativa à aplicação no tempo da lei interpretativa. Em sua opinião, destinando-se um assento a resolver um conflito de jurisprudência, o Supremo, ao proferi-lo, não exorbitava da função interpretativa. Segundo o A., os assentos nunca eram inovadores, mas antes sempre interpretativos. Para além de referenciar as alterações legislativas da época com relevância na matéria e a forma como a doutrina

jurídico revela, no mesmo local, a sua preocupação com os valores da coerência, da igualdade, da estabilidade e da previsibilidade da jurisprudência. Num normativo a que, porventura, não tem sido dado o devido relevo⁴⁰, o legislador prescreveu que o juiz, nas decisões que proferir, terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do Direito (artigo 8.º, n.º 3)⁴¹.

O Código Civil consagra a proibição de *non liquet* (artigo 8.º, n.º 1) e inclui regras sobre a interpretação das leis, que são amiúde utilizadas pelos tribunais, apesar de serem questionáveis quer a opção legislativa, quer o local escolhido. Assim, a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada (artigo 9.º, n.º 1). Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso (artigo 9.º, n.º 2).

as acolheu, o A. dá nota da posição de Ernesto de Castro Leal, que sustentou a prevalência, para os assentos, à semelhança das demais decisões judiciais, do princípio da não retroatividade, sempre que houvesse ofensa de expectativas legítimas, fundadas na posse e na realização efetiva de direitos, apreciados segundo a jurisprudência do tempo. José Alberto dos Reis, contudo, considerava, pelas razões expostas, não se poder colocar no mesmo plano o problema da aplicação no tempo de qualquer decisão judiciária e o da aplicação temporal dos assentos.

⁴⁰ Há que abrir uma exceção para Nuno Manuel Pinto Oliveira, o qual, num artigo sobre o conceito de fontes do Direito, conclui no sentido da existência, no ordenamento jurídico português, de fontes do Direito fracamente vinculantes, como é o caso da jurisprudência, precisamente com fundamento na norma do artigo 8.º, n.º 3, do CC – cfr., do A., “Em torno do conceito de fontes do Direito”, in Cláudia Sofia MELO *et al.*, coord., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2017, 898.

⁴¹ Na formulação adotada nos trabalhos feitos por Manuel de Andrade para o Código Civil, os tribunais, nas suas decisões, deviam ter em consideração todos os casos que merecessem o mesmo tratamento, a fim de, quanto possível, se obter uma jurisprudência uniforme. Segundo o A., tal doutrina foi transferida do Estatuto Judiciário. Sendo irrecusável, nunca era demais proclamá-la, “para combater ou prevenir certas veleidades de insubmissão à lei e o pendor assaz frequente para o impressionismo fácil da chamada jurisprudência sentimental”. Cfr., do A., “Fontes de direito. Vigência, interpretação e aplicação da lei”, *VMJ* 102 (janeiro 1961) 144 e 149.

Outro preceito legal que tem de ser mencionado é o artigo 10.º. O legislador estabeleceu a analogia como critério a ser seguido na integração de lacunas (n.º 1) e, para a falta de casos análogos, decretou que a situação será resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (n.º 3)⁴².

⁴² A norma foi inspirada no artigo 1.º, n.º 2, do Código Civil suíço: na falta de uma disposição legal aplicável, o juiz decidirá segundo o costume e, na falta deste, segundo as regras que criaria se tivesse de fazer de legislador. Cfr. João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 3.ª reimpr., Coimbra: Almedina, 1989, 203. Sucede, contudo, que o citado artigo 1.º do Código Civil suíço, no seu n.º 3, determina expressamente que o tribunal se inspire nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência. Fazendo a ligação entre o citado artigo 1.º do Código Civil suíço e a *libre recherche scientifique du droit* (“livre investigação científica do direito”), de François Gény, Fernando José Pinto BRONZE, “Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico”, in *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2003, 155. A solução corresponde ao pensamento de Manuel de Andrade. Ao explicar o modo como o intérprete-aplicador, concretamente o juiz, devia resolver os casos não previstos pelo legislador, este último A. afirmou o seguinte: “A resposta é que o julgador terá de desenvolver aqui uma atividade quase legislativa, ainda que não liberta de toda a vinculação legal. Como que legislará para a matéria lacunosa de que se trata, aplicando depois ao caso vertente a estatuição assim legislada. Decidirá segundo a norma que editaria se fosse legislador – isto é, naturalmente, segundo a norma que lhe pareça mais condizente com a justiça e a segurança jurídica. Mas essa norma deve inserir-se sem desarmonia no conjunto das normas legais existentes. Deve ficar em boa consonância com o sistema da lei – com as restantes valorações lá sancionadas. No fundo, a limitação precedente está em paralelismo com a extensão analógica. Para os casos deste tipo, a analogia não dá ao juiz uma solução pronta e cabalmente definida, mas fornece-lhe umas tantas possíveis, arredando outras. Só entre aquelas soluções possíveis é que o juiz optará depois como se tivesse de legislar. Como que completará a lei no mesmo estilo em que está delineada. Agirá neste ponto à semelhança dum artista a quem fosse cometido o acabamento ou a restauração duma obra de arte. Claro que todos julgariam mal inspirado esse artista, se na execução da sua tarefa ele não respeitasse zelosamente o sentido estético da obra a completar ou a restaurar. Intervém aqui, portanto – tal como na interpretação e no recurso à analogia –, um princípio de coerência racional; e ao mesmo tempo, ainda, um princípio de acatamento pela vontade do órgão legiferante. O juiz, com efeito, vai solucionar estes casos omissos (e não só os anteriores) dentro da lógica das valorações legais; numa linha de subordinação, aliás inteligente e criadora, ao sentido ético-jurídico dessas valorações. E assim mesmo, em larga proporção, vai tratá-los como, hipoteticamente, os trataria a própria autoridade legiferante, se os tivesse considerado. Uma ideia, esta última, que tem raízes profundas na história do pensamento jurídico. De qualquer modo, sempre é certo que o juiz, tendo de proceder como se fosse legislador, não deve decidir olhando apenas ao caso concreto que lhe está submetido. Deve pô-lo em termos gerais, formulando uma norma que depois aplicará. Vendo assim as coisas sob espécie da generalidade, já por aí

Ainda em sede dos preceitos iniciais do Código Civil, importa referir as regras gerais de Direito transitório. Em primeiro lugar, o princípio da não retroatividade da lei (artigo 12.º, n.º 1, 1.ª parte). Depois, a regra segundo a qual, quando à lei seja atribuída eficácia retroativa, se presume que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular (artigo 12.º, n.º 1, 2.ª parte), o que aponta no sentido de um efeito retroativo de grau mínimo⁴³.

Seguidamente, a norma que preceitua que, quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, se entende, em caso de dúvida, que só visa os factos novos, mas quando dispuser diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, considera-se que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor (artigo 12.º, n.º 2).

Por último, o regime especial relativo à aplicação no tempo da lei interpretativa, caso em que a retroatividade foi admitida: a lei interpre-

melhor poderá chegar a resultados conformes à justiça e à segurança jurídica”. Cfr., do A., “Sentido e valor da jurisprudência” (Oração de sapiência lida em 30 de outubro de 1953), BFD 48 (1972) 279-280. As mesmas ideias já haviam sido avançadas, de forma mais concisa e referenciando o artigo 1.º do Código Civil suíço, por Manuel de Andrade no seu *Prefácio do tradutor* ao livro de Francesco Ferrara, *Interpretação e Aplicação das Leis*, Coimbra: Arménio Amado, 1933, LXXXIV-LXXXVI. Logo no início da década de setenta do século XX, pronunciando-se sobre o n.º 3 do artigo 10.º do então novo Código Civil português, António Baião do Nascimento concluiu que o recurso ao espírito do sistema surge aí menos como uma potencialidade a desenvolver do que enquanto um limite a respeitar. Cfr., do A., “Do concurso de normas”, Lisboa: *cadernos de CTF*, n.º 97, 1971 (estudo publicado na CTF, n.ºs 136 e 137, respetivamente de abril e maio de 1970). Mais recentemente, Carlos Ferreira de Almeida / Jorge Morais Carvalho vieram afirmar que “a hipotética norma legislativa, prevista no direito português, é na realidade uma norma jurisprudencial”. Cfr., dos AA., *Introdução ao Direito Comparado*, reimpr. da 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, 60. Tem também interesse o enquadramento feito por Pedro FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lei e Sentença. Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, vol. II, *Separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição de 1976*, 1.ª reimpr., Lisboa: AAFDL, 2018, no qual este A. reconhece que, ao aplicar o artigo 10.º, n.º 3, do CC, o juiz não pode respeitar a “regra geral constitucional de subordinação da atividade de dizer o Direito a normas prévias heterodeterminadas”, assim como dá nota dos Acórdãos do TC n.ºs 264/98, de 5 de março de 1998 (Alves Correia) (Proc. n.º 636/95) e 181/99, de 10 de março de 1989 (Bravo Serra) (Proc. n.º 699/98), em que o mesmo Tribunal afirmou não estar o juiz, na situação em apreço, a exercer uma função materialmente jurisdicional (p. 664-665).

⁴³ Cfr. João Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, 54.

tativa integra-se na lei interpretada, ressalvando-se, porém, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transação, ainda que não homologada, ou por atos de natureza análoga (artigo 13.º, n.º 1).

Voltando à Constituição, a mesma garante que as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei (artigo 205.º, n.º 1). A legislação processual distingue entre fundamentação de facto e de direito e, quanto à primeira, impõe que seja feita uma análise crítica das provas (artigo 607.º, n.º 4, do CPC, artigo 374.º, n.º 2, do CPP e artigo 94.º, n.º 3, do CPTA).

No que se refere ao direito procedimental administrativo, menção para a seguinte norma: desde que ainda o possa fazer, a Administração tem o dever de anular o ato administrativo que tenha sido julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo com base na interpretação do direito da União Europeia, invocando para o efeito nova interpretação desse direito em sentença posterior, transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo que, julgando em última instância, tenha dado execução a uma sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português (artigo 168.º, n.º 7, do CPA).

No plano do direito processual⁴⁴, cabe distinguir entre a jurisprudência uniformizada e a jurisprudência normativa⁴⁵. A primeira resulta dos mecanismos existentes na lei processual civil, penal e administrativa destinados a evitar a existência de decisões contraditórias sobre a mesma questão jurídica. A segunda corresponde às decisões judiciais com força obrigatória geral.

A jurisprudência uniformizada não tem força obrigatória geral. Reveste um inegável e especial valor persuasivo⁴⁶, obriga a que sejam

⁴⁴ Curiosamente, em matéria de repartição das custas, o legislador estabelece que quando a demanda do autor ou requerente ou a oposição do réu ou requerido eram fundadas no momento em que foram intentadas ou deduzidas e deixaram de o ser por circunstâncias supervenientes não imputáveis às partes, as custas são repartidas em partes iguais, considerando que tal sucede sempre que ocorra uma reversão da jurisprudência constante em que se haja fundado a pretensão do autor ou requerente ou oposição do réu ou requerido [artigo 536.º, n.ºs 1 e 2, alínea *b*), do CPC].

⁴⁵ A terminologia é de Miguel Teixeira de SOUSA – *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012, 139 e 162.

⁴⁶ Cfr. Miguel Teixeira de SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 140. Freitas do Amaral fala de uma promessa pública de autovinculação do tribunal. Segundo este

fundamentadas as divergências em relação à mesma⁴⁷ – artigo 445.º, n.º 3, do CPP, aplicável por analogia a outros ramos do direito processual – e permite, no direito processual civil e no administrativo, que seja sempre interposto recurso, independentemente do valor da causa e da sucumbência, das decisões proferidas contra jurisprudência uniformizada pelo STJ ou pelo STA [respetivamente, artigo 629.º, n.º 2, alínea c), do CPC e artigo 142.º, n.º 3, alínea c), do CPTA]. No processo penal, é obrigatória para o MP a interposição de recurso contra jurisprudência fixada pelo STJ (artigo 446.º, n.ºs 1 e 2, do CPP).

No processo civil, a uniformização pode resultar do julgamento ampliado do recurso de revista, isto é, com intervenção do pleno das secções cíveis do STJ (artigos 686.º e 687.º do CPC) ou do recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência (artigos 688.º a 695.º do CPC), que se divide em duas modalidades, consoante decorra da iniciativa das partes (artigo 688.º, n.º 1, do CPC) ou do MP (artigo 691.º do CPC). Na primeira modalidade, a decisão do recurso produz efeitos apenas no caso concreto. Quanto à segunda modalidade, o recurso deve ser interposto pelo MP, mesmo quando não seja parte na causa, mas, neste caso, não tem qualquer influência na decisão do processo, destinando-se unicamente à emissão de acórdão de uniformização sobre o conflito de jurisprudência.

No processo penal, temos o recurso extraordinário para fixação de jurisprudência (artigos 437.º a 448.º do CPP). O qual também comporta duas modalidades. A primeira é o recurso para o pleno das secções criminais do STJ quando este, no domínio da mesma legislação, tenha proferido dois acórdãos que, relativamente à mesma questão

A., o mínimo que se pode esperar de um Supremo Tribunal que profere um AUJ é que se comprometa a manter, ele próprio, a orientação aí fixada (*Manual de Introdução ao Direito*, vol. 1, 475). Para Menezes Cordeiro, os acórdãos uniformizadores de jurisprudência acabam mesmo por conduzir a regras de conduta, ainda que mais lassas. Com efeito, quer os tribunais inferiores, quer o STJ, quer os particulares são incentivados pela teia burocrático-processual existente a não divergirem ou não se afastarem da jurisprudência uniformizada (*Tratado de Direito Civil*, vol. 1, 666-667).

⁴⁷ Na versão primitiva do CPP e até 1998, a decisão que resolvesse o conflito jurisprudencial tinha eficácia no processo em que fora proferida e constituía jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais. Segundo a Proposta de Lei que alterou esse regime, foram os valores da independência dos tribunais e da igualdade dos cidadãos perante a lei, de par com o propósito de evitar os riscos de rigidez ao nível da jurisprudência, que justificaram a mudança operada. *Apud* Maria João ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 2.ª ed., reimpr., Coimbra: Almedina, 2020, 225.

de direito, assentem em soluções opostas (artigo 437.º, n.º 1), sendo também admissível aquele recurso quando um Tribunal da Relação proferir acórdão que esteja em oposição com outro, da mesma ou de diferente Relação, ou do STJ, e dele não for admissível recurso ordinário, exceto se a orientação perflhada naquele acórdão estiver de acordo com a jurisprudência anteriormente fixada pelo STJ (artigo 437.º, n.º 2). Acresce ser admissível recurso direto para o STJ de qualquer decisão proferida contra jurisprudência por ele fixada (artigo 446.º, n.º 1). Conforme já foi referido, tal recurso é obrigatório para o MP (artigo 446.º, n.º 2).

A segunda modalidade consiste nos recursos no interesse da unidade do Direito, nos termos do artigo 447.º: (i) o Procurador-Geral da República pode determinar que seja interposto recurso para fixação da jurisprudência de decisão transitada em julgado há mais de 30 dias (n.º 1); e (ii) sempre que tiver razões para crer que uma jurisprudência fixada está ultrapassada, o Procurador-Geral da República pode interpor recurso do acórdão que firmou essa jurisprudência no sentido do seu reexame (n.º 2). Em ambos os casos, a decisão que resolver o conflito não tem eficácia no processo em que o recurso tiver sido interposto (n.º 3)⁴⁸.

Em sede de contencioso administrativo⁴⁹, à semelhança do processo civil, a uniformização resultará do julgamento ampliado do recurso (artigo 148.º do CPTA) ou do recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência (artigo 152.º do CPTA).

Assim, o Presidente do STA ou o do TCA podem determinar que, no julgamento de um recurso, intervenham todos os juizes da secção, quando tal se revele necessário ou conveniente para assegurar a uniformidade da jurisprudência (artigo 148.º, n.º 1). O julgamento nas referidas condições pode ser requerido pelas partes e deve ser proposto pelo relator ou pelos adjuntos, designadamente quando se verifique a

⁴⁸ A aplicação analógica a todos os ramos do direito processual da faculdade de atualização de jurisprudência fixada, que se encontra prevista no artigo 447.º, n.º 2, do CPP, foi defendida por Diogo Freitas do AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, 476-477.

⁴⁹ Nos tribunais administrativos de círculo, quando à respetiva apreciação se coloque uma questão de direito nova, que suscite dificuldades sérias e se possa vir a colocar noutros litígios, o presidente do tribunal pode determinar que o julgamento se faça com a intervenção de todos os juizes do mesmo tribunal, sendo o quórum de dois terços (artigo 41.º, n.º 1, do ETAF).

possibilidade de vencimento de solução jurídica em oposição com jurisprudência anteriormente firmada no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito (artigo 148.º, n.º 2). O acórdão é publicado na 1.ª ou na 2.ª série do DR, consoante seja proferido pelo STA ou pelo (artigo 148.º, n.º 4).

Por outro lado, quer as partes, quer o MP podem interpor recurso para uniformização de jurisprudência quando, sobre a mesma questão fundamental de direito, exista contradição: (i) entre um acórdão do TCA e um acórdão anteriormente proferido pelo mesmo Tribunal ou pelo STA; ou (ii) entre dois acórdãos do STA (artigo 152.º, n.º 1).

Ainda segundo o artigo 152.º do CPTA: o recurso não será admitido se a orientação perfilhada no acórdão impugnado estiver de acordo com a jurisprudência mais recentemente consolidada do STA (n.º 3); o recurso é julgado pelo pleno da secção e o acórdão publicado no DR (n.º 4)⁵⁰; e a decisão de provimento proferida pelo tribunal superior não afeta qualquer decisão anterior àquela que tenha sido impugnada, nem as situações jurídicas ao seu abrigo constituídas (n.º 5). Este recurso de uniformização de jurisprudência deve ser interposto pelo MP, mesmo quando não seja parte na causa, caso em que não terá influência na respetiva decisão, destinando-se unicamente à emissão de acórdão de uniformização sobre o conflito de jurisprudência (n.º 7).

Passando a analisar a denominada jurisprudência normativa, há que começar por referir que a nossa Constituição manda publicar no jornal oficial, que é o *Diário da República*, sob pena de ineficácia jurídica, as decisões do TC, bem como as dos outros tribunais, a que a lei confira força obrigatória geral [artigo 119.º, n.º 1, alínea g), e n.º 2]. Incluem-se aqui os acórdãos do TC que declaram a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas (artigo 281.º da CRP) e as decisões dos tribunais administrativos que declaram a ilegalidade de normas emanadas ao abrigo de disposições de direito administrativo (artigo 72.º do CPTA).

Com efeito, o TC aprecia e declara, com força obrigatória geral, (i) a inconstitucionalidade de quaisquer normas, (ii) a ilegalidade de

⁵⁰ Conforme refere Mário Aroso de Almeida, o propósito da publicação é o de, ainda que informalmente, orientar o rumo da jurisprudência sobre a matéria, evitando a repetição de contradições. Em última análise, será essa a razão de ser deste recurso, tal como sucede no processo civil. Cfr., do A., *Manual de Processo Administrativo*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, 438-439.

quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado, *(iii)* a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma, e *(iv)* a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto [artigo 281.º, n.º 1, alíneas *a)*, *b)*, *c)* e *d)*, respetivamente, da CRP]. O TC aprecia e declara, ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional em três casos concretos (artigo 281.º, n.º 3). O legislador atribuiu aqui a iniciativa não só ao MP, como a qualquer dos juízes do TC, o que, sendo atípico, à luz da característica tradicional de a atividade dos tribunais depender sempre de um impulso exterior, poderá ser enquadrado numa ideia de contributo para a uniformização da jurisprudência (artigo 82.º da LOFPTC)⁵¹.

Quanto à eficácia da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral: *(i)* a mesma produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado; *(ii)* tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última; *(iii)* ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do TC quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido; e, por último, *(iv)* quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excecional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, o TC pode fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com um alcance mais restrito do que o indicado em *(i)* e *(ii)* (artigo 282.º, n.ºs 1 a 4, respetivamente, da CRP)⁵².

⁵¹ Considerando o preceito anómalo, Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. II, *Organização do poder político*, 3.ª reimpr. da ed. de abril de 2010, Coimbra: Almedina, 2019, 411-412.

⁵² Quanto à força obrigatória geral da decisão de inconstitucionalidade proferida em processo de fiscalização abstrata sucessiva, matéria em que estão em jogo as relações entre o TC e os demais tribunais, bem como entre o TC e o poder legislativo, v. Rui MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, 767-849, e, posteriormente, Ricardo BRANCO, *O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009. Rui Medeiros debruçou-se

Relativamente ao TC, cabe também referir que, em sede de processos de fiscalização concreta, no caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação, no processo em causa (artigo 80.º, n.º 3, da LOFPTC).

O controlo que incumbe ao TC realizar é o da inconstitucionalidade de normas. No entanto, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, a jurisprudência do TC admite pacificamente que o recurso de fiscalização possa incidir sobre determinadas *interpretações normativas*, ou seja, o que o recorrente leva à apreciação do TC, nesses casos, é o modo específico como foi entendida e aplicada determinada norma, que, no seu entender, contraria preceitos ou princípios da CRP⁵³.

No contencioso administrativo, temos a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral de normas regulamentares imediatamente operativas (artigo 73.º, n.º 1, do CPTA), processo que o juiz pode decidir com fundamento na ofensa de princípios ou de normas jurídicas diversos daqueles cuja violação haja sido invocada (artigo 75.º do CPTA). Sobre o MP recai o dever de pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral quando tenha conhecimento de três decisões de desaplicação de uma norma com fundamento na sua ilegalidade (declaração com efeitos circunscritos a um caso concreto), bem como de recorrer das decisões de primeira instância que declarem a ilegalidade com força obrigatória geral (artigo 73.º, n.º 4, do CPTA).

O âmbito de eficácia desta declaração de ilegalidade com força obrigatória geral é inspirado⁵⁴ no já analisado artigo 282.º da CRP, incluindo também uma faculdade de modelação, pelo tribunal, dos efeitos da sua decisão. Assim, nos termos do artigo 76.º do CPTA: a de-

recentemente sobre as relações entre a jurisdição constitucional e o legislador democrático, concluindo tratar-se de uma “uma relação entre iguais” – cfr. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, 224-246.

⁵³ Cfr. Mafalda SERRASQUEIRO – “Legalidade e interpretação: a sindicabilidade pelo Tribunal Constitucional das normas enunciadas pelo juiz em matérias sujeitas aos princípios da legalidade e da tipicidade”, in *e-Pública* 2/2 (julho 2015) 232. A sindicabilidade pelo TC de uma determinada interpretação judicial é um bom indício do seu valor.

⁵⁴ Cfr. Mário Aroso de ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 116.

claração com força obrigatória geral da ilegalidade de uma norma produz efeitos desde a data da entrada em vigor da norma, exceto no caso de ilegalidade superveniente (n.º 1); a referida retroatividade não afeta os casos julgados, nem os atos administrativos que, entretanto, se tenham tornado inimpugnáveis, salvo decisão em contrário do tribunal, quando a norma respeite a matéria sancionatória e seja de conteúdo menos favorável ao particular (n.º 4); a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral implica a repristinação das normas revogadas, exceto quando estas sejam ilegais ou tenham deixado de vigorar por outro motivo (n.º 5); por último, quando razões de segurança jurídica, de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, devidamente fundamentadas, o justifiquem, o tribunal pode determinar que os efeitos da decisão se produzam apenas a partir da data do trânsito em julgado da sentença (n.º 2), sendo que, nos processos intentados por quem tenha sido diretamente prejudicado pela vigência de norma imediatamente operativa, o exercício da referida faculdade de modelação das consequências da decisão judicial não prejudica a eliminação dos efeitos lesivos causados pela norma na esfera jurídica do autor (n.º 3).

Um controlo de legalidade, para além da decisão de um caso concreto, é também realizado em sede da ação inibitória relativa às cláusulas contratuais gerais. Trata-se de mais um caso de jurisprudência normativa. Segundo a LCCG, as cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrárias ao disposto no referido diploma, podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efetiva em contratos singulares (artigo 25.º).

A ação inibitória pode ser intentada: *(i)* por associações de defesa do consumidor que sejam dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respetiva; *(ii)* por associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, atuando no âmbito das suas atribuições; e *(iii)* pelo MP, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado [artigo 26.º, n.º 1, alíneas *a)*, *b)* e *c)*, respetivamente, da LCCG]. As referidas entidades atuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores suscetíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada (n.º 2 do artigo em apreciação).

A decisão que proíba as cláusulas contratuais gerais especificará o âmbito da proibição, designadamente através da referência concreta do

seu teor e a indicação do tipo de contratos a que a proibição se reporta (artigo 30.º, n.º 1, da LCCG). Mediante pedido do autor, pode ainda o vencido ser condenado a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determine (n.º 2 do mesmo artigo). Decretada a proibição, as cláusulas contratuais gerais em causa deixam de poder ser incluídas em quaisquer contratos e se o demandado, vencido na ação inibitória, infringir a obrigação de se abster de utilizar ou de recomendar essas cláusulas contratuais, incorrerá numa sanção pecuniária compulsória (respetivamente artigos 32.º e 33.º da LCCG).

Continuando a seguir o regime legal em apreço, os tribunais devem remeter à Direção-Geral da Política de Justiça (a qual substituiu o Gabinete de Direito Europeu), do Ministério da Justiça, cópia das decisões transitadas em julgado que tenham proibido o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais ou declarado a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares (artigos 34.º e 35.º da LCCG e Portaria n.º 1093/95, de 6 de setembro, bem como informação oficial disponível no sítio do registo). Cabe à Direção-Geral da Política de Justiça organizar e manter atualizado o registo público das cláusulas contratuais gerais que lhe forem comunicadas pelos tribunais. Este registo é de fácil acesso, na *internet*, podendo ser consultado no sítio da referida Direção-Geral (dgpj.justica.gov.pt) ou em www.dgsi.pt.

Antes de concluir, importa mencionar que o nosso direito processual – mantendo uma já longa tradição, que remonta à Carta de Lei de 8 de janeiro de 1822⁵⁵ – consagra a figura da declaração de voto de vencido (artigo 663.º, n.º 1, do CPC, artigo 372.º, n.º 2, do CPP e artigo 42.º, n.º 4, da LOFPTC), que integra a decisão judicial e, assim,

⁵⁵ “DOM JOÃO por Graça de Deos, e pela Constituição da Monarquia; Rei do Reino Unido de Portugal, Brazil, e Algarves, d’aquem e d’além Mar em Africa, etc. Faço saber a todos os meus Subditos que as Cortes Decretarão o seguinte: As Cortes Geraes, Extraordinarias, e Constituintes da Nação Portuguesa, para que melhor possa verificar-se a responsabilidade dos Juizes, quando julgamento collectivamente, Decretão o seguinte: 1.º Nos Acordãos das Relações, e Sentenças, de quaisquer Juizes, que votarem collectivamente, poderão os mesmos Juizes, que assignarem por vencidos, declarar essa circumstancia; e não o fazendo, ficão responsaveis pelo Julgado, como se fossem de voto contrario. 2.º Fica revogada qualquer Legislação contraria á disposição do presente Decreto. Paço das Cortes em 18 de Dezembro de 1821. Por tanto Mando a todas as Authoridades, a quem o conhecimento, e execução do referido Decreto pertencer, que o cumprão, e executem tão inteiramente como nelle se contém. Dada no Palacio de Queluz aos 19 dias do mez de Dezembro de 1821.” (disponível na página pessoal de Rui Pinto Duarte, em <https://www.csadvogados.pt>).

beneficia da mesma publicidade. Para além do seu significado em termos processuais (por exemplo, artigo 671.º, n.º 3, do CPC), o voto de vencido revela um inegável interesse para a questão das viragens da jurisprudência, na medida em que consubstancia um “diálogo com o futuro”⁵⁶.

⁵⁶ A expressão é de António Lopo MARTINEZ, “Voto de vencido: causas e averção. Uma análise dos votos de vencidos no Tribunal Constitucional português”, *Scientia Iuridica* 67/347 (2018) 46. Sobre o voto de vencido, tem interesse a comparação entre duas orientações tão diversas, como são a alemã e a espanhola – a primeira dando escasso relevo à figura, ao contrário da segunda, que tem o voto de vencido como algo de natural –, feita em *L’opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht e del Tribunal Constitucional spagnolo (1994-2009)*. *L’opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht* (1994-2009), por Maria Theresia Rörig. *L’opinione dissenziente nella prassi del Tribunal Constitucional spagnolo (1994-2009)*, por Carmen Guerrero Picó, maio de 2009, disponível em <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegna_seminari/cc_ss_opinione_dissenziente_12012010.pdf>. O estudo de Direito espanhol refere o papel do voto de vencido na antecipação de soluções que mais tarde vieram a ser adotadas pela maioria. Comparando a estrutura das decisões dos tribunais constitucionais no Direito alemão e no espanhol e, de uma forma mais abrangente, nas tradições da *civil law* e da *common law*, esta última com uma muito maior pessoalização da jurisprudência (por exemplo, *seriatim opinion*), Paolo PASSAGLIA – *La struttura delle decisioni dei giudici costituzionali: un confronto fra la tradizione di civil law e quella di common law*, acessível em <<https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/35last-papa.pdf>>. O estado da questão, em 2012, nos tribunais superiores e nos tribunais constitucionais dos países membros da União Europeia encontra-se no estudo de Rosa RAFFAELLI – *Abweichende Stellungnahmen der Obersten Gerichtshöfe in den Mitgliedstaaten*, estudo promovido pelo Parlamento Europeu, disponível em <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2012\)462470](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2012)462470)>. Apenas seis dos vinte e sete países não admitiam as declarações de voto divergentes. A A. apresenta os principais argumentos a favor e contra a admissibilidade da figura. Assim, como fundamentos de uma resposta negativa, temos: a garantia da independência dos juizes, protegendo-os de pressões vindas do exterior e, no caso dos tribunais internacionais, evitando que se estabeleçam ligações entre a nacionalidade e o sentido de voto; a manutenção da autoridade e do prestígio do tribunal e das suas decisões, não dando argumentos para que sejam tentados recursos; a clareza e o sentido unívoco das sentenças, que servem para realizar a paz jurídica, não para fomentar o debate doutrinário; o respeito pelo caráter colegial da decisão; e, no plano prático, a celeridade processual e os custos associados, por exemplo, a mais traduções. A favor, são enumerados os seguintes argumentos: a independência dos juizes, em termos da sua integridade intelectual e de garantia da respetiva liberdade de expressão; a autoridade, associada à qualidade (fundamentação) e à clareza da decisão, considerando-se o secretismo um sinal de fraqueza; a colegialidade da decisão, na perspectiva de evitar que os juizes se sintam frustrados em participar no coletivo; os valores da democracia e da transparência; o diálogo com os tribunais inferiores e “com o futuro”; e, quanto à prática, a desvalorização

2.1.2. A jurisprudência⁵⁷

2.1.2.1. *Supremo Tribunal Administrativo*

No Ac. do STA de 13 de janeiro de 1994 (Mário Torres) (Proc. n.º 032425), este Tribunal explicitou aquilo que, em seu entender, constituía a sua própria “orientação jurisprudencial” quanto à natureza e às características dos atos de processamento de abonos. Para o STA, os mesmos não correspondiam a simples operações materiais, mas sim a atos jurídicos individuais e concretos, fossem ou não verticalmente definitivos, pelo que se consolidavam na ordem jurídica, sob a forma de caso decidido, se o destinatário deles não tivesse tempestivamente interposto recurso gracioso ou contencioso.

Noutro caso, o sumário do Ac. do STA de 23 de abril de 1996 (Ferreira de Almeida) (Proc. n.º 037284), relativo ao estatuto remuneratório de uma auxiliar de educação que havia transitado de uma instituição privada de solidariedade social para uma junta de freguesia, reproduz expressamente a norma do artigo 8.º, n.º 3, do CC: nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do Direito.

Destaque merece o Ac. do STA de 15 de maio de 2014 (São Pedro) (Proc. n.º 01789/13), que tratou, provavelmente pela primeira vez na nossa jurisprudência, do problema da aplicação no tempo dos acórdãos

dos argumentos da escassez de tempo e de recursos, que existem sempre e não devem prejudicar, de uma forma desproporcionada, o diálogo jurídico no seio do tribunal e a transparência, o caráter aberto e uma fundamentação o mais abrangente possível. No sentido de que o voto de vencido permite criar uma “ponte” entre a Corte Costituzionale e a sociedade, assim melhorando a “qualidade democrática” do sistema jurídico no seu todo, Lucia CORSO, “Opinione dissenziente, interpretazione costituzionale e costituzionalismo popolare”, in *Sociologia del Diritto* 1 (2011). Defendendo a relevância da publicitação dos votos de vencido, no caso do nosso Tribunal Constitucional, Rui MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, 235. Para além de evidenciar que os juizes não são diferentes dos cidadãos comuns, no sentido de que se encontram também divididos por “lealdades mundividenciais concorrentes”, na expressão de Gonçalo de Almeida Ribeiro, aquele A. considera a publicitação dos votos de vencido, nos acórdãos do TC, como “um estímulo à prossecução do debate constitucional no quadro de uma Constituição aberta e um elemento importante de autocritica de um órgão que não pode ser controlado por outros poderes”.

⁵⁷ Salvo indicação em contrário, toda a jurisprudência portuguesa citada pode ser consultada em <www.dgsi.pt>.

de uniformização de jurisprudência. Estava em causa o AUJ do STA n.º 3/2012, de 5 de junho de 2012 (Rui Botelho) (Proc. n.º 420/12)⁵⁸, o qual veio fixar a jurisprudência sobre a questão de a reclamação para a conferência dos despachos do relator, prevista no n.º 2 do artigo 27.º do CPTA, revestir, ou não, carácter obrigatório, com todas as consequências negativas que a referida obrigatoriedade acarreta para os particulares que tenham recorrido em vez de haverem reclamado para a conferência. Recorda-se que o citado AUJ do STA n.º 3/2012 uniformizou a jurisprudência nos seguintes termos: “Das decisões do juiz relator sobre o mérito da causa, proferidas sob a invocação dos poderes conferidos no artigo 27.º, n.º 1, alínea *i*), do CPTA, cabe reclamação para a conferência, nos termos do n.º 2, não recurso”.

No caso, o Município de Silves não reclamara para a conferência de uma sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Loulé, proferida ao abrigo da norma do artigo 27.º, n.º 1, do CPTA. Pelo contrário, havia interposto recurso da mesma, louvando-se na máxima segundo a qual “dos despachos reclama-se, das sentenças recorre-se”. Tal recurso deu entrada alguns meses antes da publicação do citado AUJ do STA n.º 3/2012. O recurso foi rejeitado no TCA Sul, que seguidamente indeferiu a reclamação do despacho do relator que rejeitara o recurso. O Município não se conformou com o que entendia ser uma aplicação retroativa da mencionada jurisprudência uniformizada do STA, feita pelo TCA Sul, e interpôs recurso de revista.

No STA, o recurso de revista foi admitido, em apreciação preliminar sumária, porque a questão jurídica da produção de efeitos de um acórdão uniformizador de jurisprudência quanto aos recursos recebidos e pendentes nos tribunais centrais à data da sua publicação em DR reclamava uma resposta que, na medida do possível, se aplicasse a todos os casos idênticos. A solução dada pelo STA podia, assim, contribuir para uma melhor aplicação do Direito, em termos de uniformidade e previsibilidade, sendo que, como questão processual, se refletia, transversalmente, sobre litígios relativos a diferentes questões substantivas, entre as quais se encontravam algumas de excepcional relevância.

Em conferência, os Juízes da Seção de Contencioso Administrativo do STA não deram razão ao Município de Silves. Começaram por recordar como o TCA Sul havia considerado que a jurisprudência uni-

⁵⁸ Publicado no DR, n.º 182, 1.ª série, de 19 de setembro de 2012, 5278-5282.

formizada não constituía propriamente novidade, uma vez que, à data da interposição de recurso pelo Município, era já conhecido, com o mesmo sentido, o Ac. do STA de 19 de outubro de 2010 (Alberto Augusto Oliveira) (Proc. n.º 0542/10). Daí não se verificar uma aplicação retroativa (“Não se verifica, pois, qualquer retroatividade, nem se podia nunca verificar: o que está em causa é a interpretação de uma lei que vigora desde 2004”).

Seguidamente, os mesmos Juízes identificaram a questão a decidir: saber se o entendimento acolhido no acórdão uniformizador de jurisprudência só era válido para os recursos interpostos depois da sua publicação no jornal oficial. Tendo concluído que não se justificava um entendimento segundo o qual só era aplicável o regime jurídico acolhido no acórdão uniformizador de jurisprudência aos casos posteriores, ou seja, àqueles em que a questão de saber se cabia recurso ou reclamação do despacho do relator se tivesse colocado depois da publicação daquele acórdão.

Desde logo, segundo o STA, por uma razão elementar: no processo decidido pelo acórdão uniformizador de jurisprudência, como era óbvio, o recurso havia sido interposto antes de aquele ser proferido. E, apesar disso, fora aplicado o regime definido nesse acórdão. Não teria sentido que, no processo em que foi proferido o acórdão uniformizador de jurisprudência, se aplicasse o regime jurídico por ele definido, e nos outros processos se aplicasse um regime diverso, com o fundamento de que o recurso tinha sido interposto anteriormente. Por outro lado, o regime definido no acórdão de uniformização de jurisprudência não era mais do que aquele que decorria da lei.

Continuando com o Acórdão, o STA fixara jurisprudência em termos plausíveis – como decorria de uma anotação de Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira anterior ao mesmo acórdão –, técnico-juridicamente irrepreensíveis – conforme reconhecera Armindo Ribeiro Mendes –, e, além do mais, de acordo com entendimento antes sustentado pelo próprio STA, no seu Acórdão de 19 de outubro de 2010, proferido no Proc. n.º 0542/10, disponível em www.dgsi.pt desde aquela data.

Não havia, portanto, qualquer razão para não se aplicar o regime jurídico – acima referido – aos processos onde o recurso – em vez da reclamação – tinha sido erradamente interposto para o TCA antes da publicação do AUJ do STA n.º 3/2012.

Para o STA, este entendimento não afrontava os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica inerentes a um Estado de Direito (artigos 2.º e 20.º da CRP). Na verdade, a aplicação do regime jurídico acolhido no acórdão uniformizador de jurisprudência não se traduzia na aplicação retroativa desse acórdão, mas sim na aplicação do quadro legal em vigor. Quadro legal cuja vigência era reconhecida e não criada pelo acórdão. Não tendo o acórdão inovado e, desse modo, criado uma regra jurídica nova, não era exata a invocação da sua retroatividade e, portanto, dos efeitos daí resultantes para a segurança e confiança na ordem jurídica.

Aplicar o regime jurídico acolhido no acórdão uniformizador aos demais processos também não violava o princípio da promoção do acesso à justiça (artigo 7.º do CPTA). Pelo contrário, se a doutrina do acórdão uniformizador de jurisprudência se aplicou no processo no qual o mesmo foi proferido, e onde a decisão já havia transitado em julgado – cuja questão decidida era, por natureza, anterior ao acórdão –, por identidade de razão devia também aplicar-se aos demais processos, dado que também neles a decisão que não admitira o recurso tinha sido proferida – como não podia deixar de ser – antes do acórdão uniformizador.

2.1.2.2. Uma apreciação crítica

O STA teve o mérito de ser pioneiro na abordagem do problema da aplicação no tempo dos acórdãos de uniformização de jurisprudência, bem como de haver convocado para a sua resolução os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica. Como aspetos menos conseguidos, é possível apontar: (i) a negação da existência, no caso, de retroatividade da jurisprudência, a qual, na perspetiva do particular, se afigura irrecusável; (ii) a desvalorização do papel dos tribunais perante o legislador; e (iii) ter escolhido para argumento principal o paralelismo com o que sucedera no caso decidido pelo AUJ n.º 3/2012. Com efeito, embora tal não esteja errado, acaba por ser um contributo pouco significativo para a discussão teórica da questão da retroatividade da jurisprudência.

2.1.2.3. Tribunal da Relação de Coimbra

O Ac. do TRC de 2 de fevereiro de 2016 (Catarina Gonçalves) (Proc. n.º 1516/14.7TBCLD-B.CI) veio dar um importante contributo sobre o

modo como os tribunais entendem as questões da eficácia vinculativa dos acórdãos de uniformização de jurisprudência e da sua aplicação no tempo, nomeadamente a casos ocorridos antes da prolação desses acórdãos.

Estava em causa uma falência decretada judicialmente em 1996. Volvidos vinte anos, devido às vicissitudes e demoras do processo, o TRC foi chamado a apreciar e decidir o seguinte: «Saber se estão reunidos os pressupostos legais para que possa ser reconhecido aos credores reclamantes (promitentes-compradores em contratos-promessa celebrados com a falida) o direito de retenção que invocaram, analisando especificamente a questão de saber se deve ser aqui aplicada a interpretação restritiva do artigo 755.º, n.º 1, alínea *f*), do CC, emergente do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014 e se, como tal, o aludido direito de retenção dependia da alegação e prova de factos com base nos quais se pudesse concluir que os referidos credores eram “consumidores”».

Segundo o Acórdão, “a jurisprudência uniformizada pelo Acórdão n.º 4/2014 deve ser entendida no sentido de que só o promitente-comprador que seja consumidor (excluindo, portanto, o promitente-comprador que não seja consumidor) goza do direito de retenção nas situações ali abrangidas”. Note-se que o AUJ em apreço data de 2014 e as reclamações de créditos haviam sido formuladas em 1996, isto é, dezoito anos antes.

Para a Relação de Coimbra, “ainda que os Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência não tenham carácter vinculativo para os Tribunais – ao contrário do que acontecia com os anteriores Assentos –, eles devem, em princípio, ser respeitados, salvo se existirem razões ponderosas que justifiquem outro entendimento, designadamente novos factos, argumentos, razões ou circunstâncias que, não tendo sido considerados no acórdão uniformizador, possam justificar uma nova e diferente decisão”. E “sem pretender desprezar o entendimento firmado pelo aludido Acórdão, afigura-se-nos que ele não poderá ser adotado no caso que analisamos”.

O TRC decidiu então o seguinte: “Ainda que a jurisprudência uniformizada do STJ deva ser respeitada pelos Tribunais e ainda que a doutrina firmada pelo Acórdão supracitado – que assenta numa interpretação restritiva do artigo 755.º, n.º 1, alínea *f*), do CC, no sentido de que o direito de retenção aí previsto apenas abrange o promitente-comprador

que seja consumidor – seja, em princípio, aplicável a qualquer processo que se encontre pendente, ela não deverá ser aplicada a reclamações de créditos que foram formuladas (no âmbito de um processo de falência) dezoito anos antes e no decurso das quais não foram trazidos aos autos, por nenhuma das partes, os factos que seriam pertinentes para concluir se os credores reclamantes (promitentes-compradores) eram ou não consumidores, por não ser, então, previsível a exigência desse requisito que não estava previsto na lei e cuja relevância/necessidade só mais tarde começou a ser suscitada na doutrina e jurisprudência e por não ser exigível que as partes ponderassem ou admitissem a pertinência desses factos em termos de poderem, agora, ser responsabilizadas pelas consequências da sua não alegação”.

“Daí que, nessa situação e não obstante a aludida jurisprudência uniformizada, deva ser reconhecido o direito de retenção aos credores que o invocaram, ao abrigo do disposto no artigo 755.º, n.º 1, alínea *f*), do CC, com base na sua qualidade de promitentes-compradores de determinadas frações, cuja tradição obtiveram, para garantia do crédito emergente do incumprimento desse contrato.”

Por seu lado, o Ac. do TRC de 11 de fevereiro de 2020 (Fonte Ramos) (Proc. n.º 360/18.7T8PBL-A.CI) voltou a lidar com os acórdãos uniformizadores de jurisprudência. Num determinado processo executivo, o saneador-sentença, decidindo quanto ao mérito, julgou improcedentes os embargos de executado que haviam sido deduzidos. Os executados haviam prestado aval numa livrança em branco subscrita por uma sociedade de que eram sócios, como garantia de um financiamento bancário necessário para a sociedade prosseguir a sua atividade. Quando mais tarde transmitiram a terceiros as suas participações sociais, o empréstimo não estava em incumprimento. Comunicaram, então, esse facto à instituição de crédito, documentando-o, à qual declararam igualmente que se desvinculavam das garantias prestadas, pois as mesmas, como era do conhecimento da instituição de crédito, só haviam sido concedidas em virtude das respetivas ligações à sociedade.

O AUJ do STJ n.º 4/2013, de 11 de dezembro de 2012 (Gabriel Catarino) (Proc. n.º 5903/09.4TVLSB.LI.LI.SI)⁵⁹, fixou a jurisprudência no sentido de que, “tendo o aval sido prestado de forma irrestrita e ilimitada, não é admissível a sua denúncia por parte do avalista, sócio

⁵⁹ Publicado no DR, n.º 14, 1.ª série, de 21 de janeiro de 2013, 433-443.

de uma sociedade a favor de quem aquele foi prestado, em contrato em que a mesma é interessada, ainda que, entretanto, venha a ceder a sua participação social na sociedade avalizada”.

Revelando conhecer a controvérsia que o referido AUJ suscitou na doutrina e na jurisprudência, com várias vozes críticas em relação ao mesmo, o TRC começou por afirmar, apoiando-se em Orlando de Carvalho, que “nenhum direito admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em ação”.

Para adiante concluir, ainda que com um voto de vencido (Vitor Amaral)⁶⁰, que «atentas as *especificidades* já reconhecidas pelas partes e as que permanecem controvertidas (...), bem como as *soluções plausíveis da questão de direito* (que, cremos, não se confinam às expressamente suscitadas e decididas no âmbito do AUJ n.º 4/2013), (...) será de levar a cabo uma mais larga e profunda indagação da realidade, com os correspondentes *meios de prova*, visando esclarecer, designadamente, o circunstancialismo atinente ao *vencimento* em 16.11.2017 de uma *livrança* emitida em 07.4.2006 (que serve como *título executivo*) e que teve subjacente um *contrato de abertura de crédito em conta corrente* de 21.3.1996 (objeto de alteração no ano de 2004 e de aditamento no ano de 2006, sendo que apenas foi junto aos autos o mencionado “aditamento”) – e, assim, também, as circunstâncias ligadas à *subscrição do título cambiário em causa* –, a subsequente *cessão de quotas* (nos anos de 2011 e 2013), a *evolução* daquele contrato de abertura de crédito (mormente no que concerne ao *se* e ao *quando* do financiamento concedido), a data e outras circunstâncias da *resolução do contrato em causa* e preenchimento da *livrança* e a demais atuação das partes, tudo no sentido de se poder emitir um derradeiro juízo sobre a justeza e a razoabilidade do *interesse* e do *direito* das partes em litígio». Isto sob pena de, segundo o Acórdão, ficarem irremediavelmente comprometidos, entre outros, os “princípios/ensinamentos” expostos no parágrafo anterior, bem como, porventura, “uma aplicação do direito normativamente adequada às circunstâncias do caso concreto”.

⁶⁰ Mais sensível ao “*favor creditoris*, pela via do interesse da *circulabilidade do título de crédito*”.

2.1.2.4. *Uma apreciação crítica*

O Ac. do TRC de 2 de fevereiro de 2016 (Catarina Gonçalves) (Proc. n.º 1516/14.7TBCLD-B.C1) é muito claro: (i) a jurisprudência uniformizada deve ser respeitada; (ii) aplica-se aos processos pendentes; mas (iii) os tribunais podem corrigir essa aplicação retroativa. No caso, o TRC fundamentou a sua decisão na inexigibilidade, para os particulares, de uma alegação e prova de factos que lhes era de todo imprevisível, na altura em que tiveram de atuar processualmente. Merece aplauso.

O mesmo sucede com o Ac. do TRC de 11 de fevereiro de 2020 (Fonte Ramos) (Proc. n.º 360/18.7T8PBL-A.C1), o qual também se preocupou em contextualizar a jurisprudência uniformizada, não a aplicando em termos meramente formais. Regista-se, ainda, que em ambos os casos o TRC, para além de ponderar a relevância do decurso do tempo, não se coibiu de escolher a solução que se lhe afigurava materialmente adequada por falta de uma qualquer norma legal fundamentadora desse tipo de opção.

2.1.2.5. *Tribunal da Relação do Porto*

O Ac. do TRP de 11 de outubro de 2017 (José Igreja Matos) (Proc. n.º 8892/13.7TBVNG-B.PI) também lidou com o problema da aplicação no tempo do AUJ do STJ n.º 4/2014⁶¹. Conforme já foi anteriormente explicitado, neste seu AUJ o STJ estabeleceu a necessidade de, na graduação de créditos em processo de insolvência, o promitente-comprador, para poder gozar do direito de retenção, revestir a qualidade de consumidor. No caso decidido pelo TRP, o credor alojava trabalhadores seus no imóvel e perspetivava a respetiva aquisição como um investimento, com o escopo de revenda, pelo que não podia ser qualificado como consumidor.

Segundo a Relação do Porto, o que verdadeiramente estava em causa, nesse processo, era a questão da aplicação no tempo dos acórdãos de uniformização de jurisprudência. Sobre a mesma, afirmou que, «em tese geral, os acórdãos de uniformização de jurisprudência não devem ser aplicados quando da sua aplicação decorra uma objetiva frustração

⁶¹ AUJ do STJ n.º 4/2014, de 20 de março de 2014 (Paulo Távora Vítor) (Proc. n.º 92/05.6TYVNG-M.PI.SI), publicado no DR, n.º 95, 1.ª série, de 19 de maio de 2014, 2882-2894.

de expectativas das partes; não pode, portanto, essa aplicação constituir uma “decisão-surpresa” frustradora dessas expectativas».

Concluindo, entendeu que não era essa a situação dos autos, pois o contrato-promessa que esteve na base do direito de retenção datava de abril de 2013 e a interpelação ao administrador da insolvência para o seu cumprimento foi feita em 20 de agosto de 2014. Ora, sendo o AUJ em apreço de 2014, o mesmo foi proferido, justamente, por força de uma polémica jurisprudencial que lhe era anterior e com a qual as partes tinham de contar. A aplicação da doutrina do AUJ não consubstanciava, portanto, uma “decisão-surpresa”.

2.1.2.6. Uma apreciação crítica

O Ac. do TRP de 11 de outubro de 2017 (José Igreja Matos) (Proc. n.º 8892/13.7TBVNG-B.PI) constitui um contributo para o aprofundamento do tema da aplicação no tempo da jurisprudência e para o papel a desempenhar pelo princípio da confiança – ainda que não expressamente mencionado pelo Acórdão – nessa sede. Merece, por isso, uma apreciação positiva.

2.1.2.7. Supremo Tribunal de Justiça

No Ac. do STJ de 9 de novembro de 2001 (Óscar Catrola) (Apeção n.º 3426/01-7) (inédito) o Tribunal teve de optar entre aplicar um de dois acórdãos de uniformização de jurisprudência. O problema estava em saber se era “oponível ao exequente, com penhora registada, a venda de um imóvel, sobre o qual aquela incidiu, venda efetuada em data anterior à da penhora”. Os embargos de terceiro haviam sido instaurados em maio de 1997.

O AUJ do STJ n.º 15/97, de 20 de maio de 1997 (Tomé de Carvalho) (Proc. n.º 87 159)⁶², estabeleceu que “terceiros, para efeitos de registo predial, são todos os que, tendo obtido registo de um direito sobre determinado prédio, veriam esse direito ser arredado por um qualquer facto jurídico anterior não registado, ou registado posteriormente”. Segundo o STJ, “tal acórdão foi efusivamente saudado, designadamente pelas pessoas ligadas aos estudo e problemas do registo predial, por o fortalecer e dignificar e aumentar a segurança jurídica”.

⁶² Publicado no DR, n.º 152, 1.ª série-A, de 4 de julho de 1997, 3295-3301.

“Mas esta euforia por banda daqueles que se dedicam à atividade registral foi «sol de pouca dura», porquanto o Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão uniformizador n.º 3/99 (...) veio alterar radicalmente a jurisprudência anteriormente fixada, lendo-se na sua parte conclusiva: Revendo-se a doutrina do mencionado aresto de 20 de maio de 1997, formula-se, pois, o seguinte acórdão uniformizador de jurisprudência: «terceiros, para efeitos do disposto no artigo 5.º do C. R. Predial, são os adquirentes de boa-fé, de um mesmo transmitente comum, de direitos incompatíveis, sobre a mesma coisa».

E passados poucos meses, o Governo pelo DL n.º 533/99, de 11 de dezembro, aditou um n.º 4 ao artigo 5.º do C. R. Predial do seguinte teor: «terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si», adotando, assim, e sem quaisquer rodeios o conceito restrito de «terceiros».

Ao invés do que aconteceu com o Acórdão n.º 15/97, choveram críticas à formulação do Acórdão n.º 3/99, acusado de ter «deportado» o registo predial para o «campo de concentração» da publicidade-notícia.”

Como bem reconheceu o STJ, considerando o conceito de “terceiros” dado por cada um dos acórdãos uniformizadores em apreço, a solução do caso seria diferente conquanto se aplicasse um ou outro. «Na verdade, se aplicarmos ao caso em apreço o Acórdão n.º 15/97, os embargos improcedem, como julgou a 1.ª instância, pois da sua doutrina, que contempla o conceito amplo de “terceiro”, o exequente seria terceiro, designadamente por não ter intervindo na escritura de compra e venda e ter adquirido pelo registo da penhora, no que toca a frações penhoradas, um direito oposto ou incompatível com o embargante, que na celebração da referida escritura interveio como parte.

Ao contrário, se aplicarmos ao caso a doutrina do Acórdão n.º 3/99, que regressa ao conceito restrito de “terceiro”, o Banco exequente não seria “terceiro”, pois este não adquiriu dos executados (ora embargantes) nenhum direito sobre o imóvel penhorado, pois a penhora de imóveis, ainda que sujeita a registo, não conduz à constituição de um direito real sobre o prédio, sendo apenas um dos atos em que se desenvolve o processo executivo e nos termos do artigo 5.º do C. R. Predial só são merecedores de proteção aqueles que adquirem direitos incompatíveis sobre o mesmo prédio com intervenção direta do autor comum, criando-lhes a convicção da existência daqueles na sua esfera

jurídica, pois que, nestes casos, porque este autor é comum, com a sua atuação, criou nestes outros sujeitos a ideia de certeza de que o direito transmitido ou onerado era sua pertença e, portanto, o podia transmitir ou onerar, são eles merecedores de tutela igual, preferindo a lei o que registou primeiramente o facto, atenta a sua diligência e a natureza e função de publicidade do registo.»

Daí a pergunta: “assim sendo e para terminar, qual o acórdão uniformizador a aplicar?”

«Decididamente optamos pelo 3/99. Na verdade, os acórdãos uniformizadores não têm carácter geral e abstrato, deixaram de ser leis normativas, como eram considerados os “assentos”. Eles revelam-se antes como soluções de direito para os casos em que surgem divergências na interpretação das leis, sendo completamente estranhos à criação de normas, e por isso aplicam-se aos casos pendentes logo que entrem em vigor, excecionando-se apenas aqueles que tenham sido objeto de decisão transitada em julgado.

Aliás, é sabido que, no domínio dos assentos, estes caducavam quando o preceito legal que tinha estado na sua base fosse revogado ou quando entrasse em vigor outro que viesse dispor de modo diferente sobre a mesma questão de direito.

Não há qualquer razão para não aplicar estes princípios aos acórdãos uniformizadores, pelo que, ocorrendo a decisão que recaiu sobre os presentes embargos em plena vigência do Acórdão n.º 3/99, tinha que ser ele a ser aplicado, já que tinha de ser acatado pelo tribunal recorrido.

Acresce a tudo isto o facto de o Acórdão Uniformizador n.º 15/97 ter sido tirado na vigência da anterior redação do artigo 5.º do C. R. Predial, acontecendo que no fim de 1999 o Governo fez publicar o DL n.º 533/99 que adita um n.º 4 àquele artigo, acima transcrito, que ao definir “terceiros” para efeitos de registo predial adota o conceito restrito, portanto, incompatível com a doutrina daquele acórdão e não deixando dúvidas sobre a sua revogação.»

Passando para outra decisão, são dois os aspetos presentes no Ac. do STJ de 8 de maio de 2003 (Ferreira de Almeida) (Proc. n.º 03B810) que se justifica aqui mencionar. Trata-se de uma decisão judicial relativa a um litígio que teve na sua origem um acidente de viação. Uma das questões a resolver pelo STJ, ao decidir um dos recursos de revista, foi a de saber “se os juros de mora incidentes sobre o montante indemnizatório arbitrado a título de danos não patrimoniais

apenas são devidos a partir da sentença de 1.^a instância ou se são antes devidos desde a data da citação”. O STJ concluiu que “há que aplicar (artigo 8.º, n.º 3, do C. Civil) a doutrina do Ac. Unif. de Jurisprud. n.º 4/2002 de 9-5-02, pelo que, não tendo existido «decisão atualizadora» emitida a título oficioso ou provocado acerca de tais danos, deverão os juros ser contabilizados a partir da data da citação”⁶³.

O segundo aspeto a referir prende-se com o cálculo do dano, concretamente “o recurso às fórmulas matemáticas ou tabelas financeiras comumente em uso na doutrina e na jurisprudência”. A este respeito, o STJ – dando indicação, “entre muitos outros”, do “Ac. de 11-1-01, in Proc. 3625/00 – 2.^a Sec.” – recordou como vinha “reiteradamente entendendo que as fórmulas matemáticas ou de cálculo financeiro para a fixação dos cálculos indemnizatórios por danos futuros/lucros cessantes têm de ser encaradas como meros referenciais ou indiciários, que não poderão substituir o prudente arbítrio do julgador, ou seja, a utilização de critérios de equidade”.

Alguns anos mais tarde, o Ac. do STJ de 2 de outubro de 2008 (João Bernardo) (Proc. n.º 08B2131), após ter verificado a existência de contradição, no domínio do mesmo enquadramento legislativo, entre dois acórdãos da Relação, decidiu a questão de saber se a pendência, nos tribunais administrativos, de providência cautelar, visando a suspensão da eficácia da declaração de utilidade pública, encerra, ou não, o requisito de suspensão da instância no processo expropriativo relativo a um bem que não pertence a qualquer dos requerentes daquela providência, ainda que o mesmo tenha sido abrangido pela referida declaração de utilidade pública.

O STJ respondeu negativamente à pergunta, acolhendo “sem reservas, os argumentos explanados no Acórdão deste Tribunal de 3.7.2008, cujo texto se pode ver em *www.dgsi.pt* e que se reporta, também, à DUP

⁶³ O AUJ do STJ n.º 4/2002, de 9 de maio de 2002 (José Augusto Sacadura Garcia Marques) (Proc. n.º 1508/2001), publicado no DR, n.º 146, 1.^a série A, de 27 de junho de 2002, p. 5057-5070 – após uma fórmula introdutória da qual também importa dar nota – “tendo em vista a uniformização de jurisprudência, acordam na seguinte norma interpretativa” –, fixou a jurisprudência nos seguintes termos: “Sempre que a indemnização pecuniária por facto ilícito ou pelo risco tiver sido objeto de cálculo atualizado, nos termos do n.º 2 do art. 566.º do Código Civil, vence juros de mora, por efeito do disposto nos artigos 805.º, n.º 3 (interpretado restritivamente), e 806.º, n.º 1, também do Código Civil, a partir da decisão atualizadora, e não a partir da citação”.

[declaração de utilidade pública] aqui referida. Representando, concomitantemente, um valor a atender – até face ao artigo 8.º, n.º 3, do Código Civil – a constância da orientação jurisprudencial”.

Noutro caso, em que se discutiu a possibilidade de aquisição de estabelecimento comercial por usucapião, o Ac. do STJ de 28 de setembro de 2010 (Paulo Sá) (Proc. n.º 160/07.OTBGVA.CI.SI) (inédito) concluiu afirmativamente, com a seguinte fundamentação: “(...) tanto a decisão de primeira instância, como o acórdão recorrido sustentam com abundante apoio na doutrina e na jurisprudência a tese da possibilidade da aquisição do estabelecimento comercial por usucapião. No acórdão recorrido a argumentação traduz-se na transcrição do acórdão da Relação de Lisboa de 13.03.2008, proferido no Proc. n.º 9186/2007-2, e relatado pelo Des. Ezaguy Martins, constante do sítio *www.dgsi.pt*. Dispensamo-nos de repetir a citada argumentação, onde se pode encontrar referência aos autores que defendem a tese contrária, mas onde se patenteia a bondade da tese acolhida. Cabe dizer que não parece significativo, para mudar de posição, o decidido no acórdão deste Tribunal de 15 de fevereiro do já distante ano de 1977 (BMJ 264, p. 194-200), citado pelo recorrente”.

Ao fixar o montante da compensação pelos danos não patrimoniais num processo decorrente de um acidente de viação, o Ac. do STJ de 26 de janeiro de 2012 (João Bernardo) (Proc. n.º 220/2001.LI.SI) afirmou que «a fixação dos montantes relativos aos danos não patrimoniais não pode ser encontrada diretamente na lei. Estabelece esta apenas um “guião” no artigo 494.º, por remissão do artigo 496.º. Assim, por força do que determina o artigo 8.º, n.º 3, sempre do Código Civil, em ordem, mais que justificada, a ser tratado por igual o que merece igual tratamento, há que atender, com particular premência, aos valores que vêm sendo fixados pelos Tribunais, mormente por este Supremo Tribunal.

Esta atenção está muito facilitada pela publicação sucessiva de textos de acórdãos em <*www.dgsi.pt*>. Para além disso, no sítio deste Tribunal, entrando (livremente) em “Jurisprudência” e, depois, “Jurisprudência temática”, encontramos uma recolha levada a cabo pela Assessoria, sobre os montantes que vêm sendo fixados como compensação pelos danos não patrimoniais».

Depois de analisar três acórdãos, comparando-os com o caso que tinha de resolver, nomeadamente no plano dos factos e da compensação

por danos não patrimoniais neles arbitrada, o STJ determinou o montante da indemnização que entendeu adequado às particularidades da situação dos autos, “sempre sem perder de vista o que vem sendo decidido por este Tribunal – com fixação de quantias superiores para casos manifestamente mais graves”.

Uma garantia pessoal prestada por um antigo sócio e administrador de uma sociedade comercial, no caso, um aval em livrança em branco subscrita pela sociedade aquando da celebração de um contrato de locação financeira, e, sobretudo, para o que aqui interessa, a observância devida à jurisprudência uniformizada foram objeto do Ac. do STJ de 11 de setembro de 2014 (Bettencourt de Faria) (Proc. n.º 3871/12.4TBVFR-A.PI.SI).

O STJ começou por delimitar a questão: “estando aqui em causa a eventual aplicação de jurisprudência uniformizada, cabe, antes do mais, saber se a hipótese dos autos é factualmente idêntica à do AUJ n.º 4/2013. A resposta só pode ser afirmativa. Trata-se do sócio que avalizou a sociedade subscritora de livrança e que denunciou esse aval por, entretanto, ter deixado de ser sócio. Saber se se pode distinguir entre aval em livrança em branco e o aval a livrança totalmente preenchida é questão jurídica a apreciar posteriormente. O segmento uniformizador em questão não distingue, pelo que é forçoso entender que estamos neste processo no âmbito daquele acórdão uniformizador. E assim sendo e tendo o acórdão recorrido afastado a jurisprudência uniformizada há que ver em que termos é que tal é possível”.

Segundo o Acórdão, «entre a rigidez interpretativa obrigatória dos antigos assentos e a mera natureza indicativa da jurisprudência em geral, está a jurisprudência uniformizada. Esta tem de ter um valor próprio que não se pode ficar pela mera sugestão (ainda que reforçada), hipótese em que perderia a razão de ser. A regra só pode ser a de que a jurisprudência uniformizada não deve ser afastada pela mera discordância doutrinal do julgador, caso em que não se distinguiria da restante jurisprudência.

A citação do conselheiro Abrantes Geraldês feita no acórdão em apreço resolve de forma lapidar a questão: “o respeito pela qualidade e pelo valor intrínseco da jurisprudência uniformizada do STJ conduzirá a que só razões muito ponderosas poderão justificar desvios de interpretação das normas jurídicas em causa (v. g., violação de determinados princípios que firmam a consciência jurídica ou manifesta desatualização

da jurisprudência face à evolução da sociedade)”; e “a discordância, a existir, deve ser antecedida de fundamentação convincente, baseada em critérios rigorosos, em alguma diferença relevante entre as situações de facto, em contributos da doutrina, em novos argumentos trazidos pelas partes e numa profunda e serena reflexão interior”.

Ou seja, não basta não se concordar com o entendimento do acórdão uniformizador. Essa é uma questão ultrapassada. É necessário trazer uma argumentação nova e ponderosa, quer pela via da *evolução* doutrinal *posterior*, quer pela via da *atualização* interpretativa».

Para o STJ, isso não sucedeu na decisão sob escrutínio, a qual se limitou a consignar as razões da sua discordância com o que foi uniformizado. “Discordância legítima, mas que, pelo que vimos referindo, não é relevante. Não é apontado um fundamento para *rever* a doutrina fixada.

Entende o mesmo acórdão que não existe falta de respeito pela jurisprudência uniformizada, porque são utilizados novos argumentos não considerados no respetivo acórdão. Como atrás considerámos, não basta os argumentos serem diferentes. Assim, qualquer AUJ poderia ser ultrapassado. Pelo que atrás referimos, é necessário também que sejam doutrinariamente *inovadores*. E aqui trata-se de argumentos que já poderiam ter sido considerados aquando da prolação do acórdão uniformizador. No fundo, apenas se continua a polémica que a uniformização de jurisprudência pretendeu ultrapassar. Ainda que seja para não acatar o AUJ é sempre da sua posição que se deve partir, contrapondo-lhe uma nova realidade e não criticando apenas a sua formulação”. A terminar: “Discutir agora a valia dos argumentos da decisão em apreço seria pôr, indevidamente, em questão a força da decisão unificadora da jurisprudência”.

Destaque, ainda, para dois acórdãos, respetivamente de 2016 e 2018, os quais delimitaram o âmbito de aplicação do AUJ n.º 4/2014 no domínio da insolvência. O primeiro é o Ac. do STJ de 29 de julho de 2016 (Júlio Gomes) (Proc. n.º 6193/13.OTBBRG-H.GI.SI), em cujo sumário se pode ler: o segmento uniformizador do AUJ n.º 4/2014 refere-se a situações em que o credor não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, ficando de fora os contratos que já estivessem integralmente cumpridos, resolvidos ou entrado na fase do incumprimento definitivo, à data da declaração de insolvência; se o contrato-promessa de compra e venda de um lote

de terreno, em que houve *traditio*, como sucedeu no caso dos autos, tiver sido resolvido ou, de qualquer modo, entrado na fase de incumprimento definitivo, não se aplica o AUJ n.º 4/2014, devendo aplicar-se, estritamente, os preceitos do Código Civil, contidos nos artigos 755.º, n.º 1, alínea *f*), e 442.º; a aplicação do artigo 755.º, n.º 1, alínea *f*), do CC não depende de o promitente-comprador ser, ou não, um consumidor e a circunstância de o legislador se referir à tutela dos consumidores no preâmbulo do diploma que consagrou o direito de retenção não é decisiva e não justifica uma interpretação restritiva, já que o legislador pode ter tomado a parte pelo todo e ter-se limitado a referir uma das situações socialmente mais relevantes; qualquer situação de detenção pelo promitente-comprador, mesmo que este não seja consumidor, pode, pela sua frequência e importância ao nível da consciência social, servir de fundamento para o direito de retenção; e este direito de retenção, já existente e sendo a garantia de um crédito subordinado, não é afetado pela declaração de insolvência.

O segundo é o Ac. do STJ de 11 de setembro 2018 (Graça Amaral) (Proc. n.º 25261/11.6T2SNT-D.LI.S2): a aplicação do segmento uniformizador do AUJ n.º 4/2014 mostra-se limitada às situações em que o credor promitente-comprador não obteve cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência; este confinamento retira da alçada do AUJ os contratos-promessa que se encontrem incumpridos à data da declaração da insolvência, uma vez que não se pode configurar a situação de o administrador não os cumprir; e tais casos mostram-se submetidos ao regime geral ínsito no artigo 755.º, n.º 1, alínea *f*), do CC, que não faz depender o direito de retenção atribuído ao beneficiário da promessa de transmissão do direito de propriedade sobre o imóvel da circunstância de o mesmo ser um consumidor.

Por último, importa dar nota que, em 2019, o STJ foi chamado a uniformizar a jurisprudência em sede de extensão analógica do regime da agência ao contrato de concessão comercial. Quer o acórdão recorrido, quer o acórdão fundamento admitiam a aplicação das alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, divergindo quanto à aplicação da alínea *c*)⁶⁴. O AUJ do STJ n.º 6/2019,

⁶⁴ O artigo 33.º (Indemnização de clientela) do Decreto-Lei n.º 178/86 dispõe que o agente tem direito, após a cessação do contrato, a uma indemnização de clientela, desde que sejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos seguintes: *a*) o agente tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado

de 19 de setembro de 2019 (Fernando Samões) (Proc. n.º 391/06.0TB-BNV.EI.SI-A)⁶⁵, fixou a seguinte jurisprudência: “Na aplicação, por analogia, ao contrato de concessão comercial do n.º 1 do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de abril, inclui-se a respetiva alínea *c*), adaptada a esse contrato”. Interessa mencionar aqui este Acórdão, porque foi votado por trinta e dois conselheiros, com treze votos de vencido.

2.1.2.8. *Uma apreciação crítica*

Embora a jurisprudência do STJ não tenha tratado, de forma direta, do problema das viragens da jurisprudência, encontramos nela muitos dos argumentos ou tópicos ou critérios que importa considerar para poder vir a formar uma opinião sobre esta matéria: a questão da natureza e do valor dos acórdãos uniformizadores de jurisprudência, desde logo pela sua comparação com os assentos, mas também pela necessidade de existência de argumentos doutrinariamente inovadores para deles se poder divergir; a existência de jurisprudência reiterada; o valor da constância da orientação jurisprudencial, de par com as suas racionalidade e coerência; o efeito da passagem do tempo na valia de uma decisão judicial; o princípio da igualdade na aplicação da lei; a divulgação *online* da jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores; a composição alargada dos nossos Supremos Tribunais; e a possibilidade de serem exarados votos de vencido, mesmo aquando da uniformização de jurisprudência.

2.1.2.9. *Tribunal Constitucional*

O Ac. do TC n.º 287/90, de 30 de outubro de 1990 (Sousa e Brito) (Proc. n.º 309/88), foi, durante anos, o principal exemplo de aplicação do princípio da confiança como limite à retroatividade das leis. Estava em causa a Lei n.º 38/87, de 23 de dezembro, que viera aumentar as alçadas dos Tribunais da Relação e dos Tribunais de

substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente; *b*) a outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da atividade desenvolvida pelo agente; *c*) o agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea *a*).

⁶⁵ Publicado no DR, n.º 211, 1.ª série, de 4 de novembro de 2019, 4-37.

Comarca. O referido diploma incluía uma disposição, nos termos da qual “[a] matéria da admissibilidade dos recursos por efeito das alçadas é regulada pela lei em vigor ao tempo em que foi proferida a decisão recorrida” (artigo 106.º).

Por força da aplicação do mencionado regime legal, a autora ficara privada da possibilidade de recorrer da decisão final, que lhe havia sido desfavorável, pois, à data da sentença, a causa não possuía valor superior à alçada do tribunal de comarca. Chamado a aferir da eventual inconstitucionalidade do regime em apreço, o TC começou por referir o princípio da aplicabilidade imediata das leis processuais, bem como o entendimento corrente de que a admissibilidade de recurso se determina pela lei vigente à data da decisão a impugnar.

Mas logo esclareceu que o princípio em causa tinha como fundamento a circunstância de a lei nova consubstanciar um aperfeiçoamento em relação ao direito vigente e que, no caso da atualização das alçadas, não existia esse aperfeiçoamento legislativo, antes se tratava apenas de uma consequência da inflação.

Prosseguindo, o TC afirmou que, antes de ser proferida a decisão judicial adversa, o que a parte verdadeiramente tem é uma expectativa jurídica, não apenas de facto, de poder recorrer a um segundo grau de jurisdição. Baseando-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, concluiu, de seguida, que a confiança na manutenção de uma posição jurídica processual pode ter um significado e um peso que a torna tão digna de proteção como uma posição jurídica material.

O TC recordou, a propósito, ser sua jurisprudência que só uma retroatividade intolerável, que afete de forma inadmissível e arbitrária os direitos e as expectativas legitimamente fundados dos cidadãos, viola o princípio da proteção da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito democrático, para logo concretizar a referida inadmissibilidade através dos dois critérios seguintes, complementares entre si: a afetação desfavorável de expectativas será inadmissível (*i*) quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e (*ii*) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (princípio da proporcionalidade).

Neste processo, o TC, ainda que com um voto de vencido, considerou existir, entre nós, uma forte tradição jurídica de a matéria das

alçadas ser regulada pela lei em vigor ao tempo da propositura da ação, à luz da qual a alteração introduzida pelo regime legal em questão assumia “um carácter de absoluta imprevisibilidade”, que a tornava inadmissível, por afetar de forma extraordinariamente onerosa e excessiva a expectativa jurídica da autora na possibilidade de recurso. Daí a decisão de inconstitucionalidade, quanto à aplicação do artigo 106.º da Lei n.º 38/87, conjugado com outras disposições da mesma lei, às ações pendentes à data da sua entrada em vigor.

Alguns anos mais tarde, o mesmo Tribunal voltou a aplicar o princípio da proteção da confiança – no Ac. do TC n.º 575/98, de 14 de outubro de 1998 (Messias Bento) (Proc. n.º 191/97) – a propósito do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, diploma que, a par da revogação dos assentos, revogou os artigos do CPC que regulavam o recurso para o Pleno do STJ.

O TC deixou claro, logo de início, que não tinha havido qualquer extinção retroativa do direito a recorrer para o Pleno do STJ, porque tal direito só nascia com a prolação da decisão a impugnar e, no caso, quando a mesma foi proferida, já o direito a dela recorrer não existia no nosso ordenamento jurídico. A norma *sub iudicio* não era, por isso, retroativa, mas sim retrospectiva – aplicava-se para o futuro a situações de facto e a relações jurídicas não terminadas, concretamente às ações pendentes ainda não decididas, à data da sua entrada em vigor.

O que as partes nessas ações tinham, antes de ser proferida a decisão, era a expectativa jurídica, e não meramente fáctica, como sublinhara o Ac. do TC n.º 287/90, de poder recorrer para o Pleno do STJ se a decisão tivesse adotado uma solução oposta à de um aresto anterior, proferido no domínio da mesma legislação e versando sobre a mesma questão fundamental de Direito.

Fora dos domínios penal, fiscal e das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, só se considera inadmissível, por desrespeito do princípio da confiança, a retroatividade intolerável, isto é, arbitrária e demasiado onerosa, o que não sucedia na hipótese em análise. Com efeito, julgados inconstitucionais os assentos, era justificada e previsível a eliminação do recurso para o Pleno, dado tratar-se de um instrumento processual que se achava, exclusivamente, ao serviço daquele tipo de atos jurisdicionais com alcance normativo. Os particulares podiam e deviam contar com tal modificação.

O Ac. n.º 575/98 teve, contudo, três votos de vencido, respetivamente dos Conselheiros Luís Nunes de Almeida, Guilherme da Fonseca e Paulo Mota Pinto. Estes Juízes Conselheiros entenderam que a existência do recurso para o Pleno, com longa tradição entre nós, ainda que se tratasse de um recurso especificamente orientado para a resolução de conflitos através da uniformização de jurisprudência, criara expectativas legítimas e fundadas naqueles “que recorrem aos tribunais, escudados em anterior jurisprudência do STJ favorável às respetivas pretensões, expectativas que resultaram necessariamente frustradas com a sua eliminação imediata nos processos em curso”.

As partes confiavam, de forma legítima e fundada, por haver jurisprudência anterior do STJ favorável aos seus interesses, que, em caso de insucesso, teriam a possibilidade de interpor aquele recurso, cuja eliminação não era necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e que devessem considerar-se prevalentes, acrescentando que, por força da tradição daquela via de recurso no nosso ordenamento jurídico, não se estava perante uma alteração com a qual os cidadãos pudessem razoavelmente contar.

Através do Ac. do TC n.º 128/2009, de 12 de março de 2009 (Maria Lúcia Amaral) (Proc. n.º 772/2007), os dois critérios enunciados pelo Ac. do TC n.º 287/90 para a aplicação do princípio da proteção da confiança foram desdobrados em quatro “testes”: em primeiro lugar, *(i)* é necessário que o Estado, nomeadamente o legislador, tenha desenvolvido comportamentos capazes de gerar nos privados “expectativas” de continuidade; depois, *(ii)* essas expectativas devem ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, *(iii)* os privados devem ter realizado planos de vida, tendo em conta a perspetiva de continuidade do “comportamento” estadual; e, por último, *(iv)* é necessário que não se verifiquem razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a expectativa.

Se a confiança não reunir os quatro requisitos referidos, a Constituição não lhe dá proteção. No caso, o princípio da proteção da confiança confrontava-se com o princípio geral da irretroatividade da lei fiscal. Seguindo Casalta Nabais, o TC entendeu que a proibição expressa da retroatividade da lei fiscal não tornou inútil a aplicação, em matérias de natureza tributária, do parâmetro da proteção da confiança. Mas é preciso fazer ponderações, concretamente passar nos quatro “testes”.

O acórdão lidou com uma situação em que se pretendia a isenção de sisa e concluiu pelo não preenchimento de, pelo menos, dois dos quatro requisitos da proteção da confiança.

Igualmente no sentido do não preenchimento dos requisitos de que depende a tutela jurídico-constitucional da confiança, e também a propósito de questões de direito fiscal, temos o Ac. do TC n.º 85/2010, de 3 de março de 2010 (Gil Galvão) (Proc. n.º 653/09), que sublinhou o funcionamento do princípio da livre revisibilidade das leis, o Ac. do TC n.º 42/2014, de 9 de janeiro de 2014 (Fernando Ventura) (Proc. n.º 564/12), e o Ac. do TC n.º 137/2014, de 12 de fevereiro de 2014 (Maria João Antunes) (Proc. n.º 849/12). Diferentemente, o princípio da proteção da confiança fundamentou o juízo de inconstitucionalidade, igualmente em sede tributária, formulado pelo Ac. do TC n.º 489/2018, de 9 de outubro de 2018 (Maria José Rangel de Mesquita) (Proc. n.º 1014/16), com um voto de vencido.

Voltando a temas de direito processual, o Ac. do TC n.º 213/2012, de 24 de abril de 2012 (Joaquim de Sousa Ribeiro) (Proc. n.º 821/11), julgou inconstitucional, por violação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, ínsito no princípio do Estado de Direito democrático (artigo 2.º da CRP), a norma do artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, quando interpretada no sentido de que às ações executivas intentadas após o início da vigência daquele diploma e que tenham de correr por apenso à ação declarativa, não se aplica o novo regime de recursos instituído pelo mesmo.

Merece, ainda, ser aqui mencionado o Ac. do TC n.º 839/2013, de 5 de dezembro de 2013 (João Cura Mariano) (Proc. n.º 727/13), por haver abordado a questão da natureza jurídica dos acórdãos de fixação de jurisprudência, de par com o princípio do Estado de Direito democrático, o princípio da proporcionalidade, inerente àquele, o direito à tutela jurisdicional efetiva, a garantia de um processo equitativo e a independência dos tribunais. Nesta decisão, o TC não julgou inconstitucional a norma do artigo 371.º-A do CPP quando interpretada no sentido de excluir da previsão nela feita de “lei penal mais favorável” os acórdãos do STJ de fixação de jurisprudência.

Pela importância do problema de que se ocupou obteve ampla divulgação o Ac. do TC n.º 847/2014, de 3 de dezembro de 2014 (Maria de Fátima Mata-Mouros) (Proc. n.º 537/14). Nele, o TC aplicou o princípio da proteção da confiança, concluindo pela inconstitucionalidade

dade da norma resultante dos artigos 703.º do CPC e 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, na interpretação de que aquele artigo 703.º se aplicava a documentos particulares emitidos em data anterior à entrada em vigor do novo CPC e então exequíveis, por força do artigo 46.º, n.º 1, alínea c), do CPC de 1961.

Segundo o TC, no juízo de ponderação imposto pela proteção da confiança confrontava-se o efeito negativo sobre o interesse do credor particular, que podia ficar sem a possibilidade de fazer valer o seu crédito, com o interesse público em evitar execuções injustas, o qual podia ser alcançado por outras medidas legislativas e seguramente num horizonte temporal mais alargado. Assim, a perda de valor de título executivo dos documentos particulares que o possuíam à luz do CPC revogado, sem uma disposição transitória que graduasse temporalmente essa aplicação, foi considerada uma medida desproporcional, que afetava o princípio constitucional da proteção da confiança, decorrente do princípio do Estado de Direito democrático (artigo 2.º da CRP).

Por último, e será mesmo caso para dizer *last but not the least*, cabe mencionar o Ac. do TC n.º 465/2019, de 18 de setembro de 2019 (Joana Fernandes Costa) (Proc. n.º 829/2019), que se pronunciou pela inconstitucionalidade de algumas disposições do decreto da Assembleia da República que procedeu à sétima alteração à Lei da Procriação Medicamente Assistida. Uma iniciativa de alteração legislativa anterior havia sido analisada pelo Ac. do TC n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018 (Pedro Machete) (Proc. n.º 95/17), que se pronunciara pela inconstitucionalidade. Para efeitos do presente trabalho, importa trazer à colação algumas das importantes declarações de voto, que abordaram o princípio de estabilidade jurisprudencial e a autovinculação do TC às decisões que produz com força obrigatória geral.

Os Conselheiros Gonçalo de Almeida Ribeiro, Fernando Vaz Ventura, Joana Fernandes Costa e Lino Rodrigues Ribeiro emitiram a seguinte declaração de voto no Ac. n.º 465/2019:

“Subscrevemos a pronúncia de inconstitucionalidade das normas que integram o objeto do processo, apesar de no Acórdão n.º 225/2018 termos votado contra a declaração de inconstitucionalidade das normas homólogas então consagradas na Lei da Procriação Medicamente Assistida.

Fazemo-lo por respeito para com um princípio de *estabilidade jurisprudencial*.

Uma jurisdição constitucional responsável cultiva aquela estabilidade sem a qual o seu acervo decisório não consubstancia uma verdadeira *jurisprudência*. Não quer isto dizer que as inversões jurisprudenciais sejam ilegítimas, muito menos que o Tribunal Constitucional se encontra absolutamente vinculado aos juízos que proferiu no passado. Na verdade, mesmo nos sistemas jurídicos que acolhem o instituto do precedente – e em que, por isso mesmo, a estabilidade jurisprudencial obedece a um regime específico e tem uma força acrescida –, não é invulgar os tribunais superiores alterarem jurisprudência que reputam obsoleta ou injusta. A auto-revisibilidade dos juízos é uma faculdade fundada na *renovação periódica* da composição do órgão e no seu dever fundamental de *administrar a justiça*.

Porém, o ponto de referência da evolução jurisprudencial é o acervo decisório da própria *instituição*, sede da autoridade e autora das decisões. São por isso fortemente censuráveis as alterações de jurisprudência ditadas *exclusivamente* pelas contingências da opinião e da composição do colégio, sem que tenham surgido dados ou argumentos que não tenham sido ponderados nas decisões anteriores e sem que estas constituam, no entendimento expressamente fundamentado de cada juiz chamado a pronunciar-se, erros tão graves que o dever de promover a sua correção prevaleça sobre os imperativos de *segurança jurídica*, *integridade institucional* e *igualdade de tratamento* que reclamam o respeito pelo *acquis* jurisprudencial. Ora, apesar de termos dissentido do juízo que fez vencimento no Acórdão n.º 225/2018, parece-nos impensável uma inflexão de jurisprudência num tão curto intervalo de tempo e numa matéria tão delicada e controversa, para mais quando se trata de um processo de fiscalização preventiva, sujeito a um prazo apertado de decisão e em que a pronúncia do Tribunal não tem a força jurídica de uma declaração com força obrigatória geral.

Consideramo-nos, assim, tudo visto e ponderado, vinculados ao entendimento expresso naquele aresto sobre o alcance dos parâmetros constitucionais em que se baseia a presente pronúncia de inconstitucionalidade. Daí o sentido favorável do nosso voto”.

Em sentido diferente, temos a declaração de voto da Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros:

“1. Votei favoravelmente a pronúncia pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 2.º do Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República, nas partes identificadas no pedido, mas afasto-me

da fundamentação que conduziu à pronúncia pela inconstitucionalidade da norma em análise.

Efetivamente, voto favoravelmente a decisão por manter e reafirmar a posição expressa na minha declaração de voto ao Acórdão n.º 225/2018. Não foi, portanto, apenas por «imperativos de segurança jurídica e do critério de validade do direito neles implicado» (ponto 10 do Acórdão) que acompanhei a decisão de inconstitucionalidade, antes por haver renovado, relativamente à nova norma, a conclusão de inconstitucionalidade a que anteriormente cheguei no que respeita a norma idêntica.

2. O que me separa do caminho adotado pelo Tribunal não é uma divergência menor. Antes expressa uma diferente posição relativamente a um problema fundamentalmente constitucional: a relação entre o Tribunal Constitucional e o poder político.

Ao recusar entrar na «discussão para que remetem as alterações ao regime da gestão de substituição a que se propõe a manifestação do exercício do poder legislativo» por não se verificarem «quaisquer circunstâncias, objetiva ou subjetivamente supervenientes, que justifiquem a [sua] reabertura» (ponto 10), o Acórdão parece sustentar-se de forma determinante na autovinculação do Tribunal Constitucional às decisões que produz com força obrigatória geral. Esta autovinculação suscita-me fortes reservas.

Desde logo, porque não nos devemos deixar fascinar pelo princípio do precedente anglo-saxónico (o *stare decisis* do *common law*), que não pertence à tradição constitucional nacional, importando-o acriticamente para a ordem constitucional da República Portuguesa. Receio que a presente decisão seja interpretada como representando um primeiro passo nesse sentido, do qual discordo.

Um dos papéis centrais de uma jurisdição constitucional é servir como fórum para questionar e debater as questões centrais para a sociedade. Uma solução como a adotada leva a uma cristalização da decisão anteriormente tomada, não permitindo uma renovação do debate e esbatendo a distinção entre quem ficou vencido e quem saiu vencedor da votação dessa decisão, sem convencer os vencidos da bondade da posição maioritária, o que empobrece intoleravelmente o debate constitucional.

Para além disso, ao erigir a certeza e a segurança jurídicas como o fundamento determinante da sua pronúncia, esta decisão atribui ao Tribunal Constitucional um predomínio sobre o legislador que

a Constituição não lhe reconhece. A circunstância de no caso serem apenas «dezoito meses que mediaram entre a anterior pronúncia do Tribunal e o momento presente» (ponto 10 do Acórdão), não justifica a recusa de reabertura da discussão. Não cabe ao Tribunal Constitucional definir o prazo para a Assembleia da República voltar a legislar sobre a mesma matéria.

3. Inegável é que, apesar da minha discordância com estes elementos da fundamentação adotada, subsiste sempre a interdição de aprovação de normas inconstitucionais. Assim, a inconstitucionalidade da nova norma não resulta diretamente do facto de constituir uma reedição de uma norma já julgada inconstitucional, antes da persistência da sua desconformidade com a Constituição.

Esta é a consequência que compreensivelmente se anuncia para o legislador que não presta a devida atenção às decisões do Tribunal”.

Por seu lado, o Conselheiro Cláudio Monteiro deixou expresso o seguinte:

«Votei vencido por não encontrar razões suficientemente fortes para mudar a posição que assumi na discussão e votação do Acórdão n.º 225/2018, em que o Tribunal apreciou a mesma questão de direito. Reconheço que o facto de o Tribunal ter fixado recentemente uma orientação jurisprudencial sobre essa questão não pode deixar de ser ponderado na decisão do presente processo, mas aquele facto é apenas um dos elementos de ponderação a ter em conta, e não lhe atribuo o mesmo peso que lhe é atribuído no presente acórdão.

Não houve, realmente, uma alteração relevante das circunstâncias de facto e de direito em que a decisão anterior foi tomada, nem se verificaram alterações supervenientes à composição do Tribunal que sejam, por si só, suficientes para alterar o sentido da decisão então tomada. Mas ao contrário do que se possa pressupor, a perspectiva de que aquelas alterações têm um efeito marginal negligenciável na formação da vontade do colégio abre inevitavelmente maior espaço para que os juízes individualmente possam manter as posições anteriormente assumidas, sem com isso pôr em causa o respeito por um mínimo de estabilidade e previsibilidade, que as decisões do Tribunal inquestionavelmente devem ter.

Dito por outras palavras, não sendo previsível que a decisão venha a ser diferente, não encontro razões fortes para me sentir “vinculado” a manifestar uma posição contrária às minhas convicções, até porque a estabilidade e a previsibilidade também são valores que se afirmam na

pluralidade da composição do Tribunal. Mais do que às decisões anteriores do Colégio, que não têm um valor imutável, estou vinculado à Constituição e à interpretação que dela faço.

Deste modo, e com os fundamentos constantes da declaração de voto que subscrevi no Acórdão n.º 225/2018, entendo que o Tribunal não se deveria ter pronunciado pela inconstitucionalidade das normas do decreto *sub judice*, que não permitem a revogação do consentimento da gestante de substituição após o início dos processos terapêuticos de Procriação Médica Assistida».

2.1.2.10. *Uma apreciação crítica*

Não obstante se poder criticar o facto de a eliminação do recurso para o Pleno ter sido decidida em sentido diverso do aumento das alçadas, é certo que o TC vem aplicando o princípio da proteção da confiança através de critérios claros e uniformes. Nesta medida, a sua jurisprudência merece ser positivamente valorizada. Não se acompanha, contudo, a falta de ambição revelada pelo Ac. do TC n.º 839/2013, ao excluir os acórdãos de uniformização de jurisprudência da previsão de “lei penal mais favorável”. A terminar, as declarações de voto que integram o Ac. do TC n.º 465/2019 e foram anteriormente reproduzidas são bem elucidativas da atualidade do tema deste trabalho.

2.1.3. A doutrina

2.1.3.1. *Metodologia jurídica*

2.1.3.1.1. *António Castanheira Neves*

Castanheira Neves foi um dos autores que, entre nós, mais contribuiu para uma nova compreensão da teoria das fontes do Direito, no sentido do seu pluralismo, com o reconhecimento de que o Direito também é fruto da criação judicial, assim se afastando a conceção puramente estatista do Direito, típica do positivismo legalista, que estava na base da denominada teoria tradicional das fontes do Direito. Com os contributos deste A., ficou claro que o Direito não é só a lei, nem dela exclusivamente depende⁶⁶.

⁶⁶ Cfr. A. Castanheira NEVES, “Fontes do direito”, in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 45-94.

Através dos seus aprofundados estudos e, nomeadamente, daquele intitulado *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*⁶⁷, Castanheira Neves esteve por detrás do fim dos assentos no nosso ordenamento jurídico, tendo influenciado o TC, no seu conhecido Ac. n.º 810/93⁶⁸, e, depois, nessa medida, o próprio legislador, que entendeu ter de intervir nesta matéria.

Com efeito, o A. sempre foi muito crítico em relação ao instituto dos assentos, os quais considerava serem uma originalidade do nosso Direito e um instituto anómalo, que o objetivo da uniformização do Direito não exigia. Acrescentava, ainda, que a experiência não revelava que o instituto tivesse particular eficácia na consecução daquele objetivo de uniformização do Direito⁶⁹.

⁶⁷ Publicado inicialmente na RLJ, entre 1973 e 1982, e depois, como livro, em 1983.

⁶⁸ No seu comentário ao Ac. do TC n.º 810/93, de 7 de dezembro de 1993 (Monteiro Diniz) (Proc. n.º 474/88), Castanheira Neves concluiu que o mesmo decidiu parcialmente bem, ao afirmar a inconstitucionalidade dos assentos com o sentido e o valor que lhes atribuía o artigo 2.º do CC, e parcialmente mal, ao ultrapassar as suas possibilidades interpretativas, reconstruindo o regime legal no sentido de o compatibilizar com a Constituição. Em seu entender, louvando a declaração de voto da Conselheira Maria da Assunção Esteves, a inconstitucionalidade da norma do artigo 2.º do CC era total. A referida reconstrução institucional feita pelo TC, sem poderes para isso, determinava, para o A., a inconstitucionalidade da segunda parte da decisão do acórdão. V., do A., “O problema da constitucionalidade dos assentos (Comentário ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional)”, in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁶⁹ Cfr. A. Castanheira NEVES, “Assento”, in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995. O A. considerava que os assentos prescreviam *normas jurídicas legislativas*, pois neles se realizavam as dimensões materiais e formais das normas dessa natureza, com possibilidades normativas não só de interpretação autêntica como inclusivamente inovadoras, mesmo para além do âmbito estrito da integração, no seu sentido tradicional. Por isso, em primeiro lugar, esse exercício de uma função legislativa pelo poder judicial encontrava-se em contradição simultaneamente com o sentido constitucional da função jurisdicional e da função legislativa. Em segundo lugar, os assentos pressupunham e exprimiam uma conceção legalista e normativístico-abstrata do Direito, entretanto superada, que não compreendia a função normativo-juridicamente constitutiva da jurisprudência na realização do Direito. Em terceiro lugar, o regime dos assentos apresentava algumas características inadmissíveis: (i) a obrigatoriedade imposta ao STJ de prescrever uma solução jurídica definitiva e abstratamente universal, verificada apenas uma divergência de jurisprudência, pela oposição entre dois acórdãos; (ii) a prescrição de uma norma geral, a partir de uma decisão jurisdicional

No que se refere ao objeto do presente trabalho, o mesmo mereceu a atenção de Castanheira Neves, na já longínqua década de oitenta do século passado, ao tratar do princípio da legalidade criminal, designadamente do seu corolário normativo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

O A. afirmou, então, que no cumprimento da não retroatividade criminal se colocava, sobretudo, a questão de saber se a sua proibição deveria atingir as possíveis mudanças de orientação na jurisprudência jurisdicional incriminadora e punitiva, pois que a decisão concreta em que essa mudança se verificasse significava decerto a imposição a um comportamento ou a um caso situados no passado de uma solução jurídica que não estava definida e não se conhecia.

Para logo de seguida dizer que o surgir do problema era, em si mesmo, bem significativo, uma vez que – contra o entendimento iluminístico-positivista de que a realização jurisdicional do direito criminal não ia além de uma “mera interpretação” estritamente reprodutiva das respetivas normas jurídicas, seguida de uma simples “aplicação” lógico-dedutiva ou subsuntiva dessas mesmas normas assim interpretadas – pressupunha, pelo menos, o reconhecimento da mediação normativa concretizadora da realização jurisdicional do Direito e, desse modo, a relativa autonomia constitutiva dessa realização e da sua jurisprudência.

Numa palavra: saber se as garantias jurídicas referidas, em princípio, apenas à lei, porque unicamente ela se tinha por criminalmente constitutiva, não deveriam referir-se igualmente à também constitutiva determinação jurisdicional. Castanheira Neves circunscreveu, com rigor, o problema às “correntes jurisprudenciais” e, sobretudo, à jurisprudência estabilizada dos Supremos Tribunais, que têm a responsabilidade da uniformização da jurisprudência e cujas posições se repercutem e são conhecidas na ordem jurídica em geral.

O A. começou por refutar as duas soluções extremas, seja a da direta aplicação da proibição de retroatividade às alterações ao nível da jurisprudência, seja a da renúncia pura e simples a essa aplicação. Em seu entender, “tanto a global intencionalidade normativa do direito criminal como o sentido da função jurisdicional no quadro dos poderes do

concreta e simplesmente como uma sua incondicional generalização; (iii) a fixidez ou inalterabilidade, a partir de 1961, dos assentos emitidos.

Estado impõem que a decisão jurídico-penal concreta seja aquela que o caso criminal decidendo em si mesmo (já normativo-materialmente, já teleológico-consequencialmente) justifique, e sem que lhe possam fazer absoluto impedimento anteriores e porventura diferentes orientações jurisprudenciais”.

Tal conclusão, prosseguia, não significava uma “capitulação” sem mais da exigência geral da não retroatividade criminal também no âmbito da jurisprudência. Deveria, isso sim, tentar-se conciliar o mérito daquela conclusão, no que a mesma tinha de irrenunciável, com a exigência não menos importante de uma tanto quanto possível exclusão da retroatividade concreta. Nessa “concordância prática”, destacou, entre outros aspetos, o ónus de contra-argumentação nas decisões que se afastem da jurisprudência estabilizada.

Concluindo: “o princípio *nullum crimen sine lege* não é suscetível de ser cumprido no seu sentido normativo essencial, que toca os valores capitais da juridicidade, só ao nível da legislação, nem bastará para tanto a estrita obediência legal do julgador; o seu cumprimento só é possível pela mobilização nessa intenção de todas as dimensões e de todas as instâncias do universo jurídico. Não é tarefa só do legislador ou só do juiz, é tarefa e responsabilidade de todo o pensamento jurídico”⁷⁰.

2.1.3.1.2. *Fernando José Pinto Bronze*

Ao debruçar-se sobre o princípio da independência judicial, enquanto princípio estruturante do Estado de Direito, Pinto Bronze afirma que “o juiz tem sempre, *nolens, volens*, uma necessária participação no processo constitutivo da juridicidade vigente, quando se ocupa da sua específica tarefa institucional, mesmo que possa utilizar, como critério da concreta decisão judicativa, uma norma pré-objetivada no sistema, em virtude da insuficiência intencional que esta última ineliminavelmente apresenta”. Por isso, para o A., a independência judicial é hoje “apenas o contrapólo da exigentíssima responsabilidade que ele (poder judicial) deve saber assumir”⁷¹.

⁷⁰ Cfr. A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 363-370 e 473.

⁷¹ Cfr. Fernando José Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, 361-362 (sobre as fontes do Direito, v. p. 683-746).

Num estudo especificamente dedicado à figura do precedente, Pinto Bronze começa por sublinhar como a mesma é, de certa forma, a marca identitária do sistema de *common law*⁷². Seguidamente, traça a história da doutrina do precedente, no Direito inglês. Assim, em 1673, o *Chief Justice* Vaughan propôs a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, a qual revela a decisiva força probatória dos precedentes e a relevância atribuída à fundamentação subjacente e à argumentação carreada. Com o aparecimento da *equity*, o precedente passou aí também a ser considerado, ainda que inicialmente em termos diferentes, ou seja, privilegiando a série de decisões jurisdicionais proferidas sobre um problema e não apenas a decisão judicial singular.

Até 1966, a *House of Lords* considerou-se vinculada pelos seus próprios precedentes. Só então, para além da segurança, se passou a reclamar a flexibilidade do Direito. Esta última implicava o apuramento da *ratio decidendi* vinculativa e a exata determinação do mérito jurídico dos casos em confronto. Tal concorreu para entrar em cena o expediente do *distinguishing*, isto é, a possibilidade de ser invocada a especificidade do caso para afastar a aplicação de um precedente. Em 1966, um *Practice Statement*, emanado na sequência das críticas da judicatura, libertou a *House of Lords* de uma vinculação estrita aos seus próprios precedentes. A segurança jurídica passou a ter de se articular com as exigências da justiça material.

O facto de, em 2009, o *Supreme Court* ter rendido a *House of Lords* na cúpula do sistema judiciário inglês não teve especiais consequências neste domínio. Contudo, a partir de 1987 começou a afirmar-se uma nova linha de argumentação, que veio pôr a tónica na proteção da confiança, a ter de ser apurada e cumprida perante o caso concreto. Já em 1972 os *Law Lords* haviam levado a um *obiter dictum* a menção

⁷² Foi também o precedente que Pinto Bronze escolheu, em 1982, para evidenciar, em termos ajustados, os limites e o sentido da oposição entre a *common law* e a *civil law*, no âmbito da sua reflexão macro comparativa dos dois sistemas, na qual concluiu que “hoje é tão impensável no Continente (como em Inglaterra) uma reflexão judicante divorciada de uma permanente atenção pelos factos do caso decidendo no seu circunstancialismo concreto e na sua específica relevância normativa, porquanto é este o elemento de todo decisivo na exata compreensão da sua *individualidade*, isto é, na valoração jurídica desse (irrepetível) problema que se põe ao *juízo* (*Urteil*) do julgador”. Cfr., do A., «*Continentalização*» do Direito Inglês ou «*Insularização*» do Direito Continental? (Proposta para uma Reflexão Macro-Comparativa do Problema), Coimbra, 1982, (Boletim da Faculdade de Direito: Suplemento 22), 202-203.

de que, no futuro, a propósito da questão controvertida, poderiam, em casos excepcionais, propor uma alteração ao nível da jurisprudência (*prospective overruling*). Em lugar da presença exclusiva do valor formal da segurança, esta passou a ter de se articular – numa “tensão dialética” – com a proteção da confiança, onde o cunho material é manifesto.

Concluída esta digressão pela história, Pinto Bronze procede a uma importante desmistificação do culto do precedente, figura que “só por si, não resolve nada”. Se os problemas postos e resolvidos se deixam tipificar ou seriar, a vida, que não se desenrola “em circuito fechado”, é sempre mais rica, encerrando uma mais ou menos alargada e ineliminável margem de novidade. Segundo o A., o jurista nunca deve abdicar de analisar e compreender cada problema na autonomia que o mesmo encerra. Mais adiante, citando São Tomás de Aquino, reconhece que ao problema está sempre inerente uma margem de indeterminação, que não pode ser descurada.

Em suma: “o sentido metodonomológico dos precedentes reconduz-se, afinal, à relevância que se lhes deva reconhecer no horizonte de um adequadamente recortado exercício judicativo-decisório. Um precedente não é um modelo que se nos imponha draconianamente, nem um apoio que seja legítimo ignorar sem mais, mas, isso sim, uma problematicamente inculcada experiência feita pela jurisdição, e entretanto integrada no *corpus iuris*, que importará revisitar crítico-reflexivamente (para a seguirmos, ou para a afastarmos) sempre que nos confrontemos com uma nova experiência problemática análoga. E, sendo assim, só uma rigorosamente – *i. e.*, só uma esclarecidamente – empreendida mediação judicativa poderá dizer-nos se devemos privilegiar a semelhança, ou a diferença, entre os *relata* de circunstância – e, portanto, só a aludida comparação (nos idos medievais insistia-se muito na nota de que *iudicare est componere...* – de que ajuizar é comparar...) permitirá fundamentar a conclusão de que o precedente eventualmente disponível é, em concreto, pertinente ou impertinente, e, consonantemente, invocável, ou não, como critério (co-)orientador, e parcialmente desonerador, do juízo decisório a proferir”⁷³.

⁷³ Cfr. Fernando José Pinto BRONZE, “O sentido metodonomológico do precedente”, BFD 95/2 (2019). Noutro estudo, o mesmo A. afirmou que a específica racionalidade da “mediação judicativa” não pode ser “dom do legislador” ou de qualquer outra instância, “porque é, afinal, tarefa do pensamento jurídico praxisticamente comprometido”. Cfr., do A., “Racionalidade e metodonomologia (nótula sobre os

2.1.3.1.3. José Lamego

Não abordando diretamente a questão da retroatividade da jurisprudência, José Lamego tece algumas considerações sobre o papel da jurisprudência consolidada que não podem deixar de ser aqui trazidas à colação. O A. começa por referir que, nos sistemas jurídicos europeus continentais, de matriz romano-germânica, a opinião prevalecente vai no sentido de a doutrina que promana das sentenças judiciais revestir força meramente persuasiva, isto é, de a jurisprudência dos tribunais não ser fonte do Direito. Mas, conforme reconhece o mesmo A., com tal afirmação genérica não fica resolvida a questão em todas as suas implicações.

Logo de seguida, afirma entender-se que sobre o juiz que rompe com uma tradição jurisprudencial consolidada recai um “ónus de argumentação” (*Argumentationslast*) que afaste a “presunção a favor dos precedentes” (*Präjudizienvermutung*), ou seja, a presunção (ilidível) de correção (*Richtigkeit*) da orientação jurisprudencial até aí prevalecente⁷⁴. Fala-se, a este propósito, de uma *auctoritas rerum similiter judicatarum*, a qual reduz a incerteza no processo de aplicação do Direito, como estabilização de expectativas e asseguramento das posições jurídicas subjetivas. O A. informa que, em vários dos seus acórdãos, o Tribunal Constitucional Federal alemão e o Tribunal do Trabalho Federal alemão consideraram como sendo a sua “*tarafa suprema*” assegurar a uniformidade e a continuidade da jurisprudência.

José Lamego prossegue explicando que, mesmo em tradições jurídicas mais propensas ao reconhecimento de um direito judicial supletivo da lei (*gesetzvertretendes Richterrecht*), como a alemã, o precedente judicial é tão-somente considerado como “fonte material”, isto é, um elemento que o juiz deverá levar em conta na elaboração da decisão, e não “fonte formal”, quer dizer, Direito formalmente válido

pólos e o sentido de uma relação de co-responsabilidade problemáticamente inucleada)”, in António Pedro Barbas HOMEM *et al.*, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Seminário Internacional* Coimbra: Almedina, 2009, 258-259.

⁷⁴ Em sentido contrário, mas sem razão, Stefan Vogenauer defende que esse “ónus de argumentação” não obteve acolhimento maioritário no pensamento jurídico moderno. Cfr., do A., “Rule of Precedent”, in Jürgen BASEDOW / Klaus J. HOPT / Reinhard ZIMMERMANN, ed. with Andreas Stier, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, reimpr. da 1.^a ed., de 2012, Oxford: Oxford University Press, 2014, 1305.

e vinculativo. Assim, ao contrário dos sistemas de *common law*, que são formados, basicamente, a partir dos precedentes judiciais – dos quais o juiz pode, todavia, distanciar-se com base nas técnicas do *distinguishing* e do *overruling* –, nos sistemas de *civil law*, europeus continentais, o precedente não tem valor jurídico formal.

Não obstante reiterar a tese de que a jurisprudência dos tribunais não é fonte do Direito, até porque a vinculação ao precedente judicial consubstanciaria a violação do princípio constitucional da independência dos tribunais (*non exemplis sed legibus iudicandum est*), José Lamago acrescenta, porém, não ser de menosprezar a autoridade ou força persuasiva da jurisprudência dos tribunais superiores (*höchstrichterliche Rechtsprechung*) na conformação do Direito vigente.

Por outro lado, segundo este A., devemos reconhecer a especificidade e, eventualmente, o caráter perturbador para a tese tradicional – que é a sua, segundo a qual a jurisprudência não é fonte do Direito – das sentenças do TC declarativas de inconstitucionalidade ou ilegalidade, que têm força obrigatória geral (cf. artigo 282.º, n.º 1, da CRP). Para o A., em bom rigor, o TC não é apenas um órgão jurisdicional: será um “legislador negativo” (Kelsen)⁷⁵ e as suas decisões que declarem, de

⁷⁵ Defendendo que os tribunais constitucionais europeus já há muitos anos abandonaram os parâmetros do legislador negativo, aos quais o pensamento kelseniano os tinha circunscrito, Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, *Sobre los límites del juez constitucional*, 2.ª ed., Puno, Perú: Zela, 2020, 104-106. Para este A., a finalidade do processo judicial não se esgota na resolução do conflito subjacente, antes inclui a obtenção da paz social, com justiça, e, no Estado constitucional, todo o juiz é um verdadeiro mediador, com bitolas jurídicas, na resolução de conflitos políticos, sociais ou económicos. A propósito, o A. cita o relevante papel dos tribunais norte-americanos na escolha do presidente no caso das eleições entre Bush e Gore. Espinosa-Saldaña refere, ainda, que os tribunais constitucionais emitem atualmente sentenças interpretativas, categoria que acolhe a distinção entre a disposição (o enunciado) e a norma (os sentidos que se podem retirar do enunciado). Dentro da mencionada categoria, o A. inclui (i) as sentenças exortativas, nas quais a jurisdição constitucional aponta para que os demais poderes do Estado atuem na direção que considera que se depreende do sentido normativo de alguma ou algumas disposição(ões) constitucional(ais), por forma a que a Constituição seja cumprida, (ii) as sentenças interpretativas em sentido estrito, que são aquelas que visam conduzir a atividade do legislador ou de outras entidades num determinado e muito concreto rumo, assinalando, por exemplo, os parâmetros que devem ser considerados na elaboração de uma nova lei, e (iii) as sentenças manipulativas, que pressupõem que o significado de um preceito é incompleto ou impreciso e cabe ao juiz constitucional esclarecê-lo. Entre estas últimas, temos as sentenças aditivas – que não eliminam uma disposição do ordenamento, antes

forma abstrata, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de uma norma eliminam essa norma, isto é, produzem alterações ao sistema jurídico.

Por último, José Lamego considera não serem menos complexas as questões levantadas pela jurisprudência do TJUE: o Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009, atribui ao Tribunal de Justiça um conjunto de competências no âmbito do “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” que obrigam a uma atenuação da tese tradicional de que a jurisprudência não é fonte do Direito⁷⁶.

2.1.3.1.4. José Manuel Aroso Linhares/Ana Margarida Gaudêncio

Aroso Linhares e Ana Margarida Gaudêncio entendem que a circunstância de, no ordenamento jurídico português, como é próprio dos sistemas da família romano-germânica, não vigorar a regra de *stare decisis*, não impede que se reconheçam os sinais de convergência com a *common law*, nem determina que se atribua um valor apenas persuasivo ao precedente judicial, uma mera força de facto, se não mesmo uma relevância exclusivamente sociológica. Esta última conclusão, segundo os AA., derivaria de um legalismo que está hoje, entre nós, ultrapassado, pelo menos no plano doutrinal, já que na via judiciária ainda poderá fazer o seu caminho, de forma silenciosa ou mais ou menos encapotada.

Os AA. fazem a contraposição entre, por um lado, os mecanismos atualmente existentes no plano do direito processual civil, penal e administrativo destinados a assegurar a estabilidade e a uniformização da jurisprudência, e, por outro lado, os antigos assentos, que qualificam como anómalos. Como característica comum apontam o facto de quer uns, quer outros terem subjacente um conflito jurisprudencial, entendido como a existência de duas ou mais decisões contraditórias sobre uma determinada questão de Direito, tiradas sob a mesma legislação. Destacam, contudo, as diferenças: enquanto os assentos produziam

lhe incorporam novos elementos, para assim obviar à sua inconstitucionalidade; as sentenças reductoras – as quais realizam a operação inversa, ou seja, para salvar uma norma da respetiva declaração de inconstitucionalidade deixam de lado alguns sentidos possíveis de serem dela retirados; e as sentenças substitutivas – que implicam o duplo exercício de incorporar e colocar de fora sentidos normativos para, dessa forma, garantir a sua interpretação conforme à Constituição ou circunscrever ao mínimo o âmbito da declaração de inconstitucionalidade.

⁷⁶ Cfr. José LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra: Almedina, 2016, 30-32. Entre outros contributos, o A. cita Bernd Rüthers e a sua menção a um “efeito normativo oculto” das sentenças dos tribunais superiores.

uma regra geral e abstrata, vinculativa *erga omnes* e destinada a ser aplicada em termos lógico-formais, agora o resultado traduz-se numa concreta decisão adjudicativa, inseparável do caso e do seu específico contexto de realização, a qual será mobilizável através da analogia.

É esta última decisão que constitui um julgamento prévio, um critério jurisdicional, a ser usado – no futuro – como exemplo ou modelo, sob pena de, se tal não acontecer, o respetivo desrespeito representar fundamento para recurso. A decisão em causa beneficia de uma presunção de justiça e de correção, correspondendo ao denominado precedente presuntivo. Quando um tribunal dela se pretender afastar, terá de fundamentar muito bem essa divergência.

No que se refere ao debate dogmático sobre a força normativa da jurisprudência, Aroso Linhares e Ana Margarida Gaudêncio identificam, entre nós, duas correntes. Uma primeira, mais legalista, assente nas normas iniciais do CC sobre as fontes do Direito e no princípio constitucional da independência dos tribunais, que se encontram apenas sujeitos à lei (artigo 203.º da CRP), por comparação com a submissão dos mesmos, no Direito alemão, à Lei e ao Direito (*Gesetz und Recht*). Segundo esta corrente, a jurisprudência era fonte do Direito quando emanava assentos e é-o, hoje, quando produz declarações *erga omnes* de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. Todas as outras manifestações jurisprudenciais têm apenas um peso persuasivo no plano dos factos, cujo maior ou menor grau depende da hierarquia do tribunal, da circunstância de ser jurisprudência uniformizada, de a decisão se inserir numa corrente jurisprudencial, ou do apoio que, porventura, a mesma obtenha da doutrina.

A segunda corrente, que merece o favor dos AA., situa-se na linha do pensamento de Castanheira Neves. O “direito dos juízes” é aprofundado repensando as seguintes vertentes: (i) o sistema jurídico e as perspetivas metodológicas, sendo aquele concebido como aberto, dinâmico, em permanente recomposição, precisamente por força, entre outros fatores, do papel da jurisprudência e dos princípios normativos, bem como de uma racionalidade jurídica assente na analogia; e (ii) a questão das fontes do Direito, quer pelo reconhecimento da dinâmica constitutiva que toda a experiência judicial encerra, quer através do tratamento, de forma integrada, dos contributos da jurisprudência e da doutrina. Quanto à eficácia temporal da mudança do Direito, Aroso Linhares e Ana Margarida Gaudêncio não consideram admissível, no nosso ordenamento jurídico,

o *prospective overruling*, em sentido próprio, mas admitem algumas alternativas afins, nomeadamente através do papel da doutrina na antecipação das mudanças de orientação da jurisprudência⁷⁷.

2.1.3.2. *Introdução ao Direito, direito civil e direito processual civil*

2.1.3.2.1. *António Agostinho Guedes*

Ao anotar a norma do n.º 3 do artigo 10.º do cc, António Agostinho Guedes refere que a mesma se funda num pressuposto de natureza metodológica, destinado a evitar a criação de descontinuidades no sistema e a salvaguardar o princípio da igualdade. Assim, como se pretende que a solução do caso omissis obedeça à metodologia usada para a resolução de outros casos, e como o sistema opera através da aplicação de normas abstratas a cada situação em concreto, então também no caso omissis a solução terá de ser mediatizada por uma norma, não obstante a sua utilização ficar circunscrita a um único processo.

Tal metodologia, prossegue o A., permite evitar uma solução dirigida apenas para o evento concreto, situação que traria consigo o perigo de o julgador decidir de acordo com a sua conceção de justiça, e não com a do legislador.

Para António Agostinho Guedes, o legislador instrui o juiz para decidir segundo o espírito do sistema, ou seja, em coerência com o conjunto de princípios que o fundamentam – e não com recurso à equidade, por exemplo. Mas o esforço empreendido pelo tribunal na conceção de uma norma irá obrigá-lo a separar aquilo que é juridicamente relevante na questão jurídica que o caso coloca, isto é, o julgador terá de encontrar a solução justa para aquela situação e também para os casos juridicamente semelhantes, ficando obrigado a um esforço de abstração.

⁷⁷ Cfr. José Manuel Aroso LINHARES / Ana Margarida GAUDÊNCIO, “The Portuguese experience of judge-made law and the possibility of prospective intentions and effects”, in Eva STEINER, *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Heidelberg etc.: Springer, 2015. V. também Ana Margarida GAUDÊNCIO, “Correctness and rationality as presumptions of bindingness in adjudication: on the methodological relevance of judicial precedents and dogmatic models in European civil law and common law systems”, in J. M. Aroso LINHARES / Ana Margarida GAUDÊNCIO / Inês Fernandes GODINHO, *Jurists’ Law and European Identity: Dogmatic-Institutional, Methodological and Legal-Philosophical Problems* (ed.), Coimbra: Instituto Jurídico, 2018.

Este A. sublinha, ainda, que também a identificação dos factos relevantes deverá ter por horizonte o espírito do sistema, pois a atribuição de relevância jurídica a um determinado evento corresponde igualmente a uma decisão orientada normativamente e não pode ser desligada daquilo que se pretende que seja a solução do caso segundo um critério de justiça. Concluindo, o A. afirma que o conjunto de operações em apreço irá traduzir-se numa norma, geral e abstrata, concebida como se tivesse sido o legislador a elaborá-la, mas que será aplicada apenas à situação do litígio⁷⁸.

2.1.3.2.2. João Baptista Machado

O “direito judiciário” (de formação jurisprudencial) foi explicado por Baptista Machado como uma consequência do papel do jurista nos sistemas normativos “abertos”, isto é, construídos sobre conceitos indeterminados e cláusulas gerais, como sucede, por exemplo, no direito do trabalho e no direito da concorrência. Enquanto nos domínios jurídicos “fechados” o jurista procura fundamentalmente “enquadrar” no sistema o caso a decidir, nos outros domínios o julgador utiliza aquelas aberturas ou “lacunas” do sistema para configurar o caso como que “fora do sistema”, atendendo às particularidades daquele, fazendo, assim, evoluir o Direito.

Para o A., era inegável que, em certos domínios do Direito substantivo, “a atividade judicial constitui um ponto de referência implícito ou explícito da própria regulamentação legal”. Tal confirma a ideia de que a legislação “por princípios”, diretivas ou cláusulas gerais não constitui um mero “acidente”, antes representa uma componente estrutural do sistema jurídico. Baptista Machado considerava que o jurista devia ser um agente ativo do Direito.

Este A. deu um contributo muito relevante para a compreensão das fontes do Direito, entre nós, ao demonstrar como a questão não é suscetível de uma resposta precativa pelo próprio sistema jurídico positivo. Pelo contrário, o problema escapa à sua capacidade regulamentadora. Com efeito, mesmo em relação às normas que autoritariamente decidem quais são as fontes do Direito que o sistema reconhece, cabe perguntar qual a respetiva fonte de juridicidade. Como as normas

⁷⁸ Cfr. António Agostinho GUEDES, “Anotação ao art. 10.º do Código Civil”, in Luís Carvalho FERNANDES / José Brandão PROENÇA, coord., *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, 53-54.

sobre fontes são também elas o resultado de uma decisão legislativa, na dogmática positivista das fontes a validade jurídica acaba por se fundar, em última análise, num facto, o que é inadmissível. Num ilustrativo exemplo, o A. rejeitou a legitimidade e a validade de uma decisão emanada da “vontade da maioria” no sentido do fim do regime democrático.

O legislador está, portanto, limitado por princípios fundamentais de Direito, mormente a postulação vinculante da Justiça, aos quais remonta o fundamento último da validade das normas jurídicas, sendo inviável a pretensão de ser o legislador a definir taxativamente as fontes do Direito. Este último nunca se encontra, por inteiro, na livre disponibilidade do poder político, não depende da vontade arbitrária de uma qualquer maioria, ainda que democrática.

Na nossa ordem jurídica, as decisões dos tribunais só têm força vinculativa nos limites do caso julgado, as respetivas *rationes decidendi* não ficam a vincular, como se fossem normas gerais, outros tribunais para diferentes casos concretos análogos. Exceto o caso dos assentos – que ainda não haviam sido abolidos no tempo em que Baptista Machado se debruçou sobre a matéria –, os quais o A. apelidou de verdadeiras fontes mediatas do Direito, e não simples jurisprudência obrigatória. Podiam ser uma fonte interpretativa, caso se limitassem a fixar o sentido de uma certa norma de alcance ambíguo, ou uma fonte inovadora, quando preenchiam uma lacuna do sistema jurídico.

A ausência da regra do precedente, no nosso Direito, não impediu o A. de reconhecer o peso efetivo das decisões dos tribunais superiores na atividade jurisdicional posterior, bem como a já referenciada intervenção “criadora” do Direito no caso concreto por parte dos tribunais. Sobretudo no domínio da “concretização” das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados e no domínio do desenvolvimento do Direito *praeter legem* (lacunas), casos em que este A. afirmou mesmo que a jurisprudência assumia o papel de um “legislador complementar”.

Ainda segundo Baptista Machado, o Direito realiza “duas funções diferentes, tendencialmente antinómicas: uma função estabilizadora, capaz de garantir a continuidade da vida social e os direitos e expectativas legítimas das pessoas, e uma função dinamizadora e modeladora, capaz de ajustar a ordem estabelecida à evolução social e de promover mesmo esta evolução num determinado sentido”. De acordo com o A., nas Constituições modernas, como a nossa, o princípio da não

retroatividade não tem força de princípio constitucional, senão no domínio do direito penal.

A terminar, temos que Baptista Machado reconduziu as bases ou fundamentos do Direito transitório a dois princípios fundamentais: (i) o princípio da não retroatividade, que definia o âmbito de eficácia da lei nova e, correlativamente, o âmbito de eficácia da lei antiga; e, complementarmente, (ii) o princípio do reconhecimento e do respeito dos direitos adquiridos ou das situações jurídicas preexistentes, através do qual se procedia ao reconhecimento dos efeitos de direito produzidos à sombra da lei antiga pelos factos passados⁷⁹.

2.1.3.2.3. Diogo Freitas do Amaral

Freitas do Amaral identificou uma das fortes causas da séria crise da Justiça que se vive atualmente em Portugal “na mais desconcertante incerteza em que vivem os cidadãos em geral, e os juristas em particular, como consequência da falta de uma jurisprudência uniforme no âmbito do nosso Poder Judicial e, em especial, ao nível dos tribunais de 2.^a instância e dos Supremos Tribunais”.

Noutro passo, afirmou que a prática forense demonstra serem constantes e repetidas as rebeldias dos tribunais de segunda instância e de primeira instância contra os AUJ do STJ. Acrescentando que o efeito persuasivo dos AUJ de pouco ou nada vale contra o espírito fortemente individualista e indisciplinado dos nossos juízes.

No entender deste A., os mecanismos destinados a promover a uniformização da jurisprudência, no âmbito do processo civil e do processo penal, para colmatar o vazio criado pela abolição dos assentos, constituem meros paliativos, que não resolvem a questão de fundo. Muito crítico da eliminação dos assentos, não deixou de preconizar a necessidade de o instituto ser recuperado.

⁷⁹ Cfr. João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 119-120, 153-157, 160-161, 162-163 e 219-231, bem como, quanto ao direito transitório, IDEM, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis (Limites das leis e conflito de leis)*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1998, 21-22, 85 e 152. Não obstante, por vezes, referir como que indiferenciadamente o princípio da não retroatividade e o princípio da «não-retroconexão», o A., ao definir o conceito de retroatividade, entendia que a mesma não consistia só na aplicação de uma lei nova a factos passados (*retroconexão*), mas também abrangia o desrespeito, ainda que só para o futuro, do *statu quo* das situações jurídicas preexistentes.

Trata-se de um A. que, na linha da Constituição da República Portuguesa e dos desenvolvimentos dados à matéria por Oliveira Ascensão e por Baptista Machado, veio propor uma renovação integral da teoria das fontes do Direito, tendo feito a crítica da denominada teoria clássica das fontes do Direito, consagrada pelo Código Civil, sentindo-se autorizado a indicar, com pretensões de exclusividade, quais as fontes do Direito admissíveis, assim como consagrou a lei, solenemente, como a principal fonte imediata do Direito.

Freitas do Amaral multidimensional. Segundo afirmou, uma teoria moderna e atualizada das fontes do Direito não pode limitar-se ao direito interno, nem a um sector do ordenamento jurídico, nem estar imbuída de uma pré-compreensão estatista, ou ter uma abordagem localizada do problema, nem, por último, circunscrever-se às fontes do Direito escrito em textos impressos.

Nas suas palavras, “a nova teoria das fontes do Direito que cumpre elaborar tem de assentar na totalidade da ordem jurídica, baseada na multiplicidade dos tipos de sociedades humanas e no conseqüente pluralismo dos seus ordenamentos jurídicos, focalizada numa perspectiva universalista, e atenta às variadas formas, escritas e orais, que o Direito pode assumir e realmente assume”.

Quanto ao direito estadual, não havia que permanecer agarrado à conceção setecentista de uma separação absoluta entre os poderes legislativo, executivo e judicial, antes se devendo aceitar como normal que esses poderes, no exercício das suas funções próprias, tanto possam praticar atos normativos como tomar decisões individuais e concretas.

Com efeito, na atualidade, o poder legislativo não faz apenas leis gerais e abstratas, também aprova leis individuais e leis-medida (concretas); o poder executivo não toma só decisões individuais e concretas, também elabora regulamentos gerais e abstratos; e o poder judicial não se reduz a decidir casos concretos, por sentença com eficácia limitada à questão em julgamento, pois pode proferir decisões com força obrigatória geral, que são verdadeiros atos normativos judiciais.

No que se refere à questão de a jurisprudência ser, ou não, fonte do Direito, Freitas do Amaral adotou a conceção segundo a qual a mesma não é, na generalidade dos casos, fonte do Direito, sendo-o, contudo, em certas hipóteses especiais e bem definidas: (i) nos casos em que os tribunais profiram decisões dotadas de força obrigatória geral; e (ii) nos casos em que os tribunais profiram decisões que constituam correntes

uniformes de interpretação ou integração de uma mesma norma jurídica.

Mais em detalhe: (i) nas decisões judiciais com força obrigatória geral que declarem a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de uma determinada norma, a jurisprudência assume caráter inovador e criativo, sendo uma fonte *juris essendi*; (ii) nas decisões judiciais com força obrigatória geral que uniformizem o modo de interpretação de uma norma, optando entre dois ou mais entendimentos, a jurisprudência limita-se a revelar o Direito já existente, nas vestes de fonte *juris cognoscendi*; (iii) nas decisões judiciais com força obrigatória geral que uniformizem o modo de integração de uma lacuna, há verdadeira criação de Direito, logo, a jurisprudência assume-se como fonte *juris essendi*; e (iv) relativamente às correntes jurisprudenciais, se forem meramente interpretativas, são fontes *juris cognoscendi*, se integradoras e, portanto, criadoras, serão fontes *juris essendi*.

Freitas do Amaral esclarece, no que respeita às correntes jurisprudenciais uniformes, que não estamos perante a vinculação a um precedente, mas sim diante de um fenómeno *sui generis*, de adesão intelectual de uns juizes aos argumentos de outros. É este o traço distintivo da jurisprudência como fonte do Direito na modalidade em apreço: adesão e continuidade. Cada juiz terá o dever jurídico, ainda que imperfeito, de contribuir para a formação e manutenção de uma jurisprudência uniforme, sem prejuízo da possibilidade de mutações ou reviravoltas, como sucede com outras fontes do Direito⁸⁰.

2.1.3.2.4. Manuel Fontaine Campos

Na sua anotação ao artigo 8.º do CC, concretamente à norma do n.º 3, Manuel Fontaine Campos escreve que quando um preceito legal já foi aplicado noutras ocasiões pelos tribunais, embora essas decisões judiciais anteriores não vinculem o julgador – por não vigorar, entre nós, o sistema do *stare decisis*, típico da *common law* –, as mesmas devem ser tidas em conta na decisão que o juiz proferir.

Segundo este A., o propósito é garantir que o sistema jurídico, tal como aplicado, se aproxime, tanto quanto possível, de um paradigma

⁸⁰ Cfr. Diogo Freitas do AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, 465, 355-371 e 445-481. Anteriormente, IDEM, “Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil”, *Themis* 1/1 (2000).

de objetividade. Procura-se que não sejam as concepções subjetivas de cada julgador, em concreto, a determinar a interpretação e a aplicação das normas jurídicas. Desta forma, garante-se o respeito pelo princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º, n.º 1, da CRP, bem como a segurança indispensável ao bom funcionamento do sistema jurídico. No mesmo sentido, a hierarquia “ascendente” que caracteriza a organização judicial contribui, através da decisão dos recursos, em última instância, pelos tribunais superiores, para garantir a referida uniformidade na interpretação e na aplicação do Direito. Existem, aliás, mecanismos – próprios dos processos civil, penal e administrativo – que visam garantir a uniformização de jurisprudência pelo STJ ou pelo STA.

O A. acrescenta que, no entanto, apenas devem ser tratados do mesmo modo os casos que mereçam tratamento análogo. O julgador pode e deve, conseqüentemente, afastar-se das correntes jurisprudenciais estabelecidas quando considere que o caso que vai julgar é diferente dos anteriores e que, portanto, em obediência ao princípio da igualdade, entendida no seu sentido material, deve ser julgado de forma diferente, na medida da referida diferença. Nestas situações, a exigência de justiça prevalece sobre a necessidade de segurança jurídica⁸¹.

2.1.3.2.5. Marcelo Rebelo de Sousa/Sofia Galvão

Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão entendem que o ato legislativo não se define só pelo órgão que o elabora, pelo procedimento adotado e pela forma revestida, mas também por ter conteúdo político, contendo opções ou escolhas coletivas efetuadas com uma liberdade só limitada pela Constituição.

Por outro lado, segundo os mesmos AA., ao contrário da definição de lei do artigo 1.º, n.º 2, do CC, nos termos do qual se consideram leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes, a generalidade e a abstração são constitucionalmente exigidas apenas para as leis relativas a direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 3, da CRP). Assim, no nosso ordenamento jurídico são múltiplas as denominadas leis-medida, isto é, leis dirigidas a regiões, a categorias de cidadãos ou de grupos sociais.

⁸¹ Cfr. Manuel Fontaine CAMPOS, “Anotação ao art. 8.º do Código Civil”, in *Comentário ao Código Civil: Parte Geral* Luís Carvalho FERNANDES / José Brandão PROENÇA, coord., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, 44-45.

Na denominada pirâmide normativa, os AA. colocam os atos legislativos acima dos atos jurisdicionais, sendo estes últimos condicionados pelos primeiros⁸². A lei ocupa o lugar primordial entre as fontes do Direito, encontrando-se-lhe a jurisprudência claramente subordinada. Para o que designam como a linha de pensamento, entre nós, tradicionalmente dominante, os tribunais não criam regras de Direito.

Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão consideram, contudo, que o exercício da função jurisdicional cria Direito, não se limitando a aplicá-lo. Ao julgarem os casos concretos que são chamados a decidir, ao interpretarem ou integrarem as lacunas da lei, os juízes estão a valorar e a construir a solução, produzindo Direito objetivo. Como atos jurisdicionais normativos, dotados de generalidade e abstração, e unanimemente reconhecidos como criadores de Direito, os AA. indicam os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional.

No que se refere à integração de lacunas e, em particular, à norma do n.º 3 do artigo 10.º do CC, os AA. reconhecem que lhe preside uma orientação generalizadora e objetivista, mas numa formulação virtual: o intérprete não cria qualquer norma, não faz nenhuma lei. Apenas indica, no quadro do sistema, a norma que seria adequada à disciplina em falta e aplica-a ao caso concreto. Uma vez efetuada a integração, a lacuna mantém-se, tendo, no futuro, de se cumprir, de novo, o citado artigo 10.º, n.º 3⁸³.

2.1.3.2.6. António Menezes Cordeiro

Menezes Cordeiro refere que os direitos de conflitos – o direito transitório, relativo aos conflitos no tempo, e o direito internacional privado, para os conflitos no espaço – têm técnicas próprias e uma cultura diferenciada, mas, quer em termos históricos, quer em termos dogmáticos, integram aquilo que designa como a grande galáxia do direito civil.

Nesta matéria, aos dois princípios de direito transitório afirmados por Baptista Machado como constituindo a base do sistema vigente – o

⁸² Num trabalho anterior, Marcelo Rebelo de Sousa, embora não deixasse de reconhecer que a função jurisdicional “é tanto intelectual quanto volitiva”, qualificava-a como uma função dependente, secundária e subordinada à função legislativa. Cfr., do A., *O Valor Jurídico do Ato Inconstitucional*, Lisboa, 1988, 316-327.

⁸³ Cfr. Marcelo Rebelo de SOUSA / Sofia GALVÃO – *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª ed., Lisboa: Lex, 2000, 45-47, 311, 85-86 e 139-142.

princípio da não retroatividade e o princípio do reconhecimento e do respeito dos direitos adquiridos ou das situações jurídicas preexistentes – acrescentou, como terceiro princípio, a articular com os anteriores, o da aplicação imediata da lei nova.

Em sede de fontes do Direito, este A. reconhece que o Direito surge apenas na decisão concreta e valoriza a estabilidade da jurisprudência: a lei é igual para todos, mas este princípio de nada servirá se ela for aplicada diferentemente, de caso para caso. Perante inversões jurisprudenciais, a decisão final torna-se imprevisível.

Conforme anteriormente se deu nota, Menezes Cordeiro revela estar consciente da grande instabilidade da nossa jurisprudência e aponta-lhe três tipos de causas: culturais – uma concepção individualista, no caso, por parte dos magistrados, das suas funções e poderes, levando demasiado à letra o dever de julgar com independência; científico-pedagógicas – algum facilitismo docente e doutrinário, atento o número de Faculdades de Direito, do qual resulta a ideia de tudo ser defensável; e materiais – falta de tempo e de outras condições para os magistrados estudarem os assuntos como os mesmos mereciam.

Este A. realça o contributo dos assentos, instituto tão característico da nossa tradição jurídica, para a uniformização da jurisprudência e critica a sua revogação. Para além dos acórdãos uniformizadores, identifica três tipos de jurisprudência com relevo na descoberta ou na fixação de normas jurídicas: a jurisprudência ilustrativa, a jurisprudência exemplar e a jurisprudência constante.

A jurisprudência ilustrativa corresponde à utilização de decisões judiciais para explicar matéria jurídica. Tal começa a ser cada vez mais comum nos manuais académicos e a referida utilização acaba por modelar o pensamento dos operadores jurídicos, interferindo nos seus pré-entendimentos. Isto para além de permitir a analogia. Não sendo, em rigor, fonte do Direito, a jurisprudência ilustrativa contribui para a decisão do caso e, eventualmente, para a formação de uma regra jurídica.

Por seu turno, a jurisprudência exemplar reporta-se a decisões particularmente adequadas aos casos que resolveram, seja por se encontrarem bem construídas e documentadas, seja por terem esclarecido normas ou institutos cujas interconexões não estavam claras ou causavam dificuldades de entendimento, seja ainda por se tratar da primeira decisão judicial sobre uma questão particularmente difícil. São elevadas,

pela comunidade jurídica, a modelos de decisão a serem seguidos, não obstante não revelarem propriamente normas e não serem obrigatórias.

Por último, a jurisprudência constante forma-se de uma série de decisões que sufragam a mesma orientação e se prolongam no tempo. Normalmente – mas não necessariamente – essa sequência tem, no início, uma decisão exemplar. Na prática, pode levar a que as novas decisões se limitem a remeter para as anteriores, sem necessidade de tudo reproduzir e deixando a lei de ser referida. Caso venha a ser considerada vinculativa pelos aplicadores do Direito, forma-se um costume jurisprudencial. Não havendo costume, a jurisprudência constante funciona como fonte do Direito, em termos de facto, pois permite apurar normas jurídicas, sem prejuízo de, em qualquer altura, poder mudar.

Menezes Cordeiro entende que (i) a jurisprudência uniformizada conduz à formação de normas jurídicas, apesar de processualmente enfraquecidas, dada a possibilidade de recursos processuais *hostis*, sendo, por isso, uma fonte do Direito; (ii) a jurisprudência comum, quando exemplar ou constante, permite conhecer normas jurídicas, só que não as formula, com consistência prescritiva – é fonte auxiliar do Direito.

Em jeito de conclusão, o A. afirma que “a consistência de tudo isto depende da capacidade de os juízes aderirem, livre e conscientemente, às linhas de decisão fixadas por eles próprios e pelos tribunais superiores. Só em casos muito bem ponderados e sem que os efeitos desestabilizadores das mudanças jurisprudenciais deixem, também, de ser tidos em conta, se deverá optar pela quebra da jurisprudência já fixada. Mesmo discordando doutrinariamente, o bom juiz terá a coragem de subscrever a orientação dos seus pares, salvo os tais casos extraordinários”⁸⁴.

2.1.3.2.7. Miguel Nogueira de Brito

Ao analisar a questão de saber se a jurisprudência é fonte do Direito, Miguel Nogueira de Brito coloca a pergunta: “quando decide o caso, o juiz baseia-se de algum modo num critério normativo que vincula apenas as partes no processo, ou transcende os limites do caso concreto, apresentando-se o mesmo critério como juridicamente vinculativo para todos os casos semelhantes?” O A. exemplifica: sempre que aplica a norma legal que estabelece os dezoito anos como a idade

⁸⁴ Cfr. *Tratado de Direito Civil*, vol. I, 352, 851-852 e 614-667.

em que se adquire a maioria, o juiz limita-se a efetuar uma simples verificação de facto, não sendo, por isso, tal sentença fonte do Direito; diversamente, ao decidir sobre a interdição de alguém, o juiz pratica um ato de avaliação e, nessa medida, acrescenta algo à lei, tornando-a mais precisa. São estas as decisões judiciais relativamente às quais cabe referir a jurisprudência como fonte do Direito⁸⁵.

Este A. esclarece igualmente que discutir a jurisprudência enquanto fonte do Direito corresponde a ponderar se uma questão de direito decidida por um tribunal num caso concreto constitui, de alguma forma, um precedente que possa ser invocado ao decidir-se a mesma questão no futuro. Segundo o A., o que está em causa não é propriamente a decisão judicial, mas sim a máxima que dela pode ser retirada.

Miguel Nogueira de Brito passa, então, em revista as principais correntes doutrinárias sobre a matéria. Em primeiro lugar, a tese do juiz automático, que considera hoje pacificamente ultrapassada, desde logo pela cada vez maior necessidade de preenchimento, pelo juiz, de conceitos indeterminados, muitas vezes até com cunho valorativo. Depois, a denominada tese negativa reelaborada, segundo a qual considerar a jurisprudência como fonte do Direito seria contrário ao princípio constitucional da separação de poderes. O A. contrapõe-lhe a necessária aplicação do direito *praeter legem* e, ainda, que, quando da decisão judicial se pode retirar uma diretriz para a resolução de casos ulteriores semelhantes, o tribunal não atua como um legislador, antes se limita a proferir uma decisão concreta e individual.

No extremo oposto, o A. indica a tese de que só a jurisprudência é verdadeira fonte do Direito, característica da escola realista norte-americana, posição que rejeita, porque a considera contrária à nossa experiência prática, em que muitos casos são julgados sem

⁸⁵ Os institutos da interdição e da inabilitação foram eliminados pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, a qual criou, em sua substituição, o regime do maior acompanhado. A atual redação do artigo 138.º do CC – “O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código” – permite o mesmo tipo de raciocínio. Ou seja, em lugar de avaliar se a pessoa visada, atenta a situação de facto em que se encontra, tem capacidade para se governar a si mesma e aos seus bens, o tribunal tem de decidir se a pessoa em questão, não obstante os condicionamentos de facto que a afetam, consegue exercer os seus direitos e cumprir os seus deveres, de forma plena, pessoal e consciente.

dificuldade com base na lei, sendo esta última também uma forma eficaz de orientar os comportamentos individuais, sem necessidade de recurso a tribunal.

Miguel Nogueira de Brito rejeita, seguidamente, o costume jurisprudencial, pois “atribuir eficácia consuetudinária à aplicação judicial da lei equivaleria, na hipótese de essa aplicação contrariar o sentido da própria lei, a aceitar a revogação da lei pela decisão do tribunal, assim pondo em causa o próprio estatuto constitucional do poder judicial. Por outras palavras, estar-se-ia a atribuir uma validade equivalente à lei a interpretações judiciais deficientes ou incorretas da própria lei que, com base na sua consolidação por via consuetudinária, se tornariam imunes à necessária correção. Nesta medida, pôr-se-ia diretamente em causa um dos aspetos essenciais da jurisprudência, que consiste na sua regeneração constante, na procura da melhor solução para os casos concretos”.

Para o A., não se afigura igualmente correto aproximar a jurisprudência da lei, imputando a esta última a normatividade própria das decisões dos tribunais. Quer, como é próprio da já mencionada escola realista norte-americana, através da tese da *law in action*, enquanto desenvolvimento integrante do direito legal, o que deixa na sombra o contributo característico da jurisprudência em relação à lei na constituição do direito. Quer através da afirmação de que as decisões judiciais são fontes do Direito quando revestirem força obrigatória geral, como sucede relativamente a decisões do TC e do STA e sucedeu, no passado, no caso dos assentos do STJ. Isto porque tal corresponde a afirmar a jurisprudência como uma fonte do Direito subordinada, dependente do que a lei dispuser a esse respeito, e desprovida de especificidade no seu contributo para a constituição da normatividade jurídica.

Por último, Miguel Nogueira de Brito analisa a tese da normatividade da jurisprudência como precedente. A partir do ensino de Castanheira Neves, o A. distingue entre: (i) o precedente persuasivo, decorrente da autoridade própria dos tribunais supremos, mas em que não há verdadeiramente uma vinculatividade jurídica; (ii) o precedente presuntivo, baseado na igualdade de tratamento, na segurança jurídica e na imparcialidade, bem como tendo associado o ónus de fundamentação a cargo de quem se queira afastar de solução jurídica sustentada por um precedente, tese que acaba por ser uma mera proposta, sem verdadeiramente enquadrar a jurisprudência em sede das fontes do

Direito; *(iii)* o precedente estrito, ainda que delimitado às situações em que as “normas do caso” se constituem para além da lei (por exemplo, integração de lacunas e preenchimento de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais), algo que é incompatível com o modo de vinculação da decisão judicial à lei num sistema de tipo continental como o nosso; e *(iv)* o precedente subsidiário, também circunscrito às decisões obtidas para além da letra da lei, e fundamentado nos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da proteção da confiança. Basicamente, trata-se de reconhecer às partes num processo judicial a expectativa de que o seu caso será resolvido nos mesmos termos em que o foram casos semelhantes no passado.

A terminar, o A. dá nota de que a doutrina do precedente subsidiário terá sido acolhida na decisão do TEDH de 30 de julho de 2015 (caso *Ferreira Santos Pardal contra Portugal*) (Proc. n.º 30123/10). Não obstante haver reconhecido que as divergências jurisprudenciais são inerentes a qualquer sistema judiciário, não se podendo afirmar um direito adquirido das partes à jurisprudência constante, o TEDH concluiu que o facto de o STJ se haver afastado, no caso em apreço, da sua jurisprudência consolidada – que admitia a suficiência do artigo 22.º da CRP para fundamentar a responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional e que foi mais tarde retomada pelo mesmo STJ – contrariava o disposto no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH quanto à garantia do processo equitativo e da segurança jurídica. Assim, no que concerne à modificação de jurisprudência constante com efeitos retroativos, “parece possível invocar que a nova manifestação do entendimento judicial apenas deverá incidir sobre factos ocorridos após o seu conhecimento, pelo menos se for possível invocar o conhecimento pelo interessado da orientação jurisprudencial anterior e não existir uma alteração dos elementos essenciais da situação de facto em relação a decisões abrangidas em tal orientação, sob pena de violação do princípio da proteção da confiança”⁸⁶.

2.1.3.2.8. José de Oliveira Ascensão

Para Oliveira Ascensão, a decisão judicial é um facto, tal como um contrato ou um ato legislativo. Mas a decisão baseia-se quase sempre

⁸⁶ Cfr. Miguel Nogueira de BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa: AAF-DL, 2017, 136-153 e 397-399.

num critério normativo, devendo o juiz decidir numa perspetiva generalizadora. Como é próprio do sistema romanístico, no nosso Direito: (i) os tribunais superiores não têm de julgar conforme o fizeram juízos inferiores; (ii) os juízes não têm de decidir nos mesmos termos em que decidiram já juízes de idêntico nível hierárquico; (iii) os juízes não têm de julgar consoante o fizeram no passado; e (iv) os órgãos judiciais inferiores não têm de julgar conforme o fizeram já tribunais superiores.

A hierarquia judiciária distingue-se da hierarquia administrativa, pois não comporta o poder de os superiores darem ordens aos inferiores. Pelo contrário, vigora o princípio da independência da magistratura judicial, tendo os juízes de decidir segundo a Constituição e a lei. Em caso de recurso, com baixa do processo, o juízo inferior não pode afastar-se do que foi estabelecido pelo tribunal superior, sob pena de se frustrar a garantia do recurso. Porém, se se suscitar um novo caso da mesma índole, o juiz pode voltar a julgar de modo diverso. Atento o exposto, o A. conclui que, em regra, a jurisprudência não é fonte do Direito. A máxima de decisão, em que se fundamenta a sentença, não vale como regra jurídica, a ter de ser observada noutras situações.

Seguidamente, Oliveira Ascensão tece algumas considerações de natureza sociológica. Em Portugal, o papel da jurisprudência é significativo. Por exemplo, muitas das soluções consideradas assentes, nos últimos tempos de vigência do Código de Seabra, resultavam mais da jurisprudência do que do mencionado Código, ao qual formalmente se referiam. Só que a relevância prática da jurisprudência nunca terá sido, entre nós, tão grande como noutros países. De acordo com o A., para tal terá contribuído um certo alheamento da doutrina em relação à vida judiciária, bem como o individualismo dos julgadores, os quais têm dificultado a criação de correntes jurisprudenciais estáveis. A publicação de novos Códigos também diminui o papel da jurisprudência.

São dois os casos em que Oliveira Ascensão eleva a jurisprudência à categoria de fonte do Direito: o costume jurisprudencial e os acórdãos com força obrigatória geral. No caso da jurisprudência uniformizada, este A. conclui não existir precedente vinculativo que transforme a jurisprudência em fonte do Direito. Os elementos característicos do referido costume jurisprudencial são: (i) o uso, a ter de existir por parte dos tribunais, não dos interessados diretos; (ii) a convicção de obrigatoriedade, aqui já quer dos juízes, quer dos interessados; e (iii) a contraposição à jurisprudência constante, não só pela mencionada convicção

de obrigatoriedade, como também pela necessidade de se reunir um número significativo de decisões e uma persistência considerável na orientação, ao contrário da jurisprudência constante, em que basta que os casos, independentemente do seu número, sejam resolvidos uniformemente, mesmo que a orientação não tenha ainda durado muito tempo. Os acórdãos com força obrigatória geral, nomeadamente os do TC (artigo 281.º, n.ºs 1 e 3, da CRP), cedo mereceram a atenção de Oliveira Ascensão, enquanto fontes do Direito, sendo por si qualificados como jurisprudência e não como lei⁸⁷.

2.1.3.2.9. Paulo Mota Pinto

Num estudo sobre a jurisprudência do TC relativa ao princípio da proteção da confiança, com especial enfoque na denominada “jurisprudência da crise”, Paulo Mota Pinto afirma, logo no início, que uma das funções essenciais do ordenamento jurídico é assegurar expectativas, para dessa forma dar estabilidade e previsibilidade à vida das pessoas. É o Direito a exercer o seu papel na “redução da complexidade” social.

O A. distingue, em seguida, entre, por um lado, essa confiança geral, assegurada pelo Direito, e a confiança coletiva que é fundamento da ordem jurídico-constitucional, e, por outro lado, o princípio da proteção da confiança, consagrado na Constituição, “referido à proteção de *situações de confiança* de sujeitos (ou grupos) *concretos e determinados*”.

Paulo Mota Pinto passa depois em revista a jurisprudência do TC sobre a matéria, analisando de forma detalhada a “jurisprudência da crise”, que corresponde aos acórdãos proferidos em fiscalização abstrata de constitucionalidade sobre medidas legislativas aprovadas em consequência da crise económica e financeira que o nosso país viveu a partir de 2009 (Acórdãos n.ºs 399/2010, 396/2011, 353/2012, 187/2013, 474/2013, 602/2013, 794/2013 e 862/2013⁸⁸).

⁸⁷ Cfr. José de Oliveira ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 318-331. V. também, do A., “Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fontes do direito”, in Jorge MIRANDA, org., *Nos Dez Anos da Constituição* Lisboa: INCM, 1986.

⁸⁸ Acórdãos do TC n.ºs 399/2010, de 27 de outubro de 2010 (Ana Guerra Martins) (Proc. n.º 523/10); 396/2011, de 21 de setembro de 2011 (Joaquim de Sousa Ribeiro) (Proc. n.º 72/11); 353/2012, de 5 de julho de 2012 (João Cura Mariano) (Proc. n.º 40/12); 187/2013, de 5 de abril de 2013 (Carlos Fernandes Cadilha) (Proc.

Feita essa análise, refere que a confiança é um parâmetro não positivado no texto constitucional, mas que se pode deduzir da garantia de segurança jurídica que a ideia e o princípio de Estado de Direito necessariamente comportam, sendo, contudo, um parâmetro “*difícil e fluido*”.

Para este A., a “proteção da confiança deve ser vista como uma *proteção subjetiva* – isto é, de sujeitos individualizados ou individualizáveis –, e não como uma *condição objetiva da ordem jurídica*”. Em seu entender, “só faz sentido a proteção da confiança quando alguém *deposita confiança* numa hipótese ou situação suscetível de a despertar”. Assim se distingue o princípio da proteção da confiança da segurança jurídica e da garantia de continuidade ou de estabilidade dela resultante, que são garantias puramente objetivas, também decorrentes do princípio do Estado de Direito.

Adicionalmente, a proteção da confiança exige um “investimento de confiança”, ou seja, que os sujeitos que confiaram tenham, por causa disso, realizado despesas ou planos ou orientado as suas vidas num determinado sentido. Quer no direito privado, quer no direito público, prosseguindo com o A., a proteção da confiança depara com o limite intrínseco de não existir, nem poder existir, sob pena de artificialidade e rigidez inadmissível, um dever jurídico geral de correspondência à confiança alheia.

As situações de proibição de alteração de comportamento, de inadmissibilidade da frustração da confiança, ou de indemnização por responsabilidade fundada na confiança são, portanto, obrigatoriamente excepcionais, dependendo de pressupostos específicos, muitas vezes com conceitos indeterminados e ponderação de valores contrapostos. Assim, no direito público, há que confrontar as finalidades de interesse público prosseguidas com as expectativas frustradas pela medida em causa. O princípio da confiança surge, assim, como um princípio formal, de “critério ou método de ponderação”, e não como um princípio substancial.

Regressando, a concluir, à “jurisprudência da crise”, Paulo Mota Pinto considera que o TC, em alguns casos, “intensificou o padrão de

n.º 2/2013); 474/2013, de 29 de agosto de 2013 (Fernando Vaz Ventura) (Proc. n.º 754/13); 602/2013, de 20 de setembro de 2013 (Pedro Machete) (Proc. n.º 531/12); 794/2013, de 21 de novembro de 2013 (Pedro Machete) (Proc. n.º 935/13); e 862/13, de 19 de dezembro de 2013 (Lino Rodrigues Ribeiro) (Proc. n.º 1260/13).

controle”, não aceitando como boas as justificações dadas pelo legislador, democraticamente legitimado, em contextos complexos, o que, em sua opinião, corresponde a um “dirigismo constitucional”, que não respeita a “fronteira entre o papel *do legislador* e o papel *da jurisdição constitucional*”⁸⁹.

2.1.3.2.10. Miguel Teixeira de Sousa

Ao analisar a matéria das fontes do Direito, Teixeira de Sousa distingue entre jurisprudência constante, jurisprudência uniformizada e jurisprudência normativa. A primeira resulta da observância dos paradigmas ou modelos de decisão estabelecidos nas decisões judiciais e concretiza o desígnio de uma interpretação e aplicação uniformes do Direito a casos análogos (artigo 8.º, n.º 3, do CC), que é imposto pelo princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP).

Porque fornece previsibilidade, a jurisprudência constante representa um importante fator de confiança. Daí, segundo este A., colocar-se a questão de saber se a jurisprudência constante pode ser modificada em qualquer momento ou se, pelo contrário, deve ser tutelada a expectativa das partes em que o seu caso seja resolvido de acordo com a referida jurisprudência constante.

No plano do Direito positivo, Teixeira de Sousa responde negativamente à pergunta, dado a jurisprudência não ser fonte do Direito e não se justificar qualquer analogia com o princípio da não retroatividade da lei nova. Tal não impede, contudo, “que, num plano doutrinário, não possam ser considerados vantajosos alguns mecanismos destinados a salvaguardar a expectativa das partes no proferimento de uma decisão

⁸⁹ Cfr. Paulo Mota PINTO – «A proteção da confiança na “jurisprudência da crise”», in *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*, Gonçalo de Almeida RIBEIRO / Luís Pereira COUTINHO, org., Coimbra: Almedina, 2014. Do A., v., também, “A Constituição de 1976 e o direito civil e processual civil”, in *Olhar o Constitucionalismo Português nos 40 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, estudo em que é destacada alguma jurisprudência do TC que aplicou os princípios da segurança jurídica e da tutela da confiança – decorrentes do princípio fundamental do Estado de Direito democrático – no domínio processual, para assim proibir soluções processuais que afetem de modo intolerável, arbitrário e excessivamente oneroso expectativas fundadas de interessados, sem serem ditadas pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e que devam considerar-se prevalentes aos desfavoravelmente afetados.

baseada na jurisprudência constante, tendo nomeadamente presente o princípio da confiança que decorre do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da CRP”.

Passando para a jurisprudência uniformizada, o A. define-a como aquela que é fixada pelos tribunais superiores, de modo a evitar, em obediência ao citado postulado de uma interpretação e aplicação uniformes do Direito e aos princípios da proteção da confiança e da igualdade, que sejam proferidas decisões contraditórias sobre a mesma questão de Direito.

Crítico das diferenças entre os regimes de uniformização da jurisprudência no processo civil, no processo penal e no contencioso administrativo, TEIXEIRA DE SOUSA explicita o valor legal específico da jurisprudência uniformizada, para além do seu especial valor persuasivo, para seguidamente afirmar que a mesma tem uma eficácia retroativa, aplicando-se a factos que foram praticados e a situações que foram constituídas antes da uniformização.

Pergunta, então, se essa eficácia retroativa não contraria o princípio da proteção da confiança e adianta, desde logo, que uma forma de obviar a tal será reconhecer ao tribunal que profere a decisão de uniformização a possibilidade de restringir a eficácia retroativa da sua decisão, algo que até poderá ser equacionado em termos de um dever.

Para o A., como a jurisprudência uniformizada não é fonte do Direito, não se justifica que quem recorre a tribunal possa contar com a mesma. Em todo o caso, conforme não deixa de reconhecer, o princípio da confiança, em certas hipóteses, não deixará de funcionar como um limite à liberdade de decisão do tribunal, impondo-lhe a vinculação à jurisprudência uniformizada.

Já a jurisprudência normativa, que corresponde aos acórdãos com força obrigatória geral, é qualificada por Teixeira de Sousa como fonte do Direito. Trata-se dos acórdãos do TC que declaram a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas e dos acórdãos dos tribunais administrativos que declaram, com força obrigatória geral, a ilegalidade de normas emanadas ao abrigo de disposições de direito administrativo. Segundo o A., a jurisprudência normativa como fonte do Direito refere-se a um valor negativo, impedindo, através de um juízo de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, que da outra fonte seja retirada uma regra jurídica.

O anteriormente referenciado Ac. do STA de 15 de maio de 2014 – o qual se ocupou, ao que se julga pela primeira vez, do problema da aplicação no tempo dos acórdãos de uniformização de jurisprudência – fez com que Teixeira de Sousa retomasse o assunto, através de um comentário no *blog* do IPPC – Instituto Português de Processo Civil, em 7 de junho de 2014.

Neste comentário, o A. começa por recordar que o facto de os acórdãos uniformizadores de jurisprudência não serem fonte do Direito permite concluir que as instâncias e o STJ não têm de aplicar retroativamente as orientações uniformizadas, dispondo de uma suficiente margem de decisão para não o fazerem, com o argumento de assim se protegerem expectativas atendíveis de uma das partes.

Mas o mesmo A. não deixa de equacionar uma outra solução para o problema: a definição de um regime transitório no próprio acórdão uniformizador de jurisprudência, seja através da remissão para um regime de direito probatório formal – por exemplo, artigo 13.º do CC ou artigo 297.º do CC –, seja pela construção de um regime de direito transitório material pelo STJ. Esta última opção consubstancia uma dupla uniformização, isto é, tanto para as situações posteriores, como para as anteriores à publicação do acórdão.

Teixeira de Sousa voltou ao tema, no mesmo local, em 3 de novembro de 2016, aplaudindo a sensibilidade demonstrada pelo também já anteriormente referenciado Ac. do TRC de 2 de fevereiro de 2016, o qual não aplicou a doutrina de um acórdão uniformizador ao decidir uma ação há muitos anos pendente. O A. considerou essa posição correta, “porque a confiança das partes não deve ser frustrada pela aplicação de acórdãos de uniformização posteriores à prática do ato (em juízo ou fora dele)”.

Louvando o facto de a jurisprudência já não ignorar o problema da aplicação no tempo dos acórdãos de uniformização de jurisprudência, evolução que reputou de salutar, este A. concluiu da seguinte forma: “agora só falta que o STJ passe a modelar, sempre que tal se mostre necessário, a aplicação no tempo dos seus acórdãos de uniformização”⁹⁰.

⁹⁰ Cfr. Miguel Teixeira de Sousa – *Introdução ao Direito*, 138-141, p. 162, bem como *blog* do Instituto Português de Processo Civil (IPPC).

2.1.3.3. *Direito constitucional*⁹¹

2.1.3.3.1. *Cristina Queiroz*

Começando por recordar a expressão de Alexander Bickel de que o poder judicial é, entre os poderes de governo, o “menos perigoso”, Cristina Queiroz dá nota de que o nosso sistema judiciário se encontra estruturado de modo hierárquico e que tal visa dar resposta, entre outros aspetos e para o que aqui interessa, a imperativos de uniformização do Direito.

Mais adiante, a A. desdobra a garantia da independência do juiz em duas vertentes, respetivamente institucional e funcional, as quais são reforçadas pelos mecanismos que asseguram a imparcialidade, ou seja, os impedimentos e a possibilidade de ser deduzida a suspeição, bem como pela vinculação exclusiva à Lei e ao Direito.

Cristina Queiroz afirma explicitamente que, em Portugal, tal como em outros países, os juízes completam a atividade legislativa. São criadores do Direito, não de uma forma geral e abstrata, como o legislador, mas antes no caso concreto. Isto sem prejuízo de o Direito, entre nós, se centrar na lei. Trata-se de um direito “jupiteriano”, plasmado nos códigos, que não se concretiza, nem se encontra estruturado, conforme sucede com o Direito anglo-americano, na ordenação de ações em justiça (*writs*). Daí não ser acolhido o princípio do caráter vinculativo dos precedentes.

Para a A., a origem do precedente encontra-se na afirmação de um princípio universal de justiça – casos iguais (ou análogos) devem ser decididos de forma igual (ou análoga). Os precedentes oferecem a vantagem de facilitar a previsão das decisões judiciais, isto é, o que já foi dito por um juiz induzirá, depois, o que irá ser dito, assim se

⁹¹ Vasco Pereira da Silva afirma que, para o direito constitucional, relevam «não apenas as normas contidas na lei fundamental, mas também todas as respetivas “objetivações” e “crystalizações culturais”, designadamente a regulação legislativa e regulamentar, a jurisprudência na sua evolução contínua (o que obriga a considerar tanto as posições dominantes como as minoritárias, os fundamentos das sentenças como os dos votos de vencido, a existência ou não de correntes jurisprudenciais), os costumes e as praxes administrativas, as posições (e as discussões) da doutrina jurídica, as atuações e as posições dos sujeitos intervenientes nos mais variados procedimentos e processos públicos, até mesmo os discursos políticos, as notícias dos meios de comunicação social, as reações da opinião pública, as obras artísticas e literárias». Cfr., do A., “Juiz constitucional e interpretação das normas”, in *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, Coimbra: Almedina, 2019, 84-85.

constituindo o precedente. O juiz tem, contudo, a faculdade de justificadamente (se) afastar (d)o precedente. Mesmo num ordenamento centrado na lei, existe o sistema do *distinguo*, só que o juiz continental não tem de lhe dar relevo.

Por força da abolição do instituto dos assentos – prossegue a A. – a atividade de uniformização da jurisprudência não é feita, entre nós, através da prolação de acórdãos dotados de força obrigatória geral idêntica à da lei. Por isso, as decisões dos tribunais superiores não vinculam diretamente as jurisdições inferiores, que podem dissentir. As únicas exceções são os acórdãos do TC, quando se pronuncia pela inconstitucionalidade ou pela ilegalidade de normas, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, e do STA, quando se pronuncia pela ilegalidade dos regulamentos sujeitos à sua apreciação.

Não obstante recordar, a propósito, a figura kelseniana do “legislador negativo”, Cristina Queiroz não deixa de sublinhar uma mudança estrutural no exercício da função jurisdicional, passando de uma jurisprudência mecanicista para um modelo valorativo de aplicação judicial do Direito. Sobre os tribunais pesa a obrigação de fundamentarem as suas decisões, para que sejam controláveis, desde logo no plano da respetiva razoabilidade.

Para esta A., a responsabilidade do juiz é, cada vez mais, uma responsabilidade pela fundamentação das suas decisões. O chamado “direito dos juízes” deriva a sua autoridade e a sua independência do método dessa fundamentação, a qual serve para compensar o facto de não serem eleitos. Ao fundamentarem as suas decisões, os tribunais fazem-nas beneficiar de consenso: o das partes, o das instâncias superiores e o da comunidade interpretativa, englobando-se aqui os juristas e, em geral, a sociedade.

Por último, Cristina Queiroz refere que, no Direito português, se pode dissentir tanto da decisão, como da sua fundamentação. Os votos de vencido correspondem, em seu entender, a uma personalização da justiça, cuja razão justificativa é a livre expressão de opiniões. Apesar de ser suscetível de introduzir alguma perturbação, a prática em causa fornece alternativas e permite uma melhor discussão pública da decisão, consolidando a responsabilidade dos juízes e a racionalização do sistema de justiça.

A A. coloca a hipótese de a referida explicitação dos motivos conduzir a conflitos dentro do sistema, com os consequentes inconvenien-

tes, mas seguidamente conclui que, tratando-se de tribunais superiores, a publicação dos votos de vencido particulares, conjuntamente com os fundamentos da decisão, deve ser interpretada como um instrumento de reforço da garantia da neutralidade e da imparcialidade da atuação dos tribunais e, por essa via, do processo de (inter)mediação entre o Estado e a sociedade civil.

Dessa forma, segundo afirma a A., reforça-se a objetividade, a imparcialidade e a transparência do processo de decisão judicial, indicando-se a existência de alternativas para decisões futuras. Resumidamente, assim se consubstancia a passagem de um princípio de unidade a um princípio de pluralidade na tomada das decisões de justiça, o que equivale a dizer de um Direito de base autoritária a um Direito de base democrática, implicando discussão e diálogo⁹².

2.1.3.3.2. José Joaquim Gomes Canotilho/Vital Moreira

A propósito da famigerada norma que constava do artigo 115.º, n.º 5, da Constituição e se encontra, desde a revisão constitucional de 1997, no artigo 112.º, n.º 5 – nenhuma lei pode criar outras categorias de atos legislativos ou conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos –, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmaram explicitamente que da mesma resultava a inconstitucionalidade dos assentos, porque, independentemente da sua caracterização dogmática como *legislatio* ou *jurisdictio*, eles se arrogavam ao direito de interpretação ou integração autêntica da lei, de forma vinculativa para terceiros. Aliás, segundo os AA., os assentos sempre estariam, por natureza, excluídos em matéria de reserva de lei, domínio em que só o legislador pode estabelecer normas.

Noutra passagem da sua *Constituição da República Portuguesa Anotada*, em anotação ao artigo 206.º, que corresponde hoje ao artigo 203.º, segundo o qual os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei, Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentaram que a

⁹² Cfr. Cristina M. M. QUEIROZ – “A independência do poder judicial. O governo dos juízes e a democracia”, in Fernando José BRONZE *et al.*, *Juízo ou Decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito*, VI Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social, Coimbra: Instituto Jurídico, 2016. V. também, da A., *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

independência do poder judicial compreendia a autonomia na interpretação do Direito⁹³, o que afastava, em princípio, a vinculação por interpretações heterónomas, pelo menos quando dotadas de força geral e abstrata, conforme sucedia no referido caso dos assentos. Para os AA., os assentos não caberiam também no conceito de lei, por mais extenso que o mesmo fosse.

Gomes Canotilho e Vital Moreira concluíram, assim, que a citada norma do artigo 206.º da CRP representava mais um argumento no sentido da inconstitucionalidade dos assentos. Na opinião dos AA., a vinculação concreta do tribunal da causa pela interpretação que o TC tivesse dado, em recurso de constitucionalidade, a uma determinada norma e o reenvio prejudicial para o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias das questões de interpretação de preceitos de direito comunitário eram igualmente suscetíveis de levantar problemas⁹⁴.

2.1.3.3.3. José Joaquim Gomes Canotilho

Para Gomes Canotilho, “o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito”. O A. refere que os dois princípios andam estreitamente associados, de tal forma que o princípio da proteção da confiança surge, por vezes, como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica.

A segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica. Por seu lado, a proteção da confiança prende-se mais com as componentes subjetivas, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade, para os indivíduos, relativamente aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos, seja o legislativo, o executivo ou o judicial. Nas palavras do A., “a segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja

⁹³ Tem interesse recordar as intervenções de Vital Moreira nos debates da assembleia constituinte sobre a estrutura judiciária, nos quais o mesmo afirmou que “os tribunais não são neutros” e que “os tribunais não são meros porta-vozes da lei”. *Apud* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lei e Sentença*. vol. II, 447.

⁹⁴ Cfr. José Joaquim Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 511 e 795.

garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos”. As refrações mais importantes, consoante os vários poderes, são: a proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; a inalterabilidade do caso julgado; e a tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direitos.

Prosseguindo, Gomes Canotilho entende que, no plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justifica que o TC aprecie a conformidade de uma lei à CRP, “analisando se era ou não *necessária e indispensável* uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma *justa, adequada e proporcionada*, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos (...) anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor”. No que se refere aos atos jurisdicionais, a segurança jurídica, segundo o A., aponta, sobretudo, para o caso julgado. “É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a *uniformidade ou estabilidade da jurisprudência*. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais.”

Quanto à independência dos tribunais, este A. desdobra-a em (i) independência pessoal dos juízes, (ii) independência coletiva da judicatura, (iii) independência funcional e (iv) independência interna e externa. A independência pessoal dos magistrados judiciais corresponde à sua autonomia no exercício da jurisdição, impedindo que qualquer relação hierárquica, no plano da organização judiciária, interfira no exercício da função jurisdicional. A independência funcional constituirá o “núcleo duro” e significa que “o juiz está apenas submetido à lei – ou melhor, às *fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas* – no exercício da sua função jurisdicional”.

O A. aborda, ainda, o princípio da fundamentação das decisões judiciais, reconduzindo-o às seguintes três razões: (i) controlo da administração da justiça, (ii) exclusão do carácter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes e (iii) melhor estruturação de eventuais recursos.

Sobre as fontes do Direito, Gomes Canotilho afirma que “uma das mais relevantes consequências da consideração da Constituição de 1976 como *norma jurídica sobre a produção jurídica* foi a de recolocar no plano constitucional o problema das fontes do direito”. Reconhece, contudo, que tal não provocou a renovação que seria de esperar, “continuando a chave para a compreensão das fontes de direito positivo a ser desesperadamente procurada no artigo 2.º do Código Civil”. O princípio constitucional básico sobre a produção de normas jurídicas (hoje consagrado pelo artigo 112.º, n.º 5, da CRP) – o qual justificou a inconstitucionalidade dos assentos, “que outra coisa não eram senão a transmutação, autorizada por lei, de um ato de jurisdição em ato de legislação praticado por autoridades sem competência legislativa” – é, por si, formulado da seguinte forma: “nenhuma fonte pode criar outras fontes com eficácia igual ou superior à dela própria”.

O A. considera que uma norma jurídica só adquire verdadeira normatividade com a sua aplicação ao caso a decidir (“norma de decisão”), nomeadamente através de uma sentença, e, no que se refere ao Direito de criação judicial, considera-o um dos momentos mais significativos da pluralização das fontes do Direito. Nessa sede, destaca o que apelida de “direito judicial com força de lei” ou com “força de ato normativo”, como é o caso das sentenças de declaração abstrata de inconstitucionalidade ou de ilegalidade pelo TC e das sentenças dos tribunais administrativos que declaram a ilegalidade dos regulamentos.

Sintetizando o sentido do regime legal, quanto às declarações de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, Gomes Canotilho menciona as ideias de: (i) vinculação geral – quanto à parte dispositiva das decisões, não em relação aos seus fundamentos determinantes ou *ratio decidendi* –, isto é, de vinculação de todos os órgãos constitucionais, de todos os tribunais, incluindo o TC, e de todos os órgãos administrativos; e (ii) força de lei, porque essas decisões revestem valor normativo – à semelhança das leis – para todas as pessoas, singulares e coletivas, juridicamente afetadas nos seus direitos e obrigações pela norma declarada inconstitucional.

No entanto, essa força de lei “não significa que as sentenças declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade tenham exatamente a mesma natureza das leis; elas são «semelhantes» às leis quanto a alguns efeitos, mas não são formalmente atos legislativos nem criam normas jurídicas. Precisamente por isso, não há possibilidade de requerer a declaração de inconstitucionalidade das próprias sentenças

nem o próprio TC pode eliminá-las como pode o legislador fazer em relação às leis que edita”⁹⁵.

2.1.3.3.4. João Caupers

João Caupers propôs-se apurar a medida da influência do TC no ordenamento jurídico, através dos condicionamentos que as suas decisões de inconstitucionalidade introduzem na atividade legislativa. Nas palavras do A., o seu objetivo foi verificar se aquilo que denominou de atividade “destrutiva” do TC, consubstanciada na eliminação do ordenamento jurídico de normas constantes de diplomas legislativos, vem sendo entendido pelo legislador como uma espécie de “injunção” para fazer diferente (ou deixar de fazer) e, no caso de tal se confirmar, se o legislador procura realmente ultrapassar as objeções que levaram ao juízo de inconstitucionalidade.

Para o efeito, selecionou três intervenções do TC: (i) a criação do TAD; (ii) o enriquecimento ilícito, depois, injustificado; e (iii) o cálculo das custas judiciais. Nos dois primeiros núcleos de matérias, o TC pronunciou-se por duas vezes sobre complexos normativos que pretendiam legislar quanto ao mesmo problema, o que significa, desde logo, que reincidiu no falhanço ao tentar produzir normas conformes à Constituição.

Relativamente à criação do TAD, tratava-se de não se permitir, no domínio da respetiva jurisdição arbitral necessária, o recurso da decisão de mérito para um tribunal do Estado. O TC concluiu no sentido da inconstitucionalidade da norma, por violação do direito de acesso aos tribunais (artigo 20.º, n.º 1, da CRP) e do princípio da tutela jurisdicional efetiva (artigo 268.º, n.º 4, da CRP)⁹⁶. O legislador parlamentar tentou contornar essa inconstitucionalidade através da criação de uma nova instância arbitral, de recurso, bem como da possibilidade de as suas decisões serem objeto de recurso de revista para o STA. Tal não passou, no entanto, pelos mesmos motivos, o crivo do TC⁹⁷.

⁹⁵ Cfr. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, 257-265, 659-663, 689, 698, 1207, 700-701 e 999-1002.

⁹⁶ Cfr. Ac. do TC n.º 230/2013, de 24 de abril de 2013 (Carlos Fernandes Cadilha) (Proc. n.º 279/2013), com dois votos de vencido (Maria João Antunes e Pedro Machete).

⁹⁷ Cfr. Ac. do TC n.º 781/2013, de 20 de novembro de 2013 (José Cunha Barbosa) (Proc. n.º 916/13).

No que se refere à criminalização do enriquecimento ilícito ou injustificado, as questões de inconstitucionalidade prenderam-se com a falta de uma identificação clara do bem jurídico protegido pela incriminação (artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e com o facto de a incriminação assentar numa presunção de ilicitude do acréscimo de rendimento, cabendo ao arguido demonstrar a origem lícita de tal acréscimo (artigo 32.º, n.º 2, da CRP). Depois de um primeiro juízo de inconstitucionalidade⁹⁸, o legislador, para além de eliminar uma certa censura moral ao nível do tipo legal de crime, passou a enunciar os bens jurídicos que a nova incriminação visava proteger. O TC concluiu, porém, que a construção do crime em apreço continuava a padecer das mesmas patologias constitucionais: indefinição do bem jurídico tutelado, indeterminação das condutas incriminadas e ofensa da presunção de inocência⁹⁹.

Por último, quanto ao regime legal das custas judiciais – o problema alastrou depois para os honorários notariais em processo de inventário e para os emolumentos devidos ao Tribunal de Contas pelo exercício da fiscalização prévia, casos em que o TC recuperou a sua jurisprudência em sede de custas judiciais –, estiveram em causa essencialmente dois acórdãos em que foi julgada inconstitucional a interpretação normativa extraível das pertinentes disposições do Regulamento das Custas Judiciais, na parte em que delas resultava que as custas devidas pelo autor eram determinadas exclusivamente em função do valor da ação, sem o estabelecimento de qualquer limite máximo, e não se permitindo que o tribunal reduzisse o montante da taxa de justiça devida no caso concreto, em função da natureza e da complexidade do processo, bem como atento o carácter manifestamente desproporcionado de tal montante. Os parâmetros constitucionais relevantes respeitaram ao direito de acesso aos tribunais e ao princípio da proporcionalidade¹⁰⁰.

O A. procurou, de seguida, compreender as razões que levaram o legislador a insistir – isto nos dois primeiros casos, pois no terceiro a norma inicialmente posta em crise deixara, entretanto, de vigorar no

⁹⁸ Cfr. Ac. do TC n.º 179/2012, de 4 de abril de 2012 (José Cunha Barbosa) (Proc. n.º 182/12).

⁹⁹ Cfr. Ac. do TC n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015 (Maria Lúcia Amaral) (Proc. n.º 658/2015).

¹⁰⁰ Cfr. Acórdãos do TC n.º 421/2013, de 15 de julho de 2013 (Carlos Fernandes Cadilha) (Proc. n.º 907/2012), e n.º 155/2017, de 22 de março de 2017 (Maria José Rangel de Mesquita) (Proc. n.º 756/2012).

nosso ordenamento jurídico – em soluções para as quais poderia, com alguma facilidade, ter antecipado um novo juízo de inconstitucionalidade. No que se refere ao TAD, a “teimosia” do legislador, segundo João Caupers, era suscetível de ser enquadrada no “mito”, muito presente na época, de que a resolução de conflitos desportivos no seio de federações e associações internacionais, através dos seus órgãos próprios, não se compadecia com a submissão dos mesmos, ainda que em última instância, a tribunais estaduais. Já no caso da incriminação do enriquecimento ilícito ou injustificado, a irracionalidade legislativa¹⁰¹ foi ofensiva dos alicerces essenciais do Estado de Direito em matéria penal.

Com a ressalva de as situações que analisou serem, ou não, efetivamente significativas, o A. concluiu então que (i) a jurisprudência do TC não tem vindo a revestir natureza pretoriana, uma vez que não tem produzido decisões de que tenham emergido normas capazes de preencher lacunas do ordenamento, substituir outras normas ou conferir impacto sistémico às soluções que decorreriam logicamente da censura constitucional; e (ii) a influência da jurisprudência do TC, eliminando normas contrárias à Constituição, tem revelado dificuldade em impor ao legislador a adoção de soluções normativas que deixem de comportar censura constitucional, parecendo prevalecer uma certa insistência em soluções constitucionalmente desconformes¹⁰².

2.1.3.3.5. Jorge Bacelar Gouveia

A propósito do princípio do Estado de Direito, no qual o inclui, Jorge Bacelar Gouveia analisa o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, desdobrando-o da seguinte forma: (i) o princípio da segurança jurídica, de que decorre a exigência de publicidade dos atos do poder público, assim como de clareza e de determinabilidade das fontes do Direito; e (ii) o princípio da proteção da confiança, requerendo que o quadro normativo vigente não mude em termos de frustrar as expectativas geradas nos cidadãos acerca da sua continuidade,

¹⁰¹ Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, *Sobre los límites del juez constitucional*, 235-240, fala em “rebelia do legislador” e dá nota dos trabalhos, sobre essa matéria, de José Miguel Rojas Bernal, no Perú, e de Carles Viver Pi-Sunyer, em Espanha.

¹⁰² Cfr. João CAUPERS, “O Tribunal Constitucional: um legislador indireto?”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I: *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 2019.

com a proibição de uma intolerável retroatividade das leis e, ainda, a necessidade da sua alteração em conformidade com as expectativas constitucionalmente tuteladas.

Para este A., o princípio da proteção da confiança está conexionado com a aplicação prospetiva ou retroativa dos atos jurídico-públicos e visa consagrar um clima de estabilidade entre o poder público e os destinatários dos seus atos. Segundo Jorge Bacelar Gouveia, cabe à Constituição, e não ao artigo 12.º, n.º 1, do CC, dar resposta ao problema. Prosseguindo, afirma que o direito constitucional português admite a aplicação retroativa dos atos de poder público, não contendo nenhuma proibição genérica a este respeito. A justificação está em se pressupor que a concessão de um poder normativo – legislativo ou qualquer outro – sem qualquer restrição quanto à aplicação temporal implica a concomitante outorga de uma liberdade de aplicação nesse plano.

O A. identifica, de seguida, as seguintes limitações parcelares à mencionada regra: a irretroatividade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias; a irretroatividade da lei penal incriminadora; a irretroatividade da lei penal processual através do princípio do juiz legal; a irretroatividade da lei fiscal de tributação positiva; e a irretroatividade, com exceções, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com a formação do caso julgado. Menciona, ainda, o caso, de sentido oposto, da aplicação retroativa, por imposição constitucional, da lei penal de conteúdo mais favorável ao arguido (artigo 29.º, n.º 4, da CRP).

Voltando ao princípio do Estado de Direito, nas suas implicações quanto à aplicação das leis no tempo, Jorge Bacelar Gouveia afirma que o princípio da proteção da confiança se tem apoiado em dois requisitos fundamentais: (i) a frustração das legítimas expectativas criadas, que se traduz na mudança de regimes jurídicos previamente estabelecidos, em ligação direta com o recorte de posições jurídicas dos cidadãos; e (ii) a necessidade de essa mudança ser legítima, no sentido de se encontrar justificada por fortes razões de interesse público.

Relativamente à jurisprudência do TC, o A. recorda o imposto retroativo de 1983 e, em geral, a problemática da irretroatividade da lei fiscal, para depois sublinhar a importância do já mencionado Ac. do TC n.º 287/90, com um voto de vencido (Bravo Serra). No caso, o TC declarou a inconstitucionalidade da norma legal que mandava aplicar imediatamente, isto é, aos processos pendentes, a alteração do regime

das alçadas, com efeitos no plano da admissibilidade de recurso. Jorge Bacelar Gouveia destaca, entre outros aspetos, a afirmação, pelo TC, de que não existe um direito à não frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados. A terminar, o A. referencia o papel do princípio da proteção da confiança na recente *jurisprudência da crise*¹⁰³.

2.1.3.3.6. Jorge Miranda

No seu ensino, Jorge Miranda sustenta que a segurança jurídica não é específica do Estado de Direito, sendo antes inerente a qualquer ordenamento jurídico. Contudo, é no Estado de Direito que a mesma alcança a máxima realização até hoje conhecida. Só aí “os cidadãos obtêm a segurança da previsibilidade do seu futuro”.

Ora, essa previsibilidade exige, em simultâneo, publicidade (“dos atos do poder público e dos procedimentos da respetiva formação”), certeza (“como conhecimento exato das normas aplicáveis, da sua vigência, das suas condições de aplicação e da fixação do comportamento dos destinatários”), compreensibilidade (“como clareza das expressões verbais das normas e suscetibilidade de compreensão pelos seus destinatários médios”), razoabilidade (“como não arbitrariedade, adequação às necessidades coletivas e coerência interna das normas”) e estabilidade (“como garantia de um mínimo de permanência das normas, por uma parte, e garantia dos atos e dos efeitos jurídicos produzidos, por outra parte”).

No plano subjetivo, a segurança jurídica reconduz-se à proteção da confiança. Aos cidadãos assiste o direito à proteção da confiança que depositam nos atos do poder que contendam com as suas esferas jurídicas. Por seu lado, o Estado fica vinculado a um dever de boa-fé, ou seja, “de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares”.

Quanto aos conceitos de lei em sentido material e em sentido formal, este A. não reconduz o dualismo à presença ou à ausência de

¹⁰³ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, *Direito constitucional português. Princípios, direitos fundamentais, organização económica e política, garantia e revisão da Constituição*, 6.^a ed., rev. e atual., Coimbra: Almedina, 2016, 807-819.

generalidade, antes o situa no quadro das funções do Estado. “Lei em sentido material não é apenas a lei enquanto dotada de generalidade. É a lei (...) como ato da função política e sujeita imediatamente à Constituição. Sem essa localização, sem a ponderação prospetiva do interesse geral, sem a visão ampla da comunidade política, sem a discricionariedade que lhe é inerente, não existe lei.”

Por isso, para Jorge Miranda, “os regulamentos não podem ser leis em sentido material. E tão-pouco o podem ser as declarações de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas jurídicas com força obrigatória geral; ou o podem ser as súmulas vinculantes”.

Relativamente às decisões de inconstitucionalidade ou de não inconstitucionalidade, na fiscalização abstrata, o A. considera-as declarativas, sem trazerem inovações ou modificações ao ordenamento jurídico. No entanto, com alguma frequência, por causa dos efeitos, diretos ou colaterais, que os seus autores são chamados ou autorizados a fixar, assumem também natureza constitutiva. O que sucede, em especial, em algumas das decisões limitativas (“limitativas de efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou até da própria inconstitucionalidade”) e em todas as decisões aditivas [“quando, considerando inconstitucional o entendimento da norma seu objeto só com certo conteúdo ou alcance, lhe acrescentam (...) um segmento que permite a sua subsistência à luz da Constituição”]¹⁰⁴.

2.1.3.3.7. Jorge Reis Novais

Num trabalho dedicado aos princípios jurídico-constitucionais ínsitos na ideia de Estado de Direito, que são, por isso, os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Jorge Reis Novais refere, com interesse para o presente trabalho, como o princípio da divisão de poderes perdeu, na passagem do Estado liberal para o Estado social e democrático de Direito, “o seu anterior caráter de repartição mecanicista e estanque de funções – legislativa, executiva e judicial –

¹⁰⁴ Cfr. Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional*, vol. II, *Normas constitucionais. Direitos fundamentais. Atividade constitucional do Estado. Fiscalização de constitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, 125-127, 183 e 254-255. O A. defendeu que os assentos não podiam ser leis, apesar de tudo quanto delas aparentemente os aproximava, por exemplo, em “Sentido e conteúdo da lei como ato da função legislativa”, in IDEM, org. *Nos Dez Anos da Constituição* Lisboa: INCM, 1986, 182.

pelo Parlamento, Governo e tribunais, se é que alguma vez essa separação rígida existiu de facto”.

A divisão de poderes passou, assim, a ser entendida como um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, sem o exclusivo do exercício de uma determinada função por certo órgão, visando a eficiência da atuação estadual, no respeito pelos direitos fundamentais, e com a máxima limitação das possibilidades de arbítrio.

No que respeita ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, este A. começa por afirmar que, não obstante a nossa Constituição não o ter consagrado de forma expressa, o mesmo faz parte do que designa como a Constituição material de um Estado de Direito, devido a ser imprescindível aos particulares, “para a necessária estabilidade, autonomia e segurança na organização dos seus próprios planos de vida”. Em última análise, caso o indivíduo fosse convertido num mero objeto do acontecer estadual, seria a dignidade da pessoa humana que ficaria em causa.

Na sua vertente subjetiva, a garantia de segurança jurídica inerente ao Estado de Direito projeta-se na proteção da confiança dos particulares relativamente à continuidade da ordem jurídica e é neste campo que a invocação do princípio gera maiores dificuldades, pois confrontam-se exigências de sentido contrário dignas de proteção e com peso igualmente relevante num Estado de Direito.

Com efeito, por um lado, os particulares têm não só o direito de saber com o que podem contar por parte do Estado, como igualmente o direito a não serem frustradas as expectativas que legitimamente formaram quanto à permanência de um certo quadro legislativo, mas, por outro lado, o legislador está vinculado à prossecução do interesse público e deve, por isso, dispor de uma ampla margem de conformação da ordem jurídica, incluindo a possibilidade de alteração das leis vigentes.

Jorge Reis Novais conclui, então, que perante a igual dignidade constitucional dos valores em confronto, a aplicação prática do princípio da proteção da confiança tem de passar sempre por uma avaliação das circunstâncias do caso concreto. Não será viável chegar a resultados constitucionalmente adequados “sem ter em conta uma ponderação entre o peso do interesse público prosseguido pelo legislador e a força de *resistência* das expectativas dos particulares”.

Do lado destes últimos, a invocação, com sucesso, do princípio pressupõe a reunião cumulativa dos seguintes pressupostos: “existência de expectativas legítimas na continuidade de uma dada situação jurídica, devendo essas expectativas ter sido estimuladas, alimentadas ou, de alguma forma, toleradas pelo Estado, e, em segundo lugar, uma alteração inesperada do comportamento do Estado que abala a confiança que os particulares detinham nele e põe em causa a solidez dessas expectativas”.

Ainda que o A. tenha no seu horizonte apenas o legislador, estas ponderações são relevantes para o tema deste trabalho. Jorge Reis Novais considera, a terminar, que o interesse público prosseguido pelo legislador tem de superar o peso das expectativas dos particulares na continuidade de um determinado enquadramento legal, prevalecendo, em caso de dúvida, a opinião do primeiro, atenta a ampla margem de conformação que lhe deve ser reconhecida. Por último, o A. faz apelo ao princípio da proibição do excesso, para admitir a necessidade de serem introduzidas disposições transitórias, que salvaguardem as posições vindas do passado, ou, em alternativa, o pagamento de uma indemnização ao particular que atenua o sacrifício que lhe foi imposto¹⁰⁵.

2.1.3.3.8. *Maria Lúcia Amaral*

Num estudo sobre a proteção da confiança, Maria Lúcia Amaral começou por aflorar as relações entre o tempo e o Direito, afirmando que o primeiro constitui para este último uma dimensão tão essencial quanto ambivalente. Isto porque, por um lado, o Direito tende para a continuidade, pois só ordena se for dotado de alguma estabilidade. Mas, por outro lado, o Direito só ordena eficazmente se souber responder à mudança. Daí a referida ambivalência: o tempo pede ao Direito que permaneça e pede-lhe também que mude.

Segundo a A., num Estado de Direito, a resolução do problema passa pelo princípio da segurança jurídica, o qual, para além de uma dimensão objetiva, que exclui alterações abruptas ou levianas, encerra uma dimensão subjetiva, ligada à proteção jurídica dos particulares nas suas relações com o Estado. É desta dimensão subjetiva da segurança jurídica que nasce o princípio da proteção da confiança.

¹⁰⁵ Cfr. Jorge Reis NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 34 e 261-269.

Seguidamente, Maria Lúcia Amaral cita jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 1961: será, em princípio, constitucionalmente proibido que o Estado desvalorize as posições dos destinatários dos seus atos sempre que os mesmos tenham razões válidas para esperar a não alteração do direito que lhes era aplicado. O princípio vale para os poderes legislativo, executivo e judicial.

Quanto à construção do princípio pelo TC, a A. refere a densificação que dele foi efetuada pelo já conhecido Ac. do TC n.º 287/90. O princípio da proteção da confiança fora afetado, porque a supressão das legítimas expectativas dos cidadãos havia sido inadmissível, arbitrária e demasiado onerosa. De acordo com a sua própria estrutura, o princípio em apreço leva a que tenham de ser ponderadas, confrontando-se, as expectativas dos particulares na continuidade do Direito, por um lado, e as razões de interesse público subjacentes à alteração legislativa, por outro lado.

Nos termos da jurisprudência posterior do TC, são quatro, e de verificação cumulativa, os requisitos essenciais para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da confiança: *(i)* que o Estado tenha desenvolvido comportamentos aptos a gerar nos privados expectativas de continuidade; *(ii)* que essas expectativas sejam legítimas, justificadas ou fundadas em boas razões; *(iii)* que os privados tenham feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do comportamento estadual; e *(iv)* que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa¹⁰⁶.

Perante a referida formulação constitucional, Maria Lúcia Amaral não tem dúvidas em afirmar que o princípio da proteção da confiança, quanto ao seu âmbito de aplicação, pode ser convocado como critério autónomo da constitucionalidade de um ato legislativo nos casos de sucessão de leis no tempo, e sempre que a lei nova, sendo lícita à luz de outros parâmetros constitucionais, produzir efeitos retroativos ou retrospectivos.

¹⁰⁶ Cfr. o já mencionado Ac. do TC n.º 128/2009, no qual o TC não declarou a inconstitucionalidade de uma norma legal que veio revogar uma isenção de sisa, para transmissões anteriores à sua entrada em vigor, relativamente a sociedades que deixaram de estar abrangidas, nos três exercícios seguintes à transmissão, pelo regime de tributação pelo lucro consolidado.

Mas, sobretudo, sublinha que o princípio da proteção da confiança, em termos da sua estrutura, corresponde a um método de ponderação, à semelhança do princípio da proporcionalidade. Não se trata, assim, de um princípio substancial, definidor do elenco dos bens constitucionalmente protegidos. Ele é antes um princípio formal ou instrumental, que indica a forma de resolver conflitos – os quais se processam de forma diacrónica – entre bens constitucionais de valor equivalente. O bem material protegido decorre já do princípio do Estado de Direito. No fundo, temos a oposição entre Estado de Direito, que postula estabilidade ou, pelo menos, previsibilidade da alteração das situações jurídicas individuais, e democracia, que fundamenta o poder do legislador histórico, legitimado pela maioria, para rever as opções do seu antecessor¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cfr. Maria Lúcia AMARAL, “O tempo e a proteção da confiança”, in Carla Amado GOMES, org., v *Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público. O Tempo e o Direito Público*, 2012, 21-29, e-book disponível em <www.icjp.pt>. Da A., v. também *A Forma da República. Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 180-184. Nesta sua obra, a A. explica como a retroatividade, num sistema de Direito legislado, não exprime apenas uma rotura lógica, mas também uma rotura deontica ou de *dever-ser*. A regulação retroativa escapa sempre ao imperativo de cognoscibilidade, essencial para um agir pessoal e livre. A Constituição, contudo, não consagra, devido à riqueza e à imprevisibilidade da vida, uma proibição geral de retroatividade das normas jurídicas. Se assim não fosse, resultaria amiúde sacrificada a realização da justiça e das escolhas da melhor política legislativa (p. 181-182). Igualmente com interesse para o presente trabalho, a A., ao analisar – noutra obra – o sistema misto português de justiça constitucional (artigos 204.º e 221.º da CRP), lamenta “a nossa dificuldade em aceitar a função inevitavelmente conformadora da jurisprudência constitucional”. Em seu entender, da existência de uma jurisdição constitucional decorre necessariamente que “existirá também um corpus que será composto tanto pelo texto da Constituição quanto pelo acervo da jurisprudência que for interpretando o sentido do enunciado textual”. Mas, entre nós, pelo contrário, “textualiza-se a jurisprudência, isto é, procura-se assegurar a sua fixação em norma constitucional escrita. Em vez de se admitir que ela não pode deixar de integrar o *corpus* constitucional – aceitando-se também que parte desse *corpus* terá inevitavelmente que ser móvel, evolutivo, sujeito à crítica pública e gradualmente melhorado pelo que se vai aprendendo com a experiência dos casos concretos – procede-se à sua rigidificação, integrando-a, por via de revisão, no texto da própria Constituição”. V. “O modelo português de justiça constitucional. Análise crítica”, *AJIC*, Madrid, 11 (2017) 37-38.

2.1.3.3.9. Paulo Otero

Do facto de a nossa Constituição acolher os valores da justiça, da segurança e da liberdade, Paulo Otero defende a “existência de um imperativo constitucional de edificação de uma ordem jurídica axiologicamente justa”, entendida nos termos do artigo 1.º da CRP (“sociedade livre, justa e solidária”). Para o A., o Estado de Direito material “não é escravo da lei positiva” e o citado normativo da Lei Fundamental atribuiu “precedência e prevalência à dignidade humana sobre a vontade popular”.

Continuando com o pensamento deste A., o problema nuclear do Estado de Direito material deslocou-se «para a compatibilidade do conteúdo de cada norma (que não seja axiologicamente neutra em termos de justiça) com os valores integrantes de uma ordem suprapositiva que encontra o seu sentido último na “consciência jurídica geral” em torno da dignidade da pessoa humana e da inerente ideia de um Direito justo». O A. sublinha, a propósito, o insubstituível papel dos juristas na revelação da referida “consciência jurídica geral”.

Entre os corolários axiológicos do Estado de Direito, Paulo Otero inclui a reversibilidade das suas decisões normativas (expressão da “sua permanente disponibilidade em colocar sempre tudo de novo à discussão”) e, porque a mesma não é ilimitada, a tutela da segurança jurídica e a proteção da confiança, também elas constitucionalmente protegidas. A primeira salvaguarda valores objetivos da ordem jurídica, como a estabilidade e a certeza da realização do Direito, ao passo que a segunda assume uma dimensão mais subjetiva, ligada à “previsibilidade e calculabilidade das condutas individuais face a um determinado quadro normativo”.

Para além de mencionar a projeção da tutela da segurança jurídica e da proteção da confiança, no âmbito do exercício da função jurisdicional, através da estabilidade ou intangibilidade do caso julgado, o A. refere que, devido aos dois mencionados princípios, o decisor normativo se encontra vinculado a respeitar, para o que aqui releva, «o princípio da obrigatoriedade de inclusão de normas de direito transitório sempre que, num compromisso entre a aplicação da “lei nova” e a garantia da tutela de situações jurídicas adquiridas à luz da “lei velha”, se procure uma solução consensual de salvaguarda da reversibilidade de um regime e o respeito pela segurança e proteção da confiança dos titulares de posições jurídicas anteriormente consolidadas».

Paulo Otero aceita a formação do costume constitucional, atribuindo-lhe mesmo um lugar de destaque entre a normatividade não escrita, e, com interesse para o presente trabalho, analisa a figura do precedente constitucional (“a prática habitual na resolução de casos semelhantes mostra-se passível de criar uma vinculação factual ao órgão constitucional seu autor de, em futuros casos idênticos, adotar igual conduta”). Quanto a este último, entende não ser necessária uma prática habitual ou repetida, bastando um único caso.

Distinto do costume, no qual se pode, contudo, converter, caso se torne uma prática reiterada com convicção de obrigatoriedade, “o precedente faz surgir uma forma específica de autovinculação de comportamentos futuros ou de previsibilidade hipotética em serem adotados determinados comportamentos, desde que se verifique identidade de circunstâncias factuais, tendo por base atos, factos ou condutas anteriores”. O A. distingue entre, por um lado, os precedentes constitucionais políticos, provenientes de órgãos políticos e dotados de uma vinculatividade política, e, por outro lado, os precedentes constitucionais oriundos dos tribunais, que designa como precedentes judiciais.

Nesta última sede, destaca «as decisões do Tribunal Constitucional que, por inércia ou propositada uniformidade e coerência decisória da sua jurisprudência, assumem *de facto* a natureza de precedente vinculativo para o próprio Tribunal Constitucional, segundo decorre de uma argumentação decisória fundada nas expressões “jurisprudência constante”, “jurisprudência consolidada” ou “já em anterior decisão”, permitindo, por essa via também, influenciar e extrair regras de conduta para os restantes tribunais e demais agentes aplicadores do Direito, incluindo o legislador». A força autovinculativa fundamenta-se num mero facto, embora o A. deixe em aberto a possibilidade de se formar um costume. Entre vários exemplos destes precedentes judiciais, refere os conceitos de norma e de ato normativo, para efeitos de fiscalização da constitucionalidade.

Por último, Paulo Otero reconhece o crescente protagonismo do juiz na “concretização aplicativa do Direito, segundo um modelo que quase nada tem de silogístico”, mas recusa transformar o Estado de Direito num Estado judicial. Quanto ao princípio, que reputa de verdadeiramente essencial, da independência dos tribunais, dele retira várias exigências, entre as quais a autonomia de cada tribunal perante os demais (“a hierarquia dos tribunais não se assemelha à hierarquia

administrativa, nunca envolvendo qualquer vinculação a uma decisão fora do caso concreto”¹⁰⁸.

2.1.3.4. *Direito penal*

2.1.3.4.1. *Alaor Leite*

Alaor Leite estudou a fundo a incidência da proibição de retroatividade relativamente às decisões judiciais. Segundo este A., nos termos da definição mais tradicional, uma alteração jurisprudencial ocorre quando, sem que tenha havido qualquer modificação, a nível linguístico, da lei penal, um posicionamento anteriormente estabelecido é abandonado em favor de um novo entendimento. Sucede que este último se pode revelar muito mais gravoso para o acusado no processo em causa. Daí a pergunta: existe um direito do cidadão à jurisprudência do tempo em que praticou o facto, tal como sucede em relação à lei vigente nesse momento?

O A. exemplifica com alguns casos, entre os quais se destaca o da progressiva redução da taxa limite de alcoolemia no sangue de 1,5 g/l para 1,3 g/l e, depois, para 1,1 g/l operada, na Alemanha, pelo *Bundesgerichtshof* ao interpretar o elemento “incapacidade absoluta para conduzir” no crime de embriaguez na condução de veículos a motor.

Alaor Leite sublinha a atualidade do problema, atento o “iniludível protagonismo contemporâneo da jurisprudência na produção do

¹⁰⁸ Cfr. Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, *Identidade constitucional*, 3.^a reimpr. da ed. de abril de 2010, Coimbra: Almedina, 2017, 48, 76-79, e 85-90, bem como IDEM, *Direito Constitucional Português*, vol. II, 157, 164-166, 169-176, 415-416 e 427-428. Deste A., v., também, o seu *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lisboa: Lex, 1993. Trata-se de uma, entre nós, pioneira relativização do dogma do caso julgado, tradicional expressão do princípio da segurança jurídica, à luz de uma conceção do direito baseada na ideia de justiça e na supremacia da Constituição. O tema foi recentemente revisitado, na doutrina brasileira, por Antonio do Passo CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*, 3.^a ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2019, 138-142 e 193-206. O A. não subscreve a tese – por se lhe afigurar desadequada ao contexto constitucional brasileiro e devido a não apresentar critérios seguros quanto à relativização do caso julgado –, mas reconhece o mérito que a mesma teve em suscitar o debate em torno dos valores da justiça e da segurança no processo contemporâneo, assim como dá nota da adesão que a referida tese obteve na doutrina brasileira, embora tal posição não seja maioritária.

direito”, os dilemas que perpassam pela metodologia jurídica, e, sobretudo, à luz de uma compreensão moderna e dinâmica do princípio da legalidade e dos seus corolários, que veio substituir a tradicional compreensão estática daquele princípio.

Para esta última, cada corolário do princípio da legalidade tinha um destinatário exclusivo e a proibição de retroatividade dirige-se ao legislador. Já de acordo com a referida compreensão dinâmica, alicerçada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o mandamento de determinação da lei penal dirige-se também ao juiz, auxiliar do legislador na tarefa de precisar o conteúdo dos tipos penais, através da construção de uma jurisprudência consolidada, que solidifique conceitos gerais aplicáveis a grupos de casos. Nesse contexto, coloca-se a necessidade de ser ponderada a confiança dos cidadãos na estabilidade das decisões judiciais, com a possibilidade de ser estendida a proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais, se as mesmas não tomaram em conta a mencionada confiança.

O A. conclui, então, que se a jurisprudência interfere ativamente na determinação do direito penal, salvando de um juízo de inconstitucionalidade tipos penais indeterminados, a proibição de retroatividade deve abarcar também essa mesma jurisprudência, que tornou o tipo penal determinado. Prossegue afirmando que existem atualmente três consensos e uma incerteza fundamental nesta matéria.

Os consensos prendem-se com *(i)* a igualdade, no plano dos factos, no que ao cidadão diz respeito, entre os efeitos das alterações legislativas e jurisprudenciais, *(ii)* a injustiça de uma punição irrestrita de quem foi surpreendido pela mudança de entendimento dos tribunais e *(iii)* a impossibilidade de irrestrita ampliação da proibição de retroatividade para toda e qualquer alteração da jurisprudência, sob pena de levar ao seu indesejável imobilismo. Por outro lado, a incerteza está na definição do critério distintivo para uma possível admissão parcial da irretroatividade de algumas decisões judiciais, solução que ao A. se afigura como a mais razoável.

Antes de focar diretamente a sua atenção na mencionada incerteza, Alaor Leite passa em revista quatro argumentos que militam no sentido da posição tradicional, a saber: o argumento legalista; o argumento dedutivista; o argumento essencialista; e o argumento processual.

O argumento legalista assenta na circunstância de quer a Constituição alemã, quer a Constituição portuguesa exigirem que a punição

se encontre legalmente determinada antes do facto, nada dizendo a respeito da jurisprudência. O A. considera tratar-se de “uma retrógrada visão isolacionista da lei”, sendo certo que a avaliação da eventual inconstitucionalidade de um tipo penal inclui hoje não só a letra da lei, como toda a atividade de interpretação que a jurisprudência realizou sobre a mesma. Ora, este conceito amplo de lei, válido para o efeito do mandamento de determinação, deve valer igualmente para a proibição de retroatividade.

Quanto ao argumento dedutivista, segundo o qual a decisão judicial seria um mero ato de conhecimento e não de criação do Direito, estando, assim, a nova interpretação desde sempre ínsita na lei, pelo que era previsível para o acusado, Alaor Leite sublinha a ingenuidade metodológica deste entendimento, que nega o papel criador do juiz na interpretação. Alerta, no entanto, para o facto de tal não justificar que se vá para o extremo oposto, de estender a proibição de retroatividade indistintamente a qualquer alteração jurisprudencial.

Por seu turno, continuando a seguir este A., o argumento essencialista resume-se às afirmações de que (i) a jurisprudência é essencialmente retroativa, porque decide casos já ocorridos e não formula regras gerais vinculantes *erga omnes* e, também pela sua natureza, (ii) a jurisprudência é controvertida e fácil de ser alterada. Completando a referida primeira consideração, diz-se que a extensão da proibição da retroatividade poderia levar a que se consolidassem, no plano da jurisprudência, entendimentos equivocados.

Relativamente ao segundo ponto, Alaor Leite refere que também a lei, por vezes, surge pouco clara e a permitir alguma facilidade na sua alteração. Quanto à primeira observação, a mesma “acaba por confundir a referência aos factos passados que o mister judicial necessariamente possui com a aplicação retroativa de novos entendimentos jurídicos”. Acresce que “uma extensão da proibição de retroatividade não traz como consequência lógica a proibição de que a jurisprudência altere os posicionamentos. Esse argumento repete a visão estática e anacrônica da relação entre legislação e jurisprudência”.

Por último, o argumento processual consiste em a estrutura do processo penal atual não comportar o alargamento da proibição de retroatividade às decisões judiciais. O A. considera estar-se perante uma verdadeira petição de princípio, uma vez que se existir fundamentação material para a aplicação do mandamento constitucional de proibição

de retroatividade, então o processo penal é que terá de se adequar, e não o inverso.

Alaor Leite retira, em seguida, uma primeira conclusão provisória no sentido de dever ser mantida a separação funcional – não compreendida de maneira estática – entre legislação e jurisprudência, de modo a preservar o fundamento da separação de poderes. Passa, depois, a analisar a posição que designa como intermédia e que assenta na ideia de proteção da confiança. Segundo a mesma, haveria um direito subjetivo do cidadão à estabilidade, previsibilidade e calculabilidade da ordem jurídica, da qual fazem parte as decisões judiciais. Frustrada essa confiança, seria de proteger o cidadão, proibindo a retroatividade da decisão judicial. O A. imputa esta posição ao Tribunal Constitucional Federal alemão.

Mas, para este A., a ideia de proteção da confiança apresenta algumas fragilidades, as quais impedem que seja erigida a critério de decisão. São elas: (i) uma insuperável imprecisão conceitual, na medida em que não passa de uma descrição de um efeito; (ii) falta de clareza quanto aos requisitos necessários para que possa funcionar, sendo a este respeito problemática a definição de jurisprudência consolidada – quantas decisões e de que tribunais? (iii) subjetivização de uma garantia objetiva, ao exigir-se a imprevisibilidade da alteração jurisprudencial para o sujeito afetado; e (iv) imprecisão do próprio conceito de alteração, agravada pelo facto de, na prática, a mesma poder surgir encapotada de um desenvolvimento da jurisprudência anterior.

Alaor Leite afirma, por isso, a título de segunda conclusão provisória, que fundamentar a proibição de retroatividade na proteção da confiança transforma-a numa “questão empírica a ser decidida no interior de um jogo imprevisível de ponderações entre os direitos do afetado e o direito da coletividade a um desenvolvimento da jurisprudência no sentido de uma melhor interpretação das leis. Não raro, o cidadão será sacrificado em nome de um bem geral e terá dado a sua custosa contribuição à evolução jurisprudencial”.

O A. formula finalmente a sua própria posição, avançando que “o verdadeiro problema é a assunção fática por parte da jurisprudência de um mister tipicamente legislativo”. Se, de acordo com a jurisprudência do tempo do facto, 1,2 g/l de álcool no sangue eram insuficientes para preencher o tipo de embriaguez ao volante, é difícil explicar ao visado que, a partir do seu caso, uma mudança técnica de 1,3 g/l para 1,1

g/l torna o seu comportamento punível. A fundamentação do alegado direito do cidadão à não retroatividade de uma determinada alteração jurisprudencial depende da *ratio* da proibição de retroatividade.

Existe “um direito a que o injusto penalmente relevante não seja constituído originariamente a partir e para um determinado caso, mas de forma geral e abstrata pela lei”. “O cidadão tem um direito absoluto a que a *decisão originária* sobre o conteúdo de injusto de determinada modalidade de conduta seja tomada pelo legislador e, quando a jurisprudência excepcionalmente toma essa decisão, o cidadão deve ser protegido pela proibição de retroatividade.” Não se trata, assim, de um direito à jurisprudência do tempo do facto, mas de um direito a que o injusto penal de uma conduta não seja constituído e aplicado, a um só tempo, no caso daquele cidadão.

A proibição de retroatividade incide “nos casos em que a *jurisprudência assume faticamente uma função que, a rigor, caberia ao legislador*”. A distinção fundamental faz-se entre “jurisprudência originariamente constitutiva do conteúdo do injusto penal e jurisprudência concretizadora ou declaratória de um conteúdo de injusto já existente”. No caso da taxa de alcoolemia, o legislador entregou a decisão originária ao juiz, não se trata apenas de concretizar um injusto já delineado em termos gerais. Daí a proibição de retroatividade dever abarcar, nessas situações, a jurisprudência. A outorga do poder leva consigo a aplicação do limite. É esta a “nova *compreensão dinâmica do princípio da legalidade*” proposta, para o problema em análise, por Alaor Leite, com respeito pela separação funcional entre legislação e jurisprudência¹⁰⁹.

2.1.3.4.2. Jorge de Figueiredo Dias

Ao discorrer sobre a aplicação da lei penal no tempo e o princípio da irretroatividade, Figueiredo Dias refere ser interessante a questão de “saber se submetida à proibição de retroatividade está só a lei ou também a jurisprudência. Deverá admitir-se que uma corrente de aplicação jurisprudencial definida e estabilizada possa ser alterada – mesmo sem alteração da lei – *contra* o agente? Exemplos concretos des-

¹⁰⁹ Cfr. ALAOR LEITE, “Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. A irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal”, in *Atas do Colóquio “O direito penal e o tempo”*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2016.

ta questão foram o da mudança de entendimento jurisprudencial na Alemanha quanto à taxa de álcool no sangue, de 1,3g/l para 1,1g/l, para efeitos de condução sob o efeito do álcool, ou na Itália quanto ao jogo das três cartas (por cá vermelhinha), que de jogo de habilidade passou a ser considerado como de azar e por isso penalmente punível”.

O A. responde assim à pergunta: «como conclui Nuno Brandão em recente estudo, a aplicação da nova corrente jurisprudencial que determina a punição do facto praticado ao tempo da jurisprudência anterior, que o considerava criminalmente irrelevante, não constitui propriamente uma violação do princípio da legalidade, mas não deixa de pôr em causa valores que lhe estão associados, pela frustração das expectativas quanto à irrelevância penal da conduta, formadas com base numa interpretação judicial, entre nós eventualmente publicada no DR, quando se trate de entendimento definido em recurso extraordinário para fixação de jurisprudência (artigo 444.º-1 do CPP). E na verdade, o que se alterou foi o conhecimento (em direção pressupostamente a um *melhor* conhecimento) da teleologia e da funcionalidade de uma certa norma jurídica: de outro modo, seria o próprio fundamento da separação de poderes que se poria em causa. Além de que parece ser essa a solução que *de jure constituto* resulta da lei processual penal (artigos 445.º e 446.º do CPP). Todavia, devem os tribunais ser extremamente cuidadosos (sobretudo onde – o que infelizmente não é o caso de Portugal – existam fortes, seguras e geralmente conhecidas orientações jurisprudenciais fundamentais) na modificação de uma corrente contra o agente, mostrando-se em tais circunstâncias ainda mais exigentes no respeito pelo círculo máximo de significações que imputem ao *texto* da lei e não se furtando a um “particular ónus de contra-argumentação”. Deverá, finalmente, assinalar-se que o cidadão que atuou com base em expectativas fundadas numa primitiva corrente jurisprudencial não estará completamente desprotegido, já que poderá por vezes amparar-se numa falta de consciência do ilícito não censurável, que determinará a exclusão da culpa e em consequência da punição»¹¹⁰.

¹¹⁰ Cfr. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I, *Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 185-186.

2.1.3.4.3. *Maria Fernanda Palma*

Num estudo sobre a aplicação da lei penal no tempo¹¹¹, Maria Fernanda Palma aflora o tema da retroatividade da jurisprudência, começando por estabelecer a sua ligação ao problema da interpretação. Com efeito, segundo afirma, o abandono da conceção tradicional de interpretação jurídica desligada da norma reflete-se no conceito de retroatividade.

A A. remete para os ensinamentos de Castanheira Neves, para concluir que se o texto jurídico deixar de ser o verdadeiro fundamento dos elementos extra-literais da interpretação – histórico e teleológico –, como defende aquele A., a retroatividade de uma lei tenderá a depender também das definições jurisprudenciais do Direito relativamente a certas categorias de casos antes decididos. Em última análise, será o precedente da resolução de casos com fundamento em certa lei que revelará a existência de novidade de uma lei posterior.

Para Maria Fernanda Palma, a desvalorização do texto que resulta da mencionada perspectiva tende a implicar que a proibição de retroatividade abranja as próprias mudanças de orientação na jurisprudência incriminadora e punitiva. De novo com Castanheira Neves, considera que a decisão concreta em que essa mudança se verifique significará decerto a imposição a um comportamento ou a um caso situados no passado de uma solução jurídica que então não estava definida e não se reconhecia. Só que uma tal conclusão seria, em seu entender, excessiva, pois levaria a que toda a jurisprudência errada se consolidasse. A proibição de retroatividade jurídica seria a única garantia possível contra alterações jurisprudenciais absolutamente desvinculadas do texto jurídico, às quais a perspectiva de Castanheira Neves, por força do apagamento do texto que propugna, conduz.

¹¹¹ Segundo Maria Fernanda Palma, o princípio geral da não retroatividade das leis assume, no direito penal, a natureza de uma proibição constitucional da retroatividade das normas penais que criem ou agravem a responsabilidade penal. Os fundamentos dessa proibição são, quanto às normas incriminadoras, os princípios da culpa e da segurança jurídica. A possibilidade de uma conduta ser retroativamente incriminada iria contra uma responsabilidade penal que se quer fundamentada na livre determinação do agente pela norma jurídica – a culpa jurídica – e destruiria a garantia das expectativas dos cidadãos quanto ao que é proibido – a segurança jurídica. Cfr., da A., “A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroatividade *in pejus*”, in IDEM / Teresa Pizarro Beza, org., *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998, 413.

A A. entende que uma alteração da jurisprudência que seja somente a correção de uma errada definição do Direito não viola a garantia da proibição de retroatividade das normas incriminadoras se o seu critério, ainda que ampliador da incriminação, for o único critério jurídico possível da decisão. Assim, se, por errada definição da norma incriminadora, os indivíduos do sexo masculino fossem excluídos das vítimas da violação prevista na alínea *b*) do artigo 210.º do CP, na versão de 1982, uma jurisprudência incriminadora e punitiva posterior dessas situações como violação e não apenas como atentado ao pudor não afetaria as garantias dos destinatários das normas.

Em suma: não deverão ser protegidas expectativas de uma menor punição relativamente a condutas para as quais, objetivamente, o texto jurídico encerra um juízo de desvalor idêntico ao de outras reconhecidamente incriminadas¹¹².

2.1.3.4.4. *Maria João Antunes*

Ao analisar as normas e os princípios constitucionais que incidem sobre matéria penal, Maria João Antunes dá nota de que a reserva de lei é, nesta sede, por vezes invocada para sustentar a inadmissibilidade de princípio de sentenças aditivas e substitutivas ou, pelo menos, a respetiva inadmissibilidade quando modifiquem para pior. Em seu entender, na jurisprudência constitucional portuguesa só excepcionalmente pode ser apontado um certo conteúdo normativo às decisões de inconstitucionalidade, um efeito que anda quase sempre associado a um juízo de desconformidade constitucional por violação do princípio da igualdade. Tal sucedeu, por exemplo, nos acórdãos que, no âmbito da fiscalização concreta, julgaram inconstitucionais – por violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, lidos conjugadamente – normas do Código de Justiça Militar que estabeleciam pena superior à do Código Penal.

Noutra passagem do mesmo estudo, a A. demonstra como o entendimento consagrado no Ac. do TC n.º 7/87, de 9 de janeiro de 1987

¹¹² Cfr. Maria Fernanda PALMA, “A aplicação da lei no tempo”, 414-415. Igualmente com interesse, cabe referir que a A., na declaração de voto que aditou ao Ac. do TC n.º 226/97, de 12 de março de 1997 (Rel. Monteiro Diniz) (Proc. n.º 96/96), apelidou a decisão do recurso extraordinário para fixação de jurisprudência (CPP) como um “precedente para decisões judiciais futuras”. *Apud* Fernando José Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 710.

(Mário de Brito) (Proc. n.º 302/86), quanto a algumas questões de constitucionalidade, marcou a jurisprudência futura, nomeadamente no que concerne às atribuições do MP no processo e à reserva de competência do juiz de instrução até à remessa do processo para julgamento. Mais adiante, Maria João Antunes afirma que o TC, embora decida de forma parcimoniosa ao abrigo da norma do artigo 80.º, n.º 3, da LOFPTC, tem imposto determinadas interpretações aos tribunais recorridos [por exemplo, Acórdãos do TC n.º 41/2000, de 26 de janeiro de 2000 (Luís Nunes de Almeida) (Proc. n.º 481/97), e n.º 444/2003, de 8 de outubro de 2003 (Mário Torres) (Proc. n.º 470/03)]. Continuando, considera que os julgamentos do TC, em fiscalização concreta, se têm repercutido em alterações legislativas. Assim, a jurisprudência do TC foi expressamente invocada na Exposição de motivos das Propostas de lei que deram origem às Leis n.ºs 59/98, de 25 de agosto, e 48/2007, de 29 de agosto, mediante as quais foi revisto o CPP. Tal sucedeu mesmo quando a norma não havia sido objeto de uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral¹¹³.

Num trabalho posterior, esta A. voltou a abordar o princípio da legalidade criminal, sublinhando a relevância, na atualidade, da sua proteção multinível, isto é, não apenas pelo direito interno e pela Constituição, como também pelo direito europeu e pelo direito internacional e, ainda, pela jurisprudência de tribunais supranacionais. Neste âmbito, com interesse para o presente estudo, Maria João Antunes dá nota da “doutrina Parot”. Trata-se do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal espanhol, no caso de Henri Parot, no sentido de os benefícios penitenciários decorrentes da prestação de trabalho serem computados em cada uma das penas dos crimes em concurso e não por referência ao limite máximo de trinta anos de cumprimento sucessivo de penas, o que atrasou a libertação do visado.

Esta interpretação inovadora do referido Supremo Tribunal, já que até então se considerava que a remição da pena por trabalho incidia

¹¹³ Cfr. Maria João ANTUNES, *Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional*, Relatório português à XIII Conferência trilateral dos Tribunais Constitucionais de Itália, Espanha e Portugal, subordinada ao tema “A Constituição e os princípios penais”, que teve lugar em Madrid, nos dias 13 a 15 de outubro de 2011, Parte I, 5.2., e Parte II, 2.1., 3.1. e 3.2., acessível em <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/06-M-J-Antunes-jurisprud%C3%Aancia-rc-penal.pdf>>. V. igualmente, da A., *Direito Processual Penal*, 23.

sobre o limite máximo de trinta anos de cumprimento sucessivo e não sobre cada uma das penas a cumprir sucessivamente, baseou-se, para além de argumentos específicos de direito penal, no entendimento segundo o qual não é aplicável à jurisprudência a proibição de retroatividade desfavorável, porque o texto constitucional a reservou para a lei. A expectativa de Henri Parot quanto ao momento da sua libertação saiu, assim, defraudada, uma vez que o critério do cômputo da remição da pena por trabalho foi alterado, pela via jurisprudencial, já durante a execução das penas. O caso de Henri Parot não chegou a ser apreciado, em sede de recurso de amparo, pelo Tribunal Constitucional espanhol, mas noutros casos semelhantes este Tribunal decidiu sempre, ainda que por maioria, pela não violação do direito fundamental à legalidade penal: a forma de computar o benefício da remição do trabalho na pena não afeta esta última, antes a sua execução, o que exorbita do âmbito do direito fundamental à legalidade penal constitucionalmente consagrado; e a conformidade constitucional de uma alteração jurisprudencial deve ser apreciada não perante o direito fundamental à legalidade penal, mas sim a partir de outros parâmetros, nomeadamente o princípio da igualdade na aplicação da lei.

Conforme refere Maria João Antunes, a “doutrina Parot” chegou ao TEDH pela queixa de Inés del Río Prada, que deu lugar à decisão de 10 de julho de 2012, tirada em secção, e à de 21 de outubro de 2013, do tribunal pleno. De acordo com o entendimento jurisprudencial anterior ao caso Parot, Inés del Río seria libertada em julho de 2008. Por força da anteriormente descrita interpretação normativa, que data de 2006, Inés del Río passou a poder ser libertada apenas em junho de 2017. O TEDH concluiu, por unanimidade, que, a partir de 3 de julho de 2008, a privação da liberdade da Queixosa contrariou a norma do artigo 5.º, § 1.º, da CEDH. No que respeita ao princípio da legalidade criminal, decidiu, por maioria, no sentido da violação do artigo 7.º da CEDH. A propósito da previsibilidade da lei penal, entendeu que a noção de “direito” da mencionada norma corresponde à de outros artigos da CEDH, incluindo tanto o Direito de fonte legislativa como o de fonte jurisprudencial. Para o TEDH, por mais clara que seja a redação de uma disposição legal, em qualquer ordenamento e ramo do Direito, existe necessariamente um momento de interpretação judicial, pelo que a jurisprudência contribui para a evolução progressiva do Direito.

No caso, a modificação do critério do cômputo da remição da pena por trabalho resultou, não de uma intervenção legislativa, mas de uma alteração ao nível da jurisprudência do Supremo Tribunal espanhol, o que não dispensava a resposta à questão de saber se a “doutrina Parot” era razoavelmente previsível para Inés del Río. O TEDH julgou que nada fazia antecipar a mencionada interpretação inovadora, que teve como efeito uma modificação desfavorável do sentido da pena. De acordo com Maria João Antunes, a “doutrina Parot” e a jurisprudência constitucional que se lhe seguiu foram censuradas por uma parte significativa da doutrina espanhola, que, assim, saudou o posicionamento do TEDH. O caso Inés del Río comprova a extensão do princípio da legalidade criminal, enquanto dele decorre a proibição de retroatividade *contra reum* ou *in malam partem*, a alterações jurisprudenciais desfavoráveis que não sejam razoavelmente previsíveis para o agente da prática do crime¹¹⁴.

2.1.3.4.5. Nuno Brandão

A necessidade de ser assegurada uma jurisprudência uniforme, sobretudo no domínio penal, como forma de garantir os valores da certeza e da segurança jurídicas, essenciais para que os cidadãos possam conduzir as suas vidas e também para uma coexistência social pacífica, mereceu a atenção de Nuno Brandão, num estudo em que começou por recordar a história do instituto dos assentos e delineou uma análise comparativa entre os mesmos e a jurisprudência obrigatória.

Nesse estudo, o A. manifesta compreensão pelas dificuldades experimentadas pelos tribunais, numa época de grande volume e complexidade das leis, cuja interpretação, compreensão e densificação são cada vez mais difíceis, de par com uma elevada sobrecarga de trabalho, em particular ao nível da primeira instância, onde não há tempo para aprofundar as questões.

¹¹⁴ Cfr. Maria João ANTUNES, “Proteção multinível do princípio da legalidade criminal – a “doutrina Parot” e o caso *Inés del Río Prada*”, in José de Faria COSTA *et al.*, org., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I, *Direito Penal*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, (Studia Iuridica 108; Ad Honorem 8); e, mais recentemente, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, reimpr., Coimbra: Almedina, 2020, 97-105, em especial p. 103-105. Na jurisprudência do TEDH, v. também o Ac. de 3 de dezembro de 2019 (Caso *Parmak e Bakir contra a Turquia*) (Queixas n.ºs 22429/07 e 25195/07), acessível através do sítio do TEDH na internet.

Parece-lhe, por isso, “que hoje deve ser perspectivado com naturalidade, mas não sem preocupação, o facto de em relação a problemas iguais ou semelhantes o sistema produzir decisões não totalmente coincidentes ou mesmo completamente díspares. A emergência de questões que nunca antes haviam sido objeto de apreciação judicial, a necessidade de pensar e resolver problemas já conhecidos à luz de novos critérios legislativos ou de perspectivas inovadoras trazidas pela doutrina e o papel cada vez mais conformador que a lei vai atribuindo ao juiz potenciam as divergências jurisprudenciais”.

Nuno Brandão analisa, seguidamente, aquilo que designa como contrastes jurisprudenciais, numa dupla perspetiva: (i) divergências diacrónicas, as quais se dão quando uma corrente jurisprudencial, relativamente estável e consolidada, é substituída por outra; e (ii) divergências sincrónicas, que correspondem às situações em que, num determinado período de tempo, coexistem na jurisprudência duas ou mais propostas de solução distintas para o mesmo problema jurídico.

No que concerne às divergências diacrónicas, o A. equipara-as, de certa forma, à lei penal incriminadora retroativa, que a proibição de retroatividade, ínsita no princípio da legalidade criminal, não permite. Em homenagem à segurança jurídica, exige uma especial prudência a essas decisões de *viragem* da jurisprudência e, ainda, um especial ónus de fundamentação, invocando, a propósito, o disposto pelo artigo 445.º, n.º 3, do CPP.

A proteção da segurança jurídica aponta, segundo Nuno Brandão, no sentido da consagração da cláusula *ex nunc*, na linha do *prospective overruling* norte-americano: a nova orientação jurisprudencial será de aplicar apenas a factos que lhe sejam posteriores; aos factos anteriores deve continuar a aplicar-se a jurisprudência corrente ao tempo da sua comissão, da qual resultava um tratamento penal mais favorável.

Para melhor justificar a sua posição, o A. alude à norma do artigo 447.º, n.º 3, do CPP, embora reconheça a expressão muito limitada da mesma, que não comporta aplicação analógica, dado ser uma norma excecional, e também por força do regime do artigo 446.º do CPP, concretamente a obrigatoriedade de o MP interpor recurso sempre que se depare com uma decisão contrária a jurisprudência fixada pelo STJ, sendo que este último, se entender manter-se fiel ao novo sentido que definiu, deve aplicá-lo no processo.

Conclui, então, este A. que o CPP não foi sensível à referida cláusula *ex nunc*, a qual permitiria conciliar a evolução da jurisprudência com

a tutela dos valores da segurança jurídica e da igualdade. Em seu entender, o problema deve ser repensado pelo legislador, não se justificando afirmar a inconstitucionalidade dos mencionados preceitos do CPP.

Relativamente às divergências sincrónicas, Nuno Brandão afirma que, para além da perda de autoridade e do descrédito que envolvem para o sistema de administração da justiça, elas impedem que a norma jurídica cumpra a sua função orientadora das condutas dos cidadãos e lesam o princípio da igualdade. Daí a existência de mecanismos tendentes a promover a uniformidade jurisprudencial.

O A. considera, contudo, que – conforme, em seu entender, se verificou, entre nós, durante o longo período de vigência dos assentos – mais importante do que as regras legais a imporem o efeito vinculativo de certas decisões dos supremos tribunais, é a existência de uma cultura de respeito pelos tribunais quanto às decisões das instâncias superiores. Razão pela qual se lhe afigura positiva e acertada a opção do artigo 445.º, n.º 3, do CPP, na sua redação atual, no sentido de os tribunais judiciais terem de fundamentar eventuais divergências em relação a jurisprudência fixada pelo STJ¹¹⁵.

2.1.3.4.6. Sérgio Mascarenhas de Almeida

Sérgio Mascarenhas de Almeida veio dar um contributo para o esclarecimento da possibilidade de criação de normas jurídicas pelos acórdãos de uniformização de jurisprudência penal. Sintetizando o seu pensamento, é o próprio A. quem afirma: (i) o regime de uniformização de jurisprudência penal vigente redundava na criação de normas gerais e obrigatórias; (ii) essa atividade dos tribunais distingue-se da criação de normas pela via legislativa; (iii) não viola o disposto no artigo 112.º, n.º 5, da CRP; e (iv) corresponde ao desempenho da função judicial, conforme a mesma se encontra prevista na Constituição.

Quanto à primeira questão, o A. comparou, a título exemplificativo, o primeiro assento em matéria penal (Assento n.º 11/32¹¹⁶) com o último acórdão de uniformização de jurisprudência proferido à data

¹¹⁵ Cfr. Nuno BRANDÃO, “Contrastes jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais”, in Manuel da Costa ANDRADE, org., *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 1301-1314.

¹¹⁶ Assento do STJ n.º 11/32, proferido no Ac. do STJ de 16 de dezembro de 1932 (Silva Monteiro) (Proc. n.º 023578): “A substituição por prisão das multas impostas por transgressões deve fazer-se à razão de 10 escudos por dia”.

da conclusão da redação do seu estudo (AUJ n.º 14/2014¹¹⁷). Concluiu ser patente a consistência formal das duas decisões, correspondendo à estrutura típica da norma formada por uma previsão e uma estatuição, ambas abstraindo do caso e dos agentes concretos, sendo, portanto, suscetíveis de constituir critério de decisão em casos futuros. E mais: afirmou a possibilidade de ser retirada idêntica conclusão das demais decisões assentadas ou uniformizadas, porque o seu conteúdo é idêntico. Assim, em ambos os casos, temos a criação de normas jurídicas.

No que se refere ao segundo problema, da normatividade da jurisprudência por comparação com a lei, Sérgio Mascarenhas de Almeida começou por referir que a doutrina – a que Castanheira Neves tinha dado a mais acabada expressão – que levou ao fim dos assentos tinha como base o pressuposto de que qualquer ato criador de normas jurídicas se traduzia num ato legislativo. Lei equivalia a norma e esta última à primeira. Era o conhecido fenómeno do juiz-legislador.

O A. adotou os ensinamentos de Mauro Cappelletti, segundo o qual a diferença entre jurisdição e legislação não é de natureza, mas sim de frequência ou quantidade. Por outro lado, deixou claro ser possível criar, agregar, ordenar e sistematizar normas, isto é, instituir regimes jurídicos, sem ser pela via da lei. O sistema jurídico emerge também de práticas sociais, como sucede com o costume e a jurisprudência. Neste último caso, trata-se de uma criação atomística de normas em função das necessidades concretas da ordem jurídica. O modelo organiza-se da base para o topo, enquanto o modelo legal decorre do topo para a base. Assim, os processos legislativo e jurisdicional serão ambos processos de criação do Direito, revestindo idêntica natureza, mas com as mencionadas variantes.

Por isso, este A. concluiu que criar normas não era necessariamente legislar, atribuir a uma determinada instância poderes para a criação de normas não significava necessariamente conceder-lhe poderes legislativos.

¹¹⁷ AUJ n.º 14/2014, de 28 de maio de 2014 (Armindo dos Santos Monteiro) (Proc. n.º 171/12.3TAF LG-GI-A-SI), publicado no DR, n.º 203, 1.ª série, de 21 de outubro de 2014, 5331-5354: “Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Ex.º Magistrado do MP, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime de desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária”.

Relativamente ao enquadramento do seu pensamento, conforme ficou descrito, na nossa Constituição, Sérgio Mascarenhas de Almeida afluou, de início, o sentido de lei subjacente à CRP. Em seu entender, para a Constituição, lei não é igual a norma, mas sim a sistema normativo substantivo. O A. enfatizou o facto de o texto constitucional atribuir à legislação uma função primacial de definição de sistemas materiais de regulação de domínios jurídicos específicos: estatutos (por exemplo, político-administrativos), organização (por exemplo, Governo), planos (grandes opções), bases (por exemplo, serviço nacional de saúde), regimes (por exemplo, estado de sítio e estado de emergência), sistemas (por exemplo, serviço nacional de saúde). Ou seja, o ato legislativo como a produção de um todo normativo intencionalmente unitário e complexo não redutível à norma.

Assim, segundo o A., a reserva constitucional de legitimidade para a criação de categorias de atos legislativos, constante da primeira parte do n.º 5 do artigo 112.º da CRP, respeitava apenas a atos criadores e instituidores de sistemas normativos substantivos. Como podiam existir atos normativos que não fossem atos legislativos, nesse caso não se enquadravam na previsão do preceito constitucional. A institucionalização de um regime de uniformização de jurisprudência, nomeadamente penal, não era inconstitucional, pois não criava uma nova modalidade de atos legislativos.

Passando para as dificuldades colocadas à eficácia externa da uniformização de jurisprudência pela norma da segunda parte do n.º 5 do artigo 112.º da CRP, o mesmo A. ultrapassou-as, respaldando-se, para o efeito, noutra disposição da Constituição, concretamente o seu artigo 205.º, n.º 2, segundo o qual as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas. Para Sérgio Mascarenhas de Almeida, a norma do artigo 445.º, n.º 3, do CPP (“[a] decisão que resolver o conflito não constitui jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais”), na medida em que abria uma exceção à mencionada obrigatoriedade das decisões judiciais, é que era paradoxal e violava o citado artigo 205.º, n.º 2, da CRP. Deste modo, com fundamento na Constituição, ficava assegurada a necessária eficácia externa dos acórdãos de uniformização de jurisprudência.

Por último, o A. sustentou que a criação de normas jurídicas pelos tribunais, incluindo a uniformização de jurisprudência, correspondia a um poder intrínseco ao exercício da função judicial, a qual se inscrevia

no âmbito da administração da justiça, que a CRP atribui aos tribunais (artigo 202.º). O fundamento do poder de os tribunais criarem normas uniformizadoras reside na Constituição, não na lei de processo, que se limita a regular a matéria. A uniformização de jurisprudência, no caso penal, não padecia de inconstitucionalidade¹¹⁸.

2.1.3.5. *Uma apreciação crítica*

A renovação da teoria das fontes do Direito constitui hoje, entre nós, um dado adquirido, de par com um entendimento moderno do princípio da separação de poderes. Não obstante a judiciosidade de grande parte dos contributos referenciados, a doutrina penalista é compreensivelmente aquela que mais longe tem levado o estudo do objeto do presente trabalho.

2.2. Brasil

2.2.1. *A lei*

Tradicionalmente considerado como pertencendo ao Direito continental¹¹⁹, o ordenamento jurídico brasileiro – que, em seu tempo,

¹¹⁸ Cfr. Sérgio Mascarenhas de ALMEIDA, “A uniformização de jurisprudência penal criadora de normas jurídicas”, in Fernando José BRONZE *et al.*, *Juízo ou Decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito*. VI Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social, Coimbra: Instituto Jurídico, 2016.

¹¹⁹ Cfr. Thomas da Rosa de BUSTAMANTE, “Precedent in Brazil”, in *Precedent and the Law. Reports to the XVIIth Congress. International Academy of Comparative Law*, Utrecht 16-22 July 2006 (ed. Ewoud Hondius), Bruxelas: Bruylant, 2007, 289 e 293. Através deste artigo – que a evolução legislativa entretanto ocorrida tornou desatualizado, quanto à matéria do presente trabalho – obtém-se uma descrição da organização judiciária brasileira. Segundo Lohana Cavalcanti Costa, o sistema jurídico brasileiro é afetado por um paradoxo metodológico decorrente da necessidade de compatibilizar um direito constitucional amplamente influenciado pela cultura norte-americana com um legado infraconstitucional profundamente marcado pelas influências europeias, de cunho romano-germânico. Cfr., da A., *Os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência no Código de Processo Civil*, trabalho de conclusão de curso apresentado ao programa de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, Salvador, 2018, disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/26492>>. Há quem afirme que “o Brasil, na verdade, é mestiço até mesmo no seu sistema jurídico”. Cfr. Lucas Buril MACÊDO, *Precedentes judiciais*, 76.

conheceu o instituto dos assentos¹²⁰ – fez, em 2015, através do NCP (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015), uma aproximação muito grande¹²¹ à *common law* em matéria de precedentes judiciais¹²².

Baseando-se no facto de o seu país ser um Estado Federado, com controlo difuso da constitucionalidade, sem uma jurisdição administrativa separada da justiça comum e, agora, com precedentes judiciais vinculativos, o A. entende que o Brasil se encontra numa posição de vanguarda no movimento de aproximação entre as tradições da *civil law* e da *common law*.

¹²⁰ Cfr. Bruna Duque Estrada Santos SANTOS – *A existência de uma teoria de precedentes judiciais à luz do novo Código de Processo Civil*, Niterói, 2017, trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, 15, acessível em <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/7873>>. Nas palavras da A., “durante o período em que o Brasil figurou como colônia de Portugal, este mesmo sistema de assentos que constituíam as decisões nas Casas de Suplicação portuguesas foi adotado no Brasil, sendo certo que, enquanto dependente de Portugal, a colônia também experimentou o modelo de precedentes vinculantes em seu ordenamento. Frise-se que com a vinda da família real portuguesa para o Brasil em 1808, foram criadas as próprias casas de suplicação brasileiras, onde eram emitidos os seus próprios assentos. Mesmo depois da independência do Brasil de Portugal, os assentos continuaram sendo produzidos, até que, em 1875, o Decreto 2.684 ratificou a aplicação de todos os assentos existentes até então, conferindo-lhes força de lei, além de autorizar que o Supremo Tribunal de Justiça – mais alta corte brasileira criada para substituir as Casas de Suplicação – emitisse novos assentos com eficácia vinculante. Somente com a proclamação da República estes assentos vinculantes foram extintos, inexistindo, a partir disto, julgados com eficácia vinculatória, sendo certo que as decisões do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário eram dotadas de um importante caráter persuasivo, mas não vinculante”.

¹²¹ Em sentido diferente, sublinhando como o *legicentrismo* ainda molda o Direito brasileiro, em sede de fontes formais do Direito, bem como concluindo pelo caráter muito peculiar do sistema de precedentes recentemente introduzido no mesmo ordenamento, que apelida de precedente “à brasileira”, Rodrigo de Souza GONÇALVES, “La regla del precedente en el sistema de justicia civil brasileño. Un modelo *sui generis*”, in Marina GASCÓN ABELLÁN / Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, coord., *La construcción del precedente en el civil law*, Barcelona: Atelier, 2020. O A. considera que o objetivo do legislador foi criar um mecanismo processual para combater a litigiosidade repetitiva, ou seja, que a preocupação dominante revestiu natureza meramente quantitativa. Daí que uma única decisão, de um verdadeiro *processo-piloto*, possa assumir efeito vinculante, ser obrigatória, em sentido *top-down* e em contraste com o *stare decisis* da *common law*, que exige a consolidação de decisões reiteradas sobre o mesmo tema e é construído *bottom-up*, baseando-se no contraditório substancial e na troca de argumentos entre as partes. Assim, no Brasil optou-se por um *standard* decisório alicerçado na autoridade e não na qualidade, o que contraria a essência do *stare decisis*, que se preocupa com a estabilidade dos motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

¹²² Algumas vozes críticas desta opção defendem a inconstitucionalidade do novo regime legal, com base, sobretudo, nos seguintes argumentos: (i) a Constituição

Começando pela Constituição Federal de 1988, ela assegura, no seu artigo 5.º, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II) e que a mesma não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (inciso XXXVI). Esta última norma, de par com o preâmbulo do diploma, ao referirem a segurança, são considerados como consagrando o princípio da segurança jurídica¹²³. Também com interesse, o inciso

Federal reserva o efeito vinculante para as súmulas; (ii) as mesmas resultam de um procedimento rígido e qualificado, obedecendo a requisitos rigorosos, pelo que seria paradoxal admitir um efeito vinculante onde tais pressupostos não existem; (iii) o regime dos precedentes vinculantes contraria o princípio constitucional da separação de poderes (artigo 2.º da Constituição brasileira), na medida em que corresponde a uma intromissão do poder judiciário na esfera do poder legislativo; (iv) tal intromissão carece de autorização constitucional expressa; e (v) o novo regime legal também contraria o princípio da independência funcional dos juízes (artigo 95.º da Constituição Federal), fazendo-o, mais uma vez, sem a necessária autorização constitucional. Cfr. Bruna Duque Estrada Santos SANTOS – *A existência de uma teoria de precedentes judiciais*, 40-44. Ravi de Medeiros Peixoto dá nota, de forma fundamentada, de como “o raciocínio da doutrina para apontar a inconstitucionalidade dos precedentes parece estar muito conexo com o desenvolvido pelo Tribunal Constitucional português para decretar a inconstitucionalidade dos assentos”. Cfr., do A., “(In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC /2015: um debate necessário”, *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco* 11 (2018) 307-328. No sentido de que o novo regime dos precedentes judiciais não é inconstitucional, por exemplo, Cláudio Penedo MADUREIRA, “Constitucionalidade da vinculação dos julgadores a precedentes judiciais”, in *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional* 17/69 (julho/setembro de 2017). Este A. afirma: (i) a suposição de que os juízes, num sistema de precedentes, se convertem em legisladores foi há muito refutada por Cappelletti e Dworkin; (ii) quando procedem à reconstrução do Direito positivo, os juízes não contrariam o princípio democrático, antes o confirmam; (iii) os precedentes são “normas gerais e concretas” (Hermes Zaneti Júnior), que não ofendem os princípios da legalidade e da separação de poderes; (iv) a adoção de precedentes como parâmetros para a aplicação do Direito corresponde a uma integração das funções exercidas pelos poderes legislativo e judiciário, reduzindo a discricionariedade dos juízes; (v) a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes impede a prolação de decisões distintas para casos iguais, possibilitando, assim, uma melhor efetivação da igualdade; (vi) o caráter vinculativo dos precedentes confere maior segurança ao ordenamento jurídico, pois a estabilidade não se reduz ao Direito legislado, exigindo também a continuidade e o respeito das decisões judiciais, no caso os precedentes. De todos estes argumentos resulta, segundo o A., a constitucionalidade da opção político-legislativa.

¹²³ Cfr. Humberto ÁVILA, *Certainty in Law*, trad. inglesa, Suíça: Springer, 2016, 2, 122-124, 127-128 e 131-134. Segundo o A., a segurança jurídica é, ainda, tutelada indiretamente pela Constituição, desde logo através do primado do Direito e do princípio do Estado social de Direito (p. 135-165). Humberto Ávila manifesta estar ciente

LXXVIII do citado artigo 5.º estabelece que a todos, nos âmbitos judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.

No respetivo artigo 93.º, a atual Constituição brasileira determina que uma lei complementar, da iniciativa do Supremo Tribunal Federal, regulará o Estatuto da Magistratura¹²⁴, observando um conjunto de princípios, entre os quais cabe aqui destacar o de todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serem públicos, assim como o de serem fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (corpo do artigo e inciso IX). A norma sobre o dever de

da inevitável tensão, no âmbito do ordenamento jurídico, nomeadamente das suas fontes, entre tradição e mudança, sendo que a imobilidade conduzirá à inefetividade da regra jurídica, mas revela também toda a sua preocupação com a instabilidade e a incerteza jurídicas, incluindo ao nível da jurisprudência, a qual produz consequências muito negativas para a vida dos cidadãos e das empresas, com especial acuidade no direito fiscal, seu domínio de eleição (p. 25-26). Por força da referida incerteza, a norma jurídica não cumpre a sua função, colocando em causa a autodeterminação do ser humano, que é orientado para o futuro. Para o A., o poder judiciário deve contribuir para a preservação da segurança jurídica (p. 96). A certeza, no Direito, será sempre um conceito relativo, mas com projeções ao nível (i) da cognoscibilidade e inteligibilidade dos enunciados normativos e do seu significado, (ii) da estabilidade das normas e da confiança nessa mesma estabilidade, e (iii) da determinabilidade e previsibilidade, com os cidadãos a poderem dispor dos instrumentos que lhes permitam antecipar o sentido das decisões judiciais (v. o prefácio de Riccardo Guastini). Humberto Ávila distingue entre a eficácia declarativa do Direito, característica de uma decisão judicial, que tem por objeto factos que aconteceram no passado, situação que, em seu entender, não coloca especiais dificuldades no plano da cognoscibilidade e da previsibilidade do Direito, e a verdadeira eficácia retroativa de normas jurídicas, caso em que os particulares são surpreendidos pela aplicação de uma regra que desconheciam (p. 344-346). O A. reconduz a força dos precedentes ao princípio da igualdade, do qual decorre o princípio da coerência, afirmando que as mudanças de entendimento, no plano da jurisprudência, devem ser não só fundamentadas, como bem estruturadas e suaves, respeitando as posições consolidadas no domínio da orientação anterior (p. 335-336). O critério para avaliar as referidas mudanças não pode ser abstrato, antes tem de ponderar as circunstâncias do caso concreto e os direitos e as expectativas jurídicas dos particulares envolvidos. O A. defende a modulação dos efeitos das sentenças judiciais, citando, a propósito, jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (p. 335-422).

¹²⁴ Sobre as garantias constitucionais – de natureza institucional e funcional – do poder judiciário brasileiro, v. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira ROCHA – “A independência do poder judiciário e o estatuto dos magistrados na constituição brasileira de 1988”, in António Pedro Barbas HOMEM *et al.*, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Seminário Internacional* Coimbra: Almedina, 2009.

fundamentação das decisões judiciais foi replicada no artigo 11.º do NCPC¹²⁵.

Nos termos da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do poder judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (artigo 28.º, parágrafo único). Por outro lado, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal, considerando razões de segurança jurídica ou de excecional interesse social, pode, por maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só terá eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (artigo 27.º)¹²⁶.

¹²⁵ A importância do dever de fundamentação na formação do precedente judicial é realçada por Marcelo Negri SOARES / Monica Bonetti COUTO / Jessica Chaves COSTA – “Dever de fundamentação e precedentes no novo CPC: uma análise à luz do modelo constitucional de processo”, in RECD *da* UFSM 13/2, em especial p. 569-573. Afirmando a existência – a partir da entrada em vigor do NCPC e por força da consagração, pelo mesmo, de um sistema de precedentes – de um “padrão máximo” de justificação interna e externa das decisões judiciais, Clayton MARANHÃO, “O dever constitucional da fundamentação da sentença e o novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro”, REDP 10/172 (julho a dezembro de 2016). Por seu lado, há quem tenha concluído que “a exigência de fundamentação adequada pelo magistrado faz surgir, de modo correlato, um dever similar para as partes, que também não podem apenas arrolar uma série de ementas ou súmulas e exigir que o juiz verse detidamente sobre o porquê de não segui-las”. Pelo contrário, os litigantes “devem invocar e utilizar adequadamente os precedentes, citando seus fundamentos, demonstrando as semelhanças fácticas e jurídicas pertinentes, mediante um cotejo analítico entre os casos. Em não fazendo essa devida invocação do precedente em suas peças e manifestações, as partes não têm direito de exigir do juiz a realização da distinção, superação ou do desafio”. Cfr., citando Juraci Mourão Lopes Filho, André Araújo MOLINA, “Litigância de má-fé por desrespeito aos precedentes”, RJLB 4/2 (2018) 712.

¹²⁶ A solução legislativa foi inspirada no Direito comparado e o artigo 282.º, n.º 4, da CRP prevê uma disposição semelhante. Cfr. Thomas da Rosa de BUSTAMANTE, *Teoría del Precedente Judicial. La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales*, trad. espanhola, Lima: Ediciones Legales, 2016, 461.

O instituto da súmula vinculante¹²⁷, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, encontra-se previsto no artigo 103.º-A da Constituição Federal, que dispõe que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou após solicitação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir da sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre

¹²⁷ Dando nota de como alguns juristas, críticos do sistema legal, consideram que aos juízes é assim retirada a independência decisória, pelo que afirmam que se passou do “juiz-boca-da-lei” para o “juiz-boca-da-súmula”, Kamilla Ramos da SILVA – *A eficácia dos precedentes judiciais*, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, Anápolis, 2019, acessível em <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/8587/1/TCS%20-%20KAMILLA%20RAMOS%20-%20mat.%201520586.pdf>> (“É um devaneio pensar que normas prontas são capazes de encaixar-se perfeitamente ao caso analisado e, assim, resolvê-lo de maneira justa”). Diferentemente, há quem entenda não só que a separação de poderes pode assumir diversas formas, não precisando de ser implantada na mais pura, como que mesmo antes da adoção da súmula vinculante pelo Direito positivo brasileiro a jurisprudência dos tribunais superiores já vinculava, sob pena de aos mesmos ser retirada a função que os justifica. Cfr., citando Calmon de Passos, Teresa Arruda Alvim WAMBIER – “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*”, *Revista de Processo* 34/172 (junho de 2009) 162. Para esta A., a função do Direito é, por um lado, “gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade”, e, por outro lado, “ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo” (p. 122). A mesma A. reconhece que “no Brasil, a liberdade de o juiz decidir conforme sua convicção tem sido levada às últimas consequências”, podendo-se “enxergar um desrespeito ao Estado de Direito” (p. 121), para concluir da seguinte forma: “admitirem-se decisões diferentes concomitantes ou, ainda, as tais grandes *viradas*, é negar o Estado de Direito, é estimular a propositura de ações e o ato de recorrer. A quem interessa esta situação? (...) É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz de *civil law* não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa. Mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia” (p. 174).

órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (§ 1.º do citado artigo 103.º-A). Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (§ 3.º do mesmo artigo 103.º-A).

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de dois terços dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (artigo 4.º da Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006). Uma vez revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou mediante solicitação, procederá ao seu cancelamento ou à sua revisão, conforme o caso (artigo 5.º da citada Lei n.º 11.417).

Igualmente relevante é o disposto no artigo 23.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que foi aditado pela Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018: a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer uma interpretação ou orientação nova sobre uma norma de conteúdo indeterminado, impondo um novo dever ou um novo condicionamento de direito, deverá prever um regime de transição quando isso for indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo dos interesses gerais.

Por último, temos a consagração do sistema de precedentes no NCPC¹²⁸. O seu artigo 926.º prescreve o dever de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência e a manterem estável, íntegra e coerente. Segundo o respetivo § 1.º, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante. Dispõe o § 2.º que,

¹²⁸ Menção também para o Código de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que prevê o caso julgado *erga omnes*, por exemplo, nas ações coletivas destinadas à defesa de interesses difusos dos consumidores (artigo 81.º, parágrafo único, inciso I, e artigo 103.º, inciso I).

ao editarem enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fácticas dos precedentes que motivaram sua criação.

De acordo com o artigo 927.º do NCPC, os juízes e os tribunais observarão: *(i)* as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controlo concentrado de constitucionalidade (inciso I); *(ii)* os enunciados de súmula vinculante (inciso II); *(iii)* os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III); *(iv)* os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inciso IV); e *(v)* a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inciso V).

A alteração de tese jurídica adotada num enunciado de súmula ou num julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a nova discussão da tese (§ 2.º do artigo 927.º). Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela que for oriunda do julgamento de casos repetitivos, pode haver uma modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica (§ 3.º do mesmo preceito legal).

A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de uma fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (§ 4.º do citado artigo 927.º). Os tribunais darão publicidade aos seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores (§ 5.º do normativo em causa).

Ainda segundo o NCPC, são elementos essenciais da sentença: *(i)* o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com o resumo do pedido e da contestação, e o registo das principais ocorrências havidas no andamento do processo; *(ii)* os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de facto e de direito; e *(iii)* o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem (respetivamente, incisos I a III do artigo 489.º). Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: *(i)* se limitar à indicação, à reprodução

ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar a sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto da sua incidência no caso; (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v) se limitar a invocar um precedente ou um enunciado de súmula, sem identificar os seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e (vi) deixar de seguir um enunciado de súmula, jurisprudência ou um precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de diferença no caso em julgamento ou a superação do entendimento em causa (incisos I a VI, respectivamente, do § 1.º do mesmo artigo 489.º).

2.2.2. *A doutrina*

A consagração pelo legislador brasileiro de um sistema de precedentes judiciais¹²⁹ deu-se como reação à denominada “jurisprudência lotérica”¹³⁰ e foi antecedida por um conjunto de relevantes trabalhos

¹²⁹ Para uma apresentação do novo regime, Mateus Vargas FOGAÇA / Marcos Vargas FOGAÇA, “Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil”, *RFD da UFGM* 67 (julho/dezembro de 2015). São múltiplas as possíveis irradiações. Assim, por exemplo, quanto à litigância de má-fé por desrespeito aos precedentes, André Araújo MOLINA, “Litigância de má-fé”, em especial p. 722-736. Um balanço dos primeiros quatro anos de vigência do NCP, que está em vigor desde março de 2016, foi feito por Guilherme Machado de OLIVEIRA, “Notas sobre os precedentes judiciais e os quatro anos de vigência do Código de Processo Civil”, *Brazilian Journal of Development* 6/8 (agosto de 2020) 56710-56712. Com base numa pesquisa que se encontra publicada, o A. conclui que, apesar de o NCP prever regras imperativas para a aplicação dos precedentes e manutenção da uniformidade jurisprudencial, ainda persiste uma certa resistência aos precedentes por parte dos magistrados. Os mesmos reconhecem, por um lado, que o sistema confere maior segurança jurídica e acelera a prestação jurisdicional, mas, por outro lado, entendem que afeta a respetiva independência na interpretação e na aplicação da lei. No sentido de que os precedentes vinculantes podem constituir o ponto de partida para o diálogo e para a interação entre a corte vinculante e as cortes vinculadas, que não ficam, assim, esvaziadas do poder de contribuir para o desenvolvimento judicial do Direito, o qual se faz por “rodadas”, Patrícia Perrone Campos MELLO / Paula de Andrade BAQUEIRO, “Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal”, *RBPP* 8/1 (abril de 2018) em especial p. 675-688.

¹³⁰ Cfr. Lohana Cavalcanti COSTA, *Os deveres de uniformização*, 7, citando um artigo de Eduardo Augusto Salomão Cambi, intitulado precisamente “jurisprudência

doutrinários sobre a matéria, que lhe asseguraram o necessário respeito¹³¹. Dá-se seguidamente nota de alguns deles.

2.2.2.1. *Antonio do Passo Cabral*

Num estudo sobre o caso julgado e as preclusões processuais, Antonio do Passo Cabral começa por sublinhar a forma como a mudança caracteriza hoje a vida em sociedade, facto que as construções jurídicas não podem descurar. No Estado contemporâneo, o paradigma da segurança jurídica é a continuidade, já não a imutabilidade, tendo o NCPD acolhido este entendimento ao regular, por exemplo, a modulação temporal dos efeitos na superação da estabilidade do precedente.

Continuando a seguir o pensamento deste A., o mesmo afirma que a doutrina tradicional procurou resolver o problema da proteção de posições jurídicas pretéritas, na teoria da retroatividade das leis, com base na dicotomia entre direitos adquiridos e expectativas de direito, os quais são conceitos de duvidosa precisão dogmática.

Houve, por isso, que descobrir “instrumentos modernos de estabilização” e foi neste âmbito que se proporcionou o desenvolvimento

lotérica”. No mesmo sentido e remetendo igualmente para o referido artigo, Lucas Buril MACÊDO, *Precedentes judiciais*, 175-176 (“A segurança jurídica no direito brasileiro é um dos princípios que mais carece de efetivação. Fala-se, com razão, em jurisprudência lotérica, para se referir à inexistência de racionalidade na atividade dos juizes e tribunais brasileiros, que se manifestam desordenadamente e desalinhadamente, dando um sem número de interpretações para os mesmos dispositivos e não sendo incomum ver-se o mesmo tribunal, mediante seus órgãos internos, sustentar posicionamentos opostos ou variar injustificadamente suas decisões em curtos espaços de tempo. Conquanto seja a segurança jurídica um importante princípio consagrado na Constituição Federal brasileira, e certamente gerador de direitos fundamentais para os cidadãos, ela não vem recebendo a devida atenção no tratamento da atividade jurisdicional, diante da ilusão, evidenciada pelo caos jurisprudencial, de que a lei é fonte suficiente para determinar o Direito”).

¹³¹ Cfr. Antonio do Passo CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, nota à terceira edição. O A. saúda a consagração legal de algumas das suas teses – por exemplo, a modulação temporal dos efeitos da superação do precedente no artigo 927.º, § 3.º, do NCPD. Embora se trate de uma dissertação de doutoramento, a obra tem vindo a ser sucessivamente revista, ampliada e atualizada, numa prática que não é a da tradição portuguesa, mas que, neste mundo em que tudo muda a grande velocidade, poderá ser uma nova via a trilhar também entre nós. Ao apresentar a obra, Paula Costa e Silva refere que a mesma é densa e altamente consequente. Como afirma Lucas Buril de Macêdo, “nos tempos atuais, prender-se a antigos dogmas não vai garantir segurança nenhuma” (*Precedentes Judiciais*, 621).

da tutela da proteção da confiança, com a exigência de constância aos atos estaduais, para que os particulares possam prever-lhes as consequências e planejar as suas vidas. À cláusula do Estado de Direito, que já integrava a segurança jurídica, adicionaram-se outros aspetos ou desdobramentos desta última, tais como a estabilidade e a previsibilidade de comportamentos.

Mas nem só constância, nem apenas mudança. A flexibilidade e a adaptabilidade são apontadas por Antonio do Passo Cabral como indispensáveis aos instrumentos de segurança jurídica na atualidade. “Revisões e aprimoramentos de conteúdo devem ser normalmente permitidos, evidentemente que dentro de pressupostos claros e na medida estrita em que novos elementos justifiquem a alteração. Com isso, melhora-se a mobilidade do sistema jurídico, uma de suas características mais importantes.” Ou seja, continuidade jurídica, conceito que passou a integrar o princípio do Estado de Direito.

Para o A., a continuidade faz a síntese entre o imobilismo e a total alterabilidade, correspondendo à ideia de mudança com consistência. As posições jurídicas devem ser tendencialmente estáveis, mas não imutáveis. Quanto aos aspetos da segurança compreendidos no conceito de continuidade jurídica, o primeiro é a previsibilidade, com a sua dimensão subjetiva de calculabilidade, mas também pretendendo uma proteção da confiabilidade do ordenamento jurídico.

Antonio do Passo Cabral destaca igualmente a dimensão objetiva da previsibilidade, a qual, em seu entender, não se esgota no plano puramente individual. A possibilidade de prognoses seguras sobre as normas jurídicas contribui para o desenvolvimento das relações intersubjetivas. A dimensão objetiva pressupõe, contudo, a coerência e a coesão internas do sistema.

Ainda quanto à previsibilidade, incluindo a calculabilidade e a confiabilidade, considera que não basta que elas existam apenas num determinado momento. Pelo contrário, há um dever de o Estado assegurar a estabilização do ordenamento jurídico a longo prazo. As normas devem perdurar no tempo, por um lado, e, por outro, o desenvolvimento constante do Direito deve processar-se sem modificações abruptas, inesperadas.

O Estado de Direito alargou o seu âmbito de proteção. A segurança jurídica, que já era atuada pela boa-fé e pela proteção da confiança, passou a compreender também a continuidade. Esta e a proteção da

confiança são formas de tutela contra mudanças de curso nas posições jurídicas. Só que a continuidade será como que a face objetiva da segurança jurídica, enquanto a proteção da confiança corresponderá mais ao lado subjetivo.

Isto porque a continuidade não serve apenas o interesse individual da proteção de direitos subjetivos, mas também o interesse público de permanência do Direito objetivo. Por isso, a proteção da confiança atende exclusivamente ao passado, é uma defesa do indivíduo, interessado na manutenção do *status quo*, funcionando como um obstáculo à mudança. Por seu lado, a continuidade jurídica, orientada para o futuro, pode ser aplicada contra o indivíduo, atentos os valores objetivos que incorpora. Ela garante uma estabilidade apenas tendencial e fomenta uma transição suave. Protege contra mudanças abruptas. O A. considera desnecessária e inconveniente a aplicação no processo de mecanismos de direito privado.

O mesmo A. afirma que o exercício das funções estaduais compreende um poder implícito de formular regras de transição, incluindo por parte do poder judicial. Curiosamente, fundamenta a sua posição não só nas modernas funções do Estado de Direito, nos atuais poderes da jurisdição e na continuidade jurídica, como no próprio princípio da proteção da confiança. Ainda segundo o A., a criação de regras de transição, para além de ser um poder, constitui um dever, com o respetivo direito individual de o cidadão as exigir. A título exemplificativo, aponta o artigo 23.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“deverá prever”), verdadeiro novo paradigma da segurança jurídica como continuidade.

Para Antonio do Passo Cabral, o princípio da separação de poderes não pode ser hoje entendido como postulando uma repartição orgânica, rígida e estanque das funções do Estado. Esta perspetiva foi substituída por uma abordagem funcional e teleológico-estrutural. O que há são tipos fundamentais de tarefas a serem desempenhadas por determinados órgãos do Estado e isso deixa espaço para o poder judicial exercer tarefas habitualmente confiadas ao poder legislativo, como seja a definição de um Direito transitório, que não é matéria de reserva de lei. Existe complementaridade entre as atividades dos vários órgãos estaduais.

Prosseguindo, o A. sustenta que, na atualidade, o poder judicial não tem uma atuação apenas voltada para o passado. O Estado de

Direito, com as suas garantias de previsibilidade, de proteção da confiança legítima, de igualdade no tempo e de estabilidade na mudança de posições consolidadas (continuidade), obriga os juízes a atentar não apenas nos factos passados, como igualmente nas programações do futuro. Reconhecendo a margem de discricionariedade do tribunal no estabelecimento do Direito transitório a aplicar em cada caso – sem que tal signifique que essa decisão seja livre, pois cabe ao juiz otimizar a mudança e mitigar os prejuízos que ela possa eventualmente causar –, conclui no sentido de o juiz dever atuar “como se legislador fosse” (artigo 2.º do Código Civil suíço) (“as regras de transição devem levar em conta a posição estável anterior, ainda que esta não deva persistir”).

A terminar o seu estudo, Antonio do Passo Cabral sublinha a necessidade de ser encontrado um ponto de equilíbrio e de adequação entre a regra de Direito transitório e a posição (deficitária) daqueles que vão ser prejudicados pela alteração da estabilidade. Nesta sede, refere a questão do prazo de transição (“quanto mais intensa a mudança, maior deve ser o período de adaptação”), bem como a importância da clareza, da cognoscibilidade e do detalhe das regras de transição. Quanto a estas, aborda, entre outros aspetos, a possibilidade de pagamento de uma compensação financeira – ou pelo Estado ou pelo litigante beneficiado pela quebra da estabilidade – e a modulação de efeitos (por exemplo, artigo 927.º, § 3.º, do NCPC)¹³².

2.2.2.2. *Lucas Buril de Macêdo*

Lucas Buril considera que o precedente judicial tem dois sentidos: o primeiro, próprio e amplo, no qual precedente não é muito diferente de decisão judicial. Nesse sentido, o precedente funciona como fonte do Direito, ou seja, é da decisão que se extrairá a norma, ou *ratio decidendi*. No segundo sentido, impróprio e estrito, precedente é a própria norma contida no texto da decisão judicial, cabendo ao julgador subsequente inferi-la.

Naquele primeiro sentido, o precedente “pode ser classificado como ato jurídico, é decisão que pode ter por eficácia a geração de normas, em outras palavras, é fonte do direito”. Já no segundo sentido, a “norma do precedente” (*ratio decidendi*) terá a natureza de princípio ou regra.

¹³² Cfr. Antonio do Passo CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, 46, 55, 363-375 e 631-661.

Consoante a eficácia atribuída à norma gerada pelo precedente, o mesmo será obrigatório ou persuasivo. A classificação dos precedentes quanto à sua autoridade está ligada à hierarquia dos tribunais, ou seja, à relação entre o julgador do caso concreto e o do precedente.

Característico dos sistemas de *civil law*, o precedente persuasivo não precisa de ser seguido pelo julgador seguinte. Pelo contrário, o precedente obrigatório dá lugar ao dever de observância da norma nele contida para o julgador subsequente, que tem de a aplicar, sob pena de incorrer em erro quanto à aplicação do Direito.

Adicionalmente, é possível dividir o precedente obrigatório em duas categorias: horizontal e vertical. Esta classificação reconduz-se à ligação hierárquica entre o órgão prolator da decisão e o órgão subsequente que se depara com o precedente. LUCAS BURIL sublinha a importância deste aspeto, pois os precedentes dos tribunais hierarquicamente inferiores não são considerados obrigatórios para o tribunal superior, mas apenas persuasivos.

Este A., embora reconheça que as súmulas foram importantes para aproximar o Direito brasileiro do debate sobre a teoria dos precedentes, distingue claramente as duas figuras, nos planos da natureza jurídica, dos métodos e dos fundamentos.

Concretizando: “para a criação de um enunciado sumular é estabelecido um procedimento específico e distinto do processo judicial, que é o meio pelo qual se emana precedentes”. Por outro lado, “o enunciado sumular, autorizado pela existência de precedentes, passa a deter certa vinculatividade própria, independente dos casos que lhe permitiram a criação”. “Perceba-se: a operação com precedentes acontece de forma muito distinta da que se dá a aplicação das súmulas. Enquanto o precedente requer a leitura atenta da fundamentação, com argumentação analítica acerca dos liames fáticos relevantes para a *ratio decidendi*, bem como no sentido da distinção ou da superação da tese jurídica adotada, a súmula normalmente é aplicada a partir da pura e simples invocação de seu texto, assim como se faz com os dispositivos legais.”

Quanto ao investimento do NCPC nas súmulas, o A. considera-o paradoxal e desadequado. Com efeito, caso o *stare decisis* brasileiro funcionasse eficientemente, a importância das súmulas seria reduzida a nada. As mesmas, em seu entender, não são um mecanismo adequado para um sistema jurídico que opere a partir de precedentes.

Lucas Buril fundamenta a adoção do sistema de precedentes obrigatórios nos seguintes argumentos: (i) a segurança jurídica, característica essencial do Direito e valor fundamental realizável em qualquer sistema jurídico, sem prejuízo da necessária flexibilidade do Direito (“se a mudança é o padrão da sociedade atual, a proteção do direito não pode simplesmente se cingir às clássicas imutabilidades, mas resguardar a própria mudança, tornando-a conforme o sistema jurídico e tutelando as posições de transição”, isto na linha de Antonio do Passo Cabral, que cita). Segundo Lucas Buril, os três principais aspetos para a realização da segurança jurídica no Direito são a cognoscibilidade (clareza, precisão e inteligibilidade, bem como publicidade), a estabilidade (continuidade) e a previsibilidade (“aspeto da segurança vinculado ao futuro”), mas referencia também a proteção da confiança legítima (“nova hipótese de aplicação da segurança” e não princípio autónomo, sendo muito próxima a relação da confiança legítima com os precedentes judiciais, uma vez que “as decisões judiciais constituem a palavra final quanto à aplicação do direito”). Lucas Buril efetua, ainda, a ligação da segurança jurídica ao Estado de Direito e, por fim, ao *stare decisis*, que torna a segurança mais forte; (ii) o princípio da igualdade (*treat like cases alike*), cuja concretização, em termos substanciais, cabe a todos os poderes do Estado; (iii) os princípios da eficiência jurisdicional e da economia processual; (iv) o princípio da duração razoável do processo; (v) o princípio da boa-fé (objetiva); e (vi) a existência de um sistema hierárquico e centralizado de tribunais, em que cabe ao tribunal superior dar a última palavra sobre o Direito, de par com a publicidade das sentenças e, mesmo que possa parecer paradoxal, a consagração, através dos precedentes, de uma forma de controlar a criação e a aplicação do Direito pelos juízes, exigindo-lhes coerência e racionalidade.

Em sentido contrário aos precedentes, este A. refere: (i) a inflexibilidade; (ii) a complexidade; (iii) a ofensa ao convencimento motivado e à independência do juiz; (iv) o impedimento de acesso à justiça; (v) a redução da qualidade das decisões judiciais (as chamadas decisões *sub-optimais*); (vi) a inexistência de uma cultura de respeito aos precedentes; e, “ainda e sempre”, (vii) a tripartição de poderes. Todos estes argumentos são rebatidos pelo A., que também rejeita a tese da inconstitucionalidade do regime constante do NCPC (“categorizar todo ato normativo como legislação, e toda atividade que gera norma como legislativa é um equívoco” e “a crítica no sentido de que a criação

normativa é abusiva parte de uma concessão do direito que o reduz à lei, como se todo o dado normativo pudesse estar contido nela”).

Por último, como características funcionais essenciais dos precedentes obrigatórios, Lucas Buril enumera as seguintes: (i) a autorreferência, dever específico de fundamentação, segundo o qual os juízes, ao decidirem, têm de tomar sempre em consideração os precedentes pertinentes à questão jurídica, caso existam (“o Judiciário precisa tomar em conta o que ele mesmo já fez”)¹³³; (ii) as exigências do *due process of law*, para obviar a qualquer “construção” do sistema de precedentes obrigatórios, quer para os juízes, quer para as partes. Assim, terá lugar um alargamento do contraditório, na formação e na aplicação dos precedentes judiciais, bem como uma fortificação do dever de

¹³³ Para ilustrar a autorreferência, Lucas Buril de Macêdo invoca a metáfora de Dworkin, ao caracterizar a prática do Direito como a escrita de uma *chain novel*: “a ideia de *chain novel* corresponde a uma história que tem cada capítulo escrito por um diferente autor, e cada autor detém a responsabilidade de dar a devida continuidade à história: é preciso que ele, ao mesmo tempo, mantenha-se fiel ao que já foi escrito e adicione a sua própria criatividade ao conto. Segundo o A., a atividade dos juízes é similar, eles são críticos dos precedentes construídos e, simultaneamente, contribuem para a sua continuidade. Na sua analogia, a contribuição dos julgadores antecessores, ao decidirem os casos anteriores, é a história já construída. O juiz do presente precisa interpretar essa história para que possa escrever o capítulo seguinte – que representa a sua própria decisão. Nesse passo, há uma expectativa de que os juízes atendam à sua responsabilidade para com a continuidade, preservando a integridade do Direito, mas que não se limitem a simplesmente repetir o que já foi escrito – o que, igualmente, seria um ferimento à integridade do Direito. Então, cada juiz, ao interpretar os precedentes, assim como cada romancista ao ler a história escrita, precisa eleger a melhor decisão em observância ao material que lhe foi disponibilizado, nem que seja uma decisão diferente, renovatória. Enfim, ao tomar a sua decisão – seja ela semelhante ou completamente distinta das que foram prolatadas anteriormente – o juiz precisa considerar o material que a história lhe municiou, assim como o *chain novelist* precisa considerar os capítulos que foram escritos pelos escritores antecedentes” (*Precedentes Judiciais*, 216-217). V. também, do A., “Autorreferência como dever de motivação específico do *stare decisis*”, *Revista de Processo* 282/43 (agosto de 2018). Neste seu estudo, Lucas Buril conclui que o dever de autorreferência se encontra consagrado no art. 1022.º, parágrafo único, inciso I, do NCPC, em sede dos embargos de declaração, e configura “uma responsabilidade do julgador para com a sociedade e o ordenamento jurídico” (*ibid.*, p. 430). Sobre a alegoria do romance em cadeia ou a ideia da prática judicial como uma obra coletiva ou a teoria do direito como integridade desenvolvidas por Dworkin, v. Mateus Vargas FOGAÇA, *Os precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro*, Jacarezinho, 2016, dissertação de mestrado, 160-166 e 172, disponível em <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/8475-mateus-vargas-fogaça/file>>.

fundamentação das decisões judiciais, em diálogo com as partes. Em suma, é todo um novo modelo cooperativo de processo civil¹³⁴; (iii) a publicidade das decisões judiciais (“só é possível a construção de um sistema de precedentes obrigatórios a partir de instrumentos eficazes de publicidade das decisões”); e (iv) o papel da doutrina¹³⁵.

2.2.2.3. *Luiz Guilherme Marinoni*

Para Luiz Guilherme Marinoni, a lei – atenta a multiplicidade de sentidos que lhe podem ser imputados através da interpretação – não é suficiente para garantir nem a igualdade, nem a certeza e a segurança jurídicas. Este A. considera que a situação de imprevisibilidade das decisões judiciais vivida no Direito brasileiro não é algo de inevitável e a solução desse problema estará no respeito pelos precedentes judiciais.

Segundo o A., a posição contrária a um sistema de precedentes entende-os, de forma resumida, como: (i) um obstáculo ao desenvolvimento do Direito e à sua adaptação às novas realidades sociais; (ii) um impedimento ao tratamento diferenciado de situações que não podiam ser tratadas de modo uniforme; (iii) uma violação do princípio da separação de poderes; (iv) uma ofensa à independência dos juízes; (v) uma violação da regra do juiz natural; e (vi) a negação da garantia de acesso à justiça.

Luiz Guilherme Marinoni veio defender o referido sistema de precedentes, tendo-o feito com base num conjunto alargado de argumentos. Em primeiro lugar, a necessidade de contrariar uma prática judicial que, sem embargo das características da generalidade e da abstração da lei, comprometia a racionalidade, a previsibilidade e a calculabilidade, através da prevalência que, muitas vezes, era concedida às relações pessoais¹³⁶. O precedente não constitui, portanto, apenas um

¹³⁴ Já antes do NCPD, precisamente dando aportes teóricos para novas soluções, Lucas Buril de MACÊDO / Mateus Costa PEREIRA / Ravi de Medeiros PEIXOTO, “Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura”, *Civil Procedure Review* 4/3 (setembro-dezembro 2013).

¹³⁵ Cfr. Lucas Buril MACÊDO, *Precedentes judiciais*, 83-86, 87-89, 94-96, 103-140, 182-202, 204-207, 215-238 e 356-362. À semelhança do que vem sucedendo com a dissertação de doutoramento de Antonio do Passo Cabral, também esta dissertação de mestrado tem vindo a ser revista, atualizada e ampliada pelo A. em cada uma das suas novas edições.

¹³⁶ A importância da observação de Marinoni é destacada por André Araújo MOLINA, “Litigância de má-fé por desrespeito aos precedentes”, 709.

mero expediente técnico. Respeitá-lo corresponde a preservar valores essenciais do Estado de Direito.

Num Estado de Direito avulta a segurança jurídica, seja na sua dimensão objetiva, ligada à estabilidade, seja em termos – mais subjetivos – de previsibilidade e tutela da confiança. A previsibilidade presuppõe o conhecimento das normas e se a referida característica já não depende das normas em si mesmas, mas sim da respetiva interpretação, então a previsibilidade estará mais ligada à decisão judicial do que à norma. Por seu lado, a previsibilidade depende da confiança, pois de nada vale prever se não se puder confiar. A confiança é um requisito da previsibilidade. Ora, como o Estado tem de garantir a previsibilidade, cabe-lhe igualmente proteger a confiança. O sistema brasileiro claudicava quanto a ambas.

Outro elemento indissociável do Estado de Direito é a igualdade, considerada quer perante a lei, quer na interpretação e na aplicação da lei. Marinoni pretende obviar a que a justiça seja uma verdadeira lotaria, pelo que reconduz a liberdade do juiz mais à formação da sua livre convicção sobre a matéria de facto do que propriamente à definição do sentido da lei, algo que pode conduzir a irracionalidade na administração da Justiça. Ainda em sede de Estado de Direito, temos a garantia da imparcialidade e o controlo do exercício do poder judicial. O juiz não deve poder esquecer as decisões anteriores, a racionalidade da decisão não se limita ao plano interno. Também as mudanças de composição dos tribunais não legitimam, só por si, mudanças ao nível da jurisprudência.

A multiplicidade de entendimentos judiciais prejudica a segurança nas relações dos particulares com o Estado, com sacrifícios para a economia e, em geral, para a vida das pessoas. A racionalidade indispensável às decisões económicas não se compadece com um risco muito elevado, por força da mencionada imprevisibilidade quanto à decisão que, no final, será adotada. Tudo isto tem custos, tornando os investimentos mais dispendiosos e menos eficientes.

Continuando a seguir o pensamento deste A., a unidade, no sentido de coerência, do ordenamento jurídico e o desenvolvimento do Direito não ficam prejudicados pelo sistema de precedentes. Pelo contrário, o *distinguishing* e o *overruling* permitirão uma evolução gradual do Direito. Na *civil law*, o desenvolvimento das teorias sobre a interpretação conduziu a uma excessiva indeterminação no plano dos

resultados, sendo função dos tribunais supremos reduzir a insegurança e dar coerência e harmonia ao sistema.

Marinoni afirma que a unidade do Direito contribui para a sua clareza e, desta forma, para a previsibilidade, permitindo aos sujeitos de direito orientarem as suas condutas. Os precedentes também tutelam a generalidade da lei, que se encontra enfraquecida pela profusão de decisões judiciais distintas em casos substancialmente iguais. Assim se promoverá uma cultura de respeito pelo Direito e de responsabilidade pessoal. Quando há dúvidas sobre a ilicitude, uma pessoa não se sente responsável pela sua conduta. A fluidez de sentido corrompe a autoridade do Direito. O próprio poder judicial, enquanto instituição, sai fortalecido com um sistema de precedentes obrigatórios.

Por último, o plano do acesso ao Direito e do processo. A informação de que a jurisprudência se encontra dividida de pouco serve, em termos práticos, a uma pessoa. A orientação devida pelos advogados aos seus clientes ficará facilitada pela existência de precedentes judiciais vinculativos, os quais desincentivarão os litígios, obviando aos custos económicos e pessoais que sempre lhes estão associados. Serão facilitados os acordos e uma maior aceitação das decisões judiciais. Os precedentes introduzem, ainda, eficiência no plano processual, contribuindo para uma duração mais razoável dos processos, com economia de custos¹³⁷.

2.2.2.4. *Thomas da Rosa de Bustamante*

Seguindo Alexy, Thomas da Rosa de Bustamante entende que a partir do momento em que o poder judicial passou a exercer controlo sobre a atividade legislativa, nomeadamente por intermédio da jurisdição constitucional, o conceito de representação popular sofreu uma transformação. Assim, ao lado da representação democrática, em sentido estrito, ou seja, da representação através do Parlamento, pode falar-se de uma representação argumentativa.

A ideia de democracia deixou de estar apenas ligada a um processo de tomada de decisão centrado na eleição e na regra maioritária, passando a compreender igualmente os processos argumentativos que têm lugar dentro das instâncias de tomada de decisão. Uma conceção

¹³⁷ Cfr. Luiz Guilherme MARINONI, *La ética de los precedentes*, 89-102; e IDEM, *Precedentes Obligatorios*, 111-114 e 136-248.

adequada de democracia não se limita à decisão, antes inclui também a argumentação, naquilo que pode ser designado como de um constitucionalismo discursivo.

Porque as Constituições contemporâneas passaram a exigir, como um dos elementos constitutivos do Estado de Direito, que todas as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade, este A. afirma que a fundamentação é um requisito essencial da decisão jurídica e propõe-se elaborar uma teoria normativa ou argumentativa do precedente judicial, que consiga estabelecer regras de argumentação úteis para justificar a decisão de aderir, afastar-se ou modificar um precedente judicial.

Para ter validade universal, essa teoria terá de comprovar que o processo hermenêutico de interpretação e aplicação de um precedente é o mesmo em qualquer sistema jurídico, independentemente da respetiva tradição histórica. Através de um estudo histórico-comparativo, o A. conclui não ser correta a tese da autonomia metodológica da *common law*. Pelo contrário, segundo Thomas da Rosa de Bustamante os fundamentos do direito jurisprudencial são os mesmos na *civil law* e na *common law*, existindo apenas uma diferença de grau.

A razão da convergência entre os dois sistemas estará provavelmente, segundo o A., na crise da legalidade e na crise da noção de soberania que se verificou em quase todos os Estados constitucionais. De todas as modificações surgidas nesse âmbito, a mais impressiva foi a alteração no modo de construir normas jurídicas. O Direito passou de um conjunto de regras a um sistema de regras e de princípios, sendo o processo de densificação destes últimos o mesmo nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais.

Prosseguindo com este A., no Estado de Direito democrático o respeito ao precedente justifica-se não só por argumentos de ordem prática e filosófica, mas também de cariz institucional. A segurança jurídica e a previsibilidade são razões que militam – com maior ou menor intensidade – a favor da observância do direito jurisprudencial.

No que concerne aos fatores que determinam a força de um precedente, o A. distingue entre os fatores institucionais e os extrainstitucionais, ainda que reconheça que os contornos desta classificação não são propriamente precisos. Refere que MacCormick enumera os seguintes motivos: (i) contexto institucional; (ii) tradição jurídica; (iii)

estrutura ou enquadramento constitucional; e *(iv)* doutrinas jurídicas dominantes. Para Thomas da Rosa de Bustamante, os três primeiros são institucionais, porque vigoram na prática de um determinado sistema, podendo verificar-se, de forma empírica, como se manifestam no tempo e no espaço. Já o último fator carece de uma certa mediação para poder influenciar a prática jurídica.

No contexto institucional destaca-se a organização hierárquica do poder judicial: quanto mais elevado for o nível hierárquico do tribunal, maior força terão as suas decisões enquanto precedentes (dimensão vertical do precedente judicial). Com efeito, a possibilidade de as decisões dos tribunais hierarquicamente inferiores serem revogadas induz os seus juízes ao respeito pelas decisões dos tribunais que se encontram acima na organização judiciária.

O A. relativiza a importância do fator da tradição jurídica em que o intérprete e aplicador do Direito se encontra inserido, atenta a referida convergência atual entre as tradições da *civil law* e da *common law*, mas sem, com isso, negar ou esquecer as diferenças que ainda existem entre os dois sistemas.

Relativamente ao enquadramento constitucional, Thomas da Rosa de Bustamante identifica os seguintes aspetos: *(i)* entendimento dominante quanto ao princípio da separação de poderes, nomeadamente no que se refere às relações entre o poder legislativo e o poder judicial, sendo que nos ordenamentos em que existe a *judicial review* de atos legislativos a tendência será para o desenvolvimento dos precedentes formados nessas questões constitucionais; *(ii)* auto-compreensão pelo poder judicial da sua atividade, ou seja, o modo como os próprios juízes entendem a sua atividade, se de mera aplicação de normas ou também de produção normativa, envolvendo a escrita da *chain novel*, para além do conhecimento do trabalho anteriormente realizado, uma contribuição pessoal; e, com maior relevância, *(iii)* existência de normas de Direito positivo sobre a aplicação e força vinculativa dos precedentes judiciais.

Quanto aos fatores extrainstitucionais que podem fundamentar a adesão a um precedente, este A. menciona as concepções teóricas sobre o Direito e o discurso jurídico, no que poderá designar-se como uma dimensão normativa da teoria jurídica, a qual tem influência na prática, bem como as concepções teóricas acerca da dogmática jurídica, que desempenha, entre outras, funções de estabilização, de progresso,

de controlo e uma função heurística, e, ainda, fatores normativos-estruturais, ligados às características e à estrutura interna das normas jurisprudenciais¹³⁸.

2.2.3. *Uma apreciação crítica*

O Brasil vivenciou uma situação crítica ao nível do alinhamento e da coerência da jurisprudência, apelidada, por alguns, de “jurisprudência lotérica”. A doutrina substituiu o entendimento do princípio da separação de poderes como uma repartição orgânica, rígida e estanque das funções do Estado, optando por uma abordagem funcional e teleológico-estrutural do mesmo, a qual sublinha a complementaridade entre as atividades dos vários órgãos estaduais.

Com especial interesse para o tema deste trabalho, a doutrina brasileira aprofundou muito o estudo do princípio da segurança jurídica, com respaldo constitucional, densificando-o. A segurança jurídica, para além de ser atuada pela boa-fé e pela proteção da confiança, passou a compreender a continuidade. Nela, foi sublinhado que não se esgota no plano da tutela individual, antes abarca também uma dimensão objetiva, ligada ao interesse público de permanência do Direito e orientada para o futuro, não apenas para o passado.

A realização da segurança jurídica passou, assim, a assentar em três pilares: cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade. A continuidade faz a ponte entre o imobilismo e a total alterabilidade. A flexibilidade e a adaptabilidade são destacadas. Aceita-se a mudança, mas com consistência, não de forma brusca.

Os estudos referidos projetaram-se ao nível do processo, com o repensar crítico de institutos e concepções tradicionais e a criação de “instrumentos modernos de estabilização”. Foi estudada a figura do precedente judicial, equacionadas as vantagens e desvantagens do sistema de precedentes e pensada uma aproximação à *common law*.

De todo esse trabalho, resultaram importantes modificações legislativas, como a introdução da súmula vinculante e o dever de os tribunais, verificados determinados pressupostos, modelarem os efeitos das suas decisões que estabeleçam uma interpretação ou orientação nova

¹³⁸ Cfr. Thomas da Rosa de BUSTAMANTE, *Teoría del Precedente Judicial*, 7-8, 13, 48-49, 105, 105-135, 313-379 e 550-551.

sobre uma norma de conteúdo indeterminado. O conhecimento da avaliação que vai sendo feita dos resultados dessas alterações legislativas, de par com o estudo da doutrina brasileira da especialidade será certamente muito útil ao legislador, à doutrina e à jurisprudência portuguesas.

3. Conclusões

O presente trabalho permite retirar as seguintes conclusões:

1.^a – Para um particular, seja cidadão ou empresa, é indiferente, na prática, que a mudança na valoração que o ordenamento jurídico faz da sua conduta seja fruto de nova legislação ou de uma alteração ao nível da jurisprudência. A doutrina e a jurisprudência coincidem quanto a este aspeto.

2.^a – Devido à tradição do sistema jurídico em que nos inserimos, encontramos-nos formatados para pensar que é apenas através das leis que se dá previsibilidade e segurança ao sistema, mas não é assim. O relevante papel da jurisprudência, mesmo nos sistemas jurídicos de Direito continental, é hoje um dado adquirido. E não são só os *leading cases*, é toda a jurisprudência, toda a atividade quotidiana dos tribunais.

3.^a – A previsibilidade das condutas constitui, de par com a possibilidade do seu controlo judicial, um aspeto essencial da ideia de Estado de Direito, tal como este é hoje entendido.

4.^a – A conclusão anterior, conjugada com a instabilidade que reconhecidamente se verifica ao nível da nossa jurisprudência, confere especial atualidade e relevância ao tema das viragens da jurisprudência.

5.^a – A lei assume inegável primazia no elenco das fontes do Direito do ordenamento jurídico português, o qual, contudo, também revela uma evidente preocupação com os valores da coerência, da igualdade, da estabilidade e da previsibilidade das decisões judiciais.

6.^a – No plano do direito processual, cabe distinguir entre a jurisprudência uniformizada e a jurisprudência normativa. A primeira

resulta dos mecanismos existentes na lei processual civil, penal e administrativa destinados a evitar a existência de decisões contraditórias sobre a mesma questão jurídica. Não tem força obrigatória geral, mas reveste um inegável e especial valor persuasivo, obrigando a que sejam fundamentadas as divergências em relação à mesma. Por seu lado, a jurisprudência normativa corresponde às decisões judiciais com força obrigatória geral. Inclui uma faculdade de modelação, pelo tribunal, dos efeitos da sua decisão.

7.^a – O direito processual português consagra há muito a figura da declaração de voto de vencido, que integra a decisão judicial e apresenta um inegável interesse para o tema das viragens da jurisprudência, na medida em que permite um “diálogo com o futuro” (António Lopo Martinez).

8.^a – Embora a jurisprudência do STJ não tenha tratado diretamente o problema das viragens da jurisprudência, a mesma oferece muitos tópicos relevantes para essa discussão, a saber: a natureza e o valor dos acórdãos uniformizadores de jurisprudência, desde logo através da sua comparação com os assentos, mas também pela necessidade de existência de argumentos doutrinariamente inovadores para deles se poder divergir; a existência de jurisprudência reiterada; o valor da constância da orientação jurisprudencial, de par com as suas racionalidade e coerência; o efeito da passagem do tempo na valia de uma decisão judicial; o princípio da igualdade na aplicação da lei; a divulgação *online* da jurisprudência dos nossos tribunais; a composição alargada dos nossos supremos tribunais; e a possibilidade de serem exarados votos de vencido, mesmo aquando da uniformização de jurisprudência.

9.^a – Os nossos tribunais superiores, quer da jurisdição cível, quer da administrativa, já têm discutido a questão da eficácia vinculativa e da aplicação no tempo dos acórdãos uniformizadores de jurisprudência, revelando até alguma abertura para a contextualização e para obviar aos efeitos da sua aplicação retroativa, com base nas ideias de inexigibilidade e imprevisibilidade, para os particulares envolvidos.

10.^a – A jurisprudência do TC, apesar de circunscrita à inconstitucionalidade de atos legislativos, tem bem definidos os requisitos

essenciais para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da confiança.

11.^a – A doutrina jurídica portuguesa dá por adquirido que:

- (i) o Direito promove simultaneamente a estabilidade e a continuidade da vida social, com respeito pelos direitos e expectativas legítimas dos particulares, e o ajustamento da ordem vigente à evolução social, que também constitui tarefa do Direito;
- (ii) se encontra ultrapassada a conceção setecentista de uma separação absoluta entre os poderes legislativo, executivo e judicial – “se é que alguma vez essa separação rígida existiu de facto” (Jorge Reis Novais) –, pelo que se deve aceitar que esses poderes, no exercício das suas funções próprias, tanto possam praticar atos normativos como tomar decisões individuais e concretas. A divisão de poderes passou a ser considerada um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, sem o exclusivo do exercício de uma determinada função por certo órgão;
- (iii) os juízes completam a atividade legislativa, criam Direito nos casos que decidem. A jurisprudência desempenha um papel muitíssimo relevante, em termos de, se um estrangeiro nos pedir um resumo das principais coordenadas de um determinado ramo do ordenamento jurídico, não nos poderemos limitar a descrever os preceitos legais, antes temos de identificar a forma como os tribunais os vêm compreendendo e aplicando, em particular, mas não só, nos sectores em que o Direito é construído sobre conceitos indeterminados e cláusulas gerais;
- (iv) não se deve menosprezar a força persuasiva da jurisprudência dos nossos tribunais superiores na conformação do Direito vigente, sendo que um precedente não é um modelo que se imponha de forma absoluta, nem, por outro lado, um apoio que seja legítimo ignorar, cabendo ao juiz que rompa com uma tradição jurisprudencial consolidada um especial ónus de fundamentação e de argumentação. Deve ser evitada e rejeitada uma mudança contraditória na jurisprudência por mero capricho, sem justificação material;
- (v) a segurança jurídica e a proteção da confiança decorrem do princípio do Estado de Direito. A primeira encontra-se mais

conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica, enquanto a segunda se prende com a componente da tutela subjetiva, individual, da previsibilidade, para os particulares, dos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos, seja o legislativo, o executivo ou o judicial;

- (vi) a necessidade de ser assegurada uma jurisprudência uniforme é essencial para que sejam garantidos os valores da certeza e da segurança jurídicas, por forma a que os cidadãos possam planear as suas vidas;
- (vii) o princípio *nullum crimen sine lege* não é suscetível de ser cumprido, no seu sentido normativo essencial, exclusivamente no plano da legislação. Pelo contrário, tal cumprimento apenas é possível pela mobilização da intenção de todas as dimensões e de todas as instâncias do universo jurídico. “Não é tarefa só do legislador ou só do juiz, é tarefa e responsabilidade de todo o pensamento jurídico” (Castanheira Neves);
- (viii) a doutrina penalista vem aprofundando critérios para lidar com o problema da aplicação de uma nova corrente jurisprudencial que determine a punição de facto praticado ao tempo da jurisprudência anterior, que o considerava criminalmente irrelevante. Neste aspeto, é importante ter presente também a jurisprudência do TEDH.

12.^a – Os assentos eram um instituto característico da nossa tradição jurídica, durante décadas deram o seu contributo para a uniformização da jurisprudência e o tempo já decorrido desde a sua revogação, de par com a incerteza que continua a verificar-se ao nível da jurisprudência justificam que sejam revisitados, ponderando-se a sua restauração, mesmo que tal obrigue a uma revisão constitucional. Isto sem prejuízo de a dilação temporal, entretanto decorrida, permitir concluir que a conceção que levou ao fim dos assentos acabou por ser – ao contrário do que afirmava – uma conceção castradora do papel da jurisprudência, por isso insustentável nos dias de hoje. Não está errada, mas sim datada.

13.^a – O ordenamento jurídico brasileiro experimentou uma situação crítica ao nível do alinhamento e da coerência da jurisprudência, apelidada, por isso, de “jurisprudência lotérica”, o que determinou a introdução de importantes modificações legislativas, como a súmula

vinculante e o dever de os tribunais, verificados determinados pressupostos, modelarem os efeitos das suas decisões que estabeleçam uma interpretação ou orientação novas sobre uma norma de conteúdo indeterminado. O conhecimento dos resultados destas alterações reveste inegável utilidade para o tratamento das viragens da jurisprudência, em sede de política legislativa, no nosso país. Também os contributos da doutrina brasileira, seja em sede do estudo do princípio da segurança jurídica, seja ao nível do direito processual, merecem ser considerados.

14.^a – A forma como os nossos juízes assumem a sua independência, com reflexos ao nível da coerência e da estabilidade da jurisprudência, no seu conjunto, reveste causas culturais, pelo que terá de ser também combatida no campo da formação dos magistrados judiciais, e não apenas no domínio de eventuais medidas legislativas de aproximação à *common law*. “Mesmo discordando doutrinariamente, o bom juiz terá a coragem de subscrever a orientação dos seus pares, salvo os tais casos extraordinários” (Menezes Cordeiro). A independência judicial não impõe a desconsideração do precedente. Nos países de *common law*, os tribunais não são menos independentes. Não se pretende limitar a independência judicial. Os juízes têm é de respeitar os valores da unidade e da coerência do sistema em que se inserem e no qual participam. Podem expressar a sua opinião, sinalizar mudanças na jurisprudência, mas não fazer prevalecer uma opinião subjetiva e individual sobre a jurisprudência consolidada, exceto em casos delimitados e devidamente justificados.

15.^a – Não obstante a riqueza dos contributos relatados ao longo do presente trabalho, há, ainda, um caminho a percorrer, entre nós, pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador, no sentido do aprofundamento, entre outras, das seguintes questões: (i) a comparação entre a retroatividade da lei e a retroatividade da jurisprudência, com o objetivo da criação de um Direito transitório para a jurisprudência, em consonância com as conclusões daquela comparação; (ii) a definição de precedente judicial – em comparação, por exemplo, com a analogia – e a sua eventual relevância para a solução de casos concretos; (iii) a definição de corrente jurisprudencial ou de jurisprudência estável e o respetivo significado; (iv) a definição de viragem da jurisprudência, com indicação de uma tipologia de casos; (v) o desejável

anúncio da referida viragem, ao nível da própria jurisprudência – que meios existem no nosso Direito para esse efeito? *(vi)* a possibilidade de modelação dos efeitos da decisão judicial – v., por exemplo, no Direito anglo-saxónico, o *prospective overruling*, cuja possibilidade de adoção, no Direito português, poderá trazer dificuldades de compatibilização com a Constituição; *(vii)* a possibilidade de conciliação das viragens da jurisprudência com as garantias do Estado de Direito, nomeadamente com os princípios da tutela da confiança e da segurança jurídica, sendo certo que o problema das viragens da jurisprudência não se esgota numa vertente de proteção subjetiva e individual, antes releva também em termos objetivos, no plano do sistema. Será que a separação entre as duas vertentes não é meramente formal? e *(viii)* os possíveis remédios para as viragens da jurisprudência, estando assente que conseguir virar a jurisprudência é, tradicionalmente, um motivo de orgulho para o advogado e para a parte que o mesmo patrocinou, pelo que o reequacionar da matéria, no sentido da parte não beneficiar desse seu êxito, por força da modelação dos efeitos da decisão judicial, para além do desincentivo que acarreta, obrigará certamente ao pagamento – por quem? – de uma adequada compensação.

16.^a – A devida abordagem do problema das viragens da jurisprudência, pela doutrina, pelos tribunais e pelo legislador, não vai ser a solução para os problemas da nossa justiça, mas será um importante contributo nesse sentido.

17.^a – A situação atual, de incerteza, em muitos casos, quanto à posição que o tribunal vai adotar, com os particulares a terem de suportar o risco e o custo dessa incerteza, bem como das incoerências e desarmonias que amiúde se verificam, carece de ser revista.

18.^a – Como refere uma autora brasileira, “quando se verifica que a ordem jurídica, com todas as suas fontes, a saber, as leis, os princípios, a doutrina e a jurisprudência, apresenta-se de modo coerente, com continuidade, sem fortes ruturas, tem-se a convicção de que o direito cumpriu o seu papel” e “não se discute que as mudanças jurisprudenciais são bem-vindas, mas é facto que não podem ser bruscas”¹³⁹.

¹³⁹ Cfr. Adriana Paiva VASCONCELOS, “Estabilidade da jurisprudência em países de *Civil Law*”, *Justiça do Direito* 26/1 (janeiro/junho de 2012) 69 e 76, respetivamente.

Jurisprudência

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdãos

Ac. do STA de 13 de janeiro de 1994 (Mário Torres) (Proc. n.º 032425)

Ac. do STA de 23 de abril de 1996 (Ferreira de Almeida) (Proc. n.º 037284)

Ac. do STA de 19 de outubro de 2010 (Alberto Augusto Oliveira) (Proc. n.º 0542/10)

Ac. do STA de 15 de maio de 2014 (São Pedro) (Proc. n.º 01789/13)

Uniformização de jurisprudência

AUJ do STA n.º 3/2012, de 5 de junho de 2012 (Rui Botelho) (Proc. n.º 420/12)

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. do TRC de 2 de fevereiro de 2016 (Catarina Gonçalves) (Proc. n.º 1516/14.7TBCLD-B.CI)

Ac. do TRC de 11 de fevereiro de 2020 (Fonte Ramos) (Proc. n.º 360/18.7T8PBL-A.CI)

Tribunal da Relação do Porto

Ac. do TRP de 11 de outubro de 2017 (José Igreja Matos) (Proc. n.º 8892/13.7TBVNG-B.PI)

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdãos

Ac. do STJ de 9 de novembro de 2001 (Óscar Catrola) (Apelação n.º 3426/01-7) (inédito)

Ac. do STJ de 8 de maio de 2003 (Ferreira de Almeida) (Proc. n.º 03B810)

Ac. do STJ de 2 de outubro de 2008 (João Bernardo) (Proc. n.º 08B2131)

Ac. do STJ de 28 de setembro de 2010 (Paulo Sá) (Proc. n.º 160/07.OTBGVA.CI.SI) (inédito)

Ac. do STJ de 26 de janeiro de 2012 (João Bernardo) (Proc. n.º 220/200I.LI.SI)

Ac. do STJ de 11 de setembro de 2014 (Bettencourt de Faria) (Proc. n.º 3871/I2.4TBVFR-A.PI.SI)

Ac. do STJ de 29 de julho de 2016 (Júlio Gomes) (Proc. n.º 6193/I3.OTBBRG-H.GI.SI)

Ac. do STJ de 11 de setembro de 2018 (Graça Amaral) (Proc. n.º 2526I/II.6T2SNT-D.LI.S2)

Assentos

Assento do STJ n.º 11/32, proferido no Ac. do STJ de 16 de dezembro de 1932 (Silva Monteiro) (Proc. n.º 023578)

Uniformização de jurisprudência

AUJ do STJ n.º 4/2002, de 9 de maio de 2002 (José Augusto Sacadura Garcia Marques) (Proc. n.º 1508/2001)

AUJ do STJ n.º 4/2013, de 11 de dezembro de 2012 (Gabriel Catarina) (Proc. n.º 5903/09.4TVLSB.LI.LI.SI)

AUJ do STJ n.º 4/2014, de 20 de março de 2014 (Paulo Távora Vítor) (Proc. n.º 92/05.6TYVNG-M.PI.SI)

AUJ n.º 14/2014, de 28 de maio de 2014 (Armando dos Santos Monteiro) (Proc. n.º 171/I2.3TAFLG.GI-A.SI)

AUJ do STJ n.º 6/2019, de 19 de setembro de 2019 (Fernando Samões) (Proc. n.º 391/06.OTBBNV.EI.SI-A)

Tribunal Constitucional

Ac. do TC n.º 7/87, de 9 de janeiro de 1987 (Mário de Brito) (Proc. n.º 302/86)

Ac. do TC n.º 287/90, de 30 de outubro de 1990 (Sousa e Brito) (Proc. n.º 309/88)

Ac. do TC n.º 810/93, de 7 de dezembro de 1993 (Monteiro Diniz) (Proc. n.º 474/88)

Ac. do TC n.º 575/98, de 14 de outubro de 1998 (Messias Bento) (Proc. n.º 191/97)

Ac. do TC n.º 41/2000, de 26 de janeiro de 2000 (Luís Nunes de Almeida) (Proc. n.º 481/97)

Ac. do TC n.º 444/2003, de 8 de outubro de 2003 (Mário Torres) (Proc. n.º 470/03)

Ac. do TC n.º 128/2009, de 12 de março de 2009 (Maria Lúcia Amaral) (Proc. n.º 772/2007)

Ac. do TC n.º 85/2010, de 3 de março de 2010 (Gil Galvão) (Proc. n.º 653/09)

Ac. do TC n.º 399/2010, de 27 de outubro de 2010 (Ana Guerra Martins) (Proc. n.º 523/10)

Ac. do TC n.º 396/2011, de 21 de setembro de 2011 (Joaquim de Sousa Ribeiro) (Proc. n.º 72/11)

Ac. do TC n.º 179/2012, de 4 de abril de 2012 (José Cunha Barbosa) (Proc. n.º 182/12)

Ac. do TC n.º 213/2012, de 24 de abril de 2012 (Joaquim de Sousa Ribeiro) (Proc. n.º 821/11)

Ac. do TC n.º 353/2012, de 5 de julho de 2012 (João Cura Mariano) (Proc. n.º 40/12)

Ac. do TC n.º 187/2013, de 5 de abril de 2013 (Carlos Fernandes Cadilha) (Proc. n.º 2/2013)

Ac. do TC n.º 230/2013, de 24 de abril de 2013 (Carlos Fernandes Cadilha) (Proc. n.º 279/2013)

Ac. do TC n.º 421/2013, de 15 de julho de 2013 (Carlos Fernandes Cadilha) (Proc. n.º 907/2012)

Ac. do TC n.º 474/2013, de 29 de agosto de 2013 (Fernando Vaz Ventura) (Proc. n.º 754/13)

Ac. do TC n.º 602/2013, de 20 de setembro de 2013 (Pedro Marchete) (Proc. n.º 531/12)

Ac. do TC n.º 781/2013, de 20 de novembro de 2013 (José Cunha Barbosa) (Proc. n.º 916/13)

Ac. do TC n.º 794/2013, de 21 de novembro de 2013 (Pedro Machete) (Proc. n.º 935/13)

Ac. do TC n.º 839/2013, de 5 de dezembro de 2013 (João Cura Mariano) (Proc. n.º 727/13)

Ac. do TC n.º 862/13, de 19 de dezembro de 2013 (Lino Rodrigues Ribeiro) (Proc. n.º 1260/13)

Ac. do TC n.º 42/2014, de 9 de janeiro de 2014 (Fernando Ventura) (Proc. n.º 564/12)

Ac. do TC n.º 137/2014, de 12 de fevereiro de 2014 (Maria João Antunes) (Proc. n.º 849/12)

Ac. do TC n.º 847/2014, de 3 de dezembro de 2014 (Maria de Fátima Mata-Mouros) (Proc. n.º 537/14)

Ac. do TC n.º 377/2015, de 27 de julho de 2015 (Maria Lúcia Amaral) (Proc. n.º 658/2015)

Ac. do TC n.º 155/2017, de 22 de março de 2017 (Maria José Rangel de Mesquita) (Proc. n.º 756/2012)

Ac. do TC n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018 (Pedro Machete) (Proc. n.º 95/17)

Ac. do TC n.º 489/2018, de 9 de outubro de 2018 (Maria José Rangel de Mesquita) (Proc. n.º 1014/16)

Ac. do TC n.º 465/2019, de 18 de setembro de 2019 (Joana Fernandes Costa) (Proc. n.º 829/2019)

Tribunal Europeu dos Direito do Homem

Ac. do TEDH de 21 de outubro de 2013 (caso Del Río Prada *versus* Espanha) (Proc. n.º 42750/09)

Ac. do TEDH de 3 de dezembro de 2019 (caso *Parmak e Bakir contra a Turquia*) (Queixas n.ºs 22429/07 e 25195/07)

Decisão do TEDH de 30 de julho de 2015 (caso *Ferreira Santos Pardal contra Portugal*) (Proc. n.º 30123/10)

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de / CARVALHO, Jorge Morais – *Introdução ao Direito Comparado*, reimpr. da 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016.
- ALMEIDA, Mário Aroso de – *Manual de Processo Administrativo*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021.
- ALMEIDA, Sérgio Mascarenhas de – “A uniformização de jurisprudência penal criadora de normas jurídicas”, in Fernando José BRONZE *et al.*, *Juízo ou Decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito*. vi Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social, Coimbra: Instituto Jurídico, 2016, 175-194.
- ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Alfredo Robles – “El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española”, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 93 (1948) 508-561.
- AMARAL, Diogo Freitas do – “Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil”, *Themis* 1/1 (2000) 9-29.
- AMARAL, Diogo Freitas do – *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, colab. Ravi Afonso Pereira, Coimbra: Almedina, 2004.
- AMARAL, Maria Lúcia – *A Forma da República. Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- AMARAL, Maria Lúcia – “O modelo português de justiça constitucional. Análise crítica”, *AJJC*, Madrid, 11 (2017) 17-40.
- AMARAL, Maria Lúcia – “O tempo e a proteção da confiança”, in Carla Amado GOMES, org., v *Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público. O Tempo e o Direito Público*, 2012, 21-29, e-book disponível em <www.icjp.pt>.
- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de – *Prefácio do tradutor ao livro de Francesco Ferrara, Interpretação e Aplicação das Leis*, Coimbra: Arménio Amado, 1933.
- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de – “Sentido e valor da jurisprudência” (Oração de sapiência lida em 30 de outubro de 1953), *BFD* 48 (1972) 255-294.

- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de – “Fontes de direito. Vi-
gência, interpretação e aplicação da lei”, *BMJ* 102 (janeiro 1961)
141-152.
- ANTUNES, Maria João – *Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito
da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência
Constitucional*, Relatório português à XIII Conferência trilateral dos
Tribunais Constitucionais de Itália, Espanha e Portugal, subordi-
nada ao tema “A Constituição e os princípios penais”, que teve lu-
gar em Madrid, nos dias 13 a 15 de outubro de 2011, acessível em
<[http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/06-M-J-Antunes-
jurisprud%C3%A2ncia-TC-penal.pdf](http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/06-M-J-Antunes-jurisprud%C3%A2ncia-TC-penal.pdf)>.
- ANTUNES, Maria João – “Proteção multinível do princípio da legalida-
de criminal – a “doutrina Parot” e o caso *Inés del Río Prada*”, in José
de Faria COSTA *et al.*, org., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor
Manuel da Costa Andrade*, vol. I, *Direito Penal*, Coimbra: Instituto
Jurídico, 2017, (*Studia Iuridica* 108; *Ad Honorem* 8), 117-128;
- ANTUNES, Maria João – *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitu-
cionalidade*, reimpr., Coimbra: Almedina, 2020.
- ANTUNES, Maria João – *Direito Processual Penal*, 2.^a ed., reimpr.,
Coimbra: Almedina, 2020.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 10.^a
reimpr. da ed. de março/2005, 13.^a ed., refundida, Coimbra: Al-
medina, 2019.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – “Os acórdãos com força obrigatória ge-
ral do Tribunal Constitucional como fontes do direito”, in Jorge
MIRANDA, org., *Nos Dez Anos da Constituição* Lisboa: INCM, 1986,
249-263.
- ÁVILA, Humberto – *Certainty in Law*, trad. inglesa, Suíça: Springer,
2016.
- BAADE, Hans W. – “Stare Decisis in Civil Law Countries: The Last
Bastion”, in Peter BIRKS / Arianna PRIETO, ed., *Themes in Compa-
rative Law in Honour of Bernard Rudden*, Oxford: Oxford Univer-
sity Press, 2002, 3-20.
- BRANCO, Ricardo – *O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucional-
idade com Força Obrigatória Geral*, Coimbra: Coimbra Editora,
2009.
- BRANDÃO, Nuno – “Contrastes jurisprudenciais: problemas e respos-
tas processuais penais”, in Manuel da Costa ANDRADE, org., *Liber*

- discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 1289-1314.
- BRITO, Miguel Nogueira de – *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa: AAFDL, 2017.
- BRONZE, Fernando José Pinto – «*Continentalização*» do Direito Inglês ou «*Insularização*» do Direito Continental? (Proposta para uma Reflexão Macro-Comparativa do Problema), Coimbra, 1982, (Boletim da Faculdade de Direito: Suplemento 22).
- BRONZE, Fernando José Pinto – “Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico”, in *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2003, 151-177.
- BRONZE, Fernando José Pinto – “Racionalidade e metodonomologia (nótula sobre os pólos e o sentido de uma relação de correspondência problematicamente inucleada)”, in António Pedro Barbas HOMEM *et al.*, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Seminário Internacional* Coimbra: Almedina, 2009, 243-270.
- BRONZE, Fernando José Pinto – *Lições de Introdução ao Direito*, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019.
- BRONZE, Fernando José Pinto – “O sentido metodonomológico do precedente”, BFD 95/2 (2019) 913-928.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de – “Precedent in Brazil”, in Ewoud HONDIUS, ed., *Precedent and the Law. Reports to the XVIIth Congress. International Academy of Comparative Law*, Utrecht 16-22 July 2006, Bruxelas: Bruylant, 2007, 289-309.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de – *Teoría del Precedente Judicial. La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales*, tradução espanhola, Lima: Ediciones Legales, 2016.
- BUZAID, Alfredo – “Da uniformização da jurisprudência”, BFD: *Estudos em homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz* 58/2 (1982) 127-167.
- CABRAL, Antonio do Passo – *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*, 3.ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodium, 2019.
- CABRAL, Rita Amaral – “Retroatividade”, DJAP 7, 285-291.
- CAENEGEM, R. C. Van – «“Oráculos da lei” ou “bouche de la loi”. Considerações históricas sobre o papel dos juízes», in António Pedro Barbas HOMEM *et al.*, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Seminário Internacional* Coimbra: Almedina, 2009, 35-51.

- CAMPOS, Manuel Fontaine – “Anotação ao art. 8.º do Código Civil”, in *Comentário ao Código Civil: Parte Geral* LUÍS CARVALHO FERNANDES / José Brandão PROENÇA, coord., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, 41-45.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro – “Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione «Civil Law» – «Common Law»”, *Rivista di Diritto Civile* (1963) Parte I, 31-64.
- CAPPELLETTI, Mauro – *Giudici legislatori?*, Milão: Giuffrè, 1984.
- CAPPELLETTI, Mauro – “The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: A Fundamental Difference – or no Difference at All?”, in Herbert BERNSTEIN / Ulrich DROBNIG / Hein KÖTZ, org., *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tubinga: J.C.B. Mohr, 1981, 381-393.
- CAUPERS, João – “O Tribunal Constitucional: um legislador indireto?”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I: *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 2019, 725-743.
- COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira – “União de facto subsequente ao divórcio. Divórcio simulado (Anotação ao Ac. do STA, de 9-7-2020)”, RLJ 150/4024 (setembro/outubro de 2020) 25-48.
- COING, Helmut – “Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts”, *JuS* 5 (1975) 277-283.
- CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil*, vol. I, *Introdução: fontes do direito; interpretação da lei; aplicação das leis no tempo; doutrina geral*, 4.ª ed., reformulada e atual., reimpr., Coimbra: Almedina, 2017.
- CORSO, Lucia – “Opinione dissenziente, interpretazione costituzionale e costituzionalismo popolare”, in *Sociologia del Diritto* 1 (2011) 27-56.
- COSTA, José de Faria – “O tempo e a pena”, in J. M. AROSO LINHARES / Inês Fernandes GODINHO, coord., *Atas do Colóquio “A pena e o tempo”* Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, 63-72.
- COSTA, Lohana Cavalcanti – *Os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência no Código de Processo Civil*,

- trabalho de conclusão de curso apresentado ao programa de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, Salvador, 2018, disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/26492>>.
- CRUZ, Emídio Pires da – *Da Aplicação das Leis no Tempo (Princípios gerais)*, Lisboa, 1940.
- CUNIBERTI, Gilles – *Grands systèmes de droit contemporains. Introduction au droit comparé*, 3.^a ed., Paris: LGDJ, 2015.
- DENVIR, Catrina – “Introduction”, in Catrina DENVIR, ed., *Modernising Legal Education*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2020, 1-17.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I, *Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DÍEZ SASTRE, Silvia – *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- DROUOT, Guillaume – *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l’insécurité juridique en droit civil*, Paris: LGDJ, 2016.
- DROUOT, Guillaume – “Le rôle de la doctrine dans l’avènement de la jurisprudence comme source du droit”, in *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit* Denis MAZEAUD / Thierry BONNEAU, dir., Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2016, 115-127.
- DUARTE, Rui Pinto – *Curso de Direitos Reais*, 4.^a ed., rev. e aum., Parede: Principia, 2020.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy – *Sobre los límites del juez constitucional*, 2.^a ed., Puno, Perú: Zela, 2020.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro – *Lei e Sentença. Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, vol. II, *Separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição de 1976*, 1.^a reimpr., Lisboa: AAFDL, 2018.
- FERRERES COMELLA, Víctor / XIOL RÍOS, Juan Antonio – *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2.^a ed., Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2010.
- FOGAÇA, Mateus Vargas – *Os precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro*, Jacarezinho, 2016, dissertação de mestrado, disponível em <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/8475-mateus-vargas-fogaca/file>>.

- FOGAÇA, Mateus Vargas/FOGAÇA, Marcos Vargas – “Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil”, *RFD da UFMG* 67 (julho/dezembro de 2015) 509-533.
- FORIERS, Paul Alain – *Préface* a Rafaël Jafferli, *Confirmation, ratification et condition suspensive. La rétroactivité des droits contractuels inachevés*, Bruxelas: Larcier, 2011.
- FRADA, Manuel Carneiro da – *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2004.
- FRANCISCO, Natália Brambilla – “O princípio da segurança jurídica e a imprevisibilidade das decisões judiciais”, *REDP* 10, 339-358.
- FREITAS, Luísa Maria Nunes Filipe Bahamonde de – *Da impugnação das deliberações do conselho de administração nas sociedades anónimas*, ISCTE-IUL, 2020, dissertação de Mestrado.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel – “Le précédent et la loi. Rapport de Droit espagnol”, in Ewoud HONDIUS, ed., *Precedent and the Law. Reports to the XVIIth Congress. International Academy of Comparative Law*, Utrecht 16-22 July 2006 Bruxelas: Bruylant, 2007, 189-207.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina – *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid: Tecnos, 1993.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina – “Motivación de las sentencias y jurisprudencia ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?”, in IDEM / Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, coord., *La construcción del precedente en el civil law*, Barcelona: Atelier, 2020, 165-189.
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida – “Correctness and rationality as presumptions of bindingness in adjudication: on the methodological relevance of judicial precedents and dogmatic models in European civil law and common law systems”, in J. M. Aroso LINHARES / Ana Margarida GAUDÊNCIO / Inês Fernandes GODINHO, *Jurists’ Law and European Identity: Dogmatic-Institutional, Methodological and Legal-Philosophical Problems* (ed.), Coimbra: Instituto Jurídico, 2018, 291-308;
- GONÇALVES, Rodrigo de Souza – “La regla del precedente en el sistema de justicia civil brasileño. Un modelo *sui generis*”, in Marina GASCÓN ABELLÁN / Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, coord., *La construcción del precedente en el civil law*, Barcelona: Atelier, 2020, 139-164.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, *Direito constitucional português. Princípios, direitos fundamentais*,

- organização económica e política, garantia e revisão da Constituição*, 6.^a ed., rev. e atual., Coimbra: Almedina, 2016.
- GUEDES, António Agostinho – “Anotação ao art. 10.º do Código Civil”, in Luís Carvalho FERNANDES / José Brandão PROENÇA, coord., *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, 51-54.
- HALPÉRIN, Jean-Louis – *Introduction au droit en 10 thèmes*, Paris: Dalloz, 2017.
- HENRIQUES FILHO, Ruy Alves – *Diálogo de tradições e a formação dos precedentes judiciais qualificados na civil law*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, dissertação de doutoramento.
- HERZOG, Jacques Bernard – *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne. Essai sur les conditions de création du Droit par la Jurisdiction de Cassation*, Toulouse: Imprimerie F. Boisseau, 1942.
- HONDIUS, Ewoud – “Repensando el precedente”, in Carlos BERNAL PULIDO / Thomas BUSTAMANTE, ed., *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial: Actas del 24.º Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR)*, Beijing, 2009, vol. III, trad. espanhola, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, 301-319.
- Index of Legal Certainty. Report for the Civil Law Initiative (Fondation pour le droit continental)*, supervisão de Bruno Deffains / Catherine Kessedjian, maio de 2015, acessível em <https://www.fondation-droitcontinental.org/en/wp-content/uploads/2015/06/NS_Rapport-complet-5-juin-2015_EN.pdf>.
- JACOB, Marc – “Precedents: Lawmaking through international adjudication”, in Armin von BOGDANDY / Ingo VENZKE, ed., *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg etc.: Springer, 2012, 35-68.
- KEIRSE, Anne / LOOS, Marco – *Waves in Contract and Liability Law in three decades of ius commune*, Cambridge: Intersentia, 2017.
- KIENINGER, Eva-Maria – “Competition between Legal Systems”, in Jürgen BASEDOW / Klaus J. HOPT / Reinhard ZIMMERMANN, ed. with Andreas Stier, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, reimpr. da 1.^a ed., de 2012, Oxford: Oxford University Press, 2014, 301-304.
- KÖTZ, Hein – “Legal Families”, in Jürgen BASEDOW / Klaus J. HOPT / Reinhard ZIMMERMANN, ed. with Andreas Stier, *The Max Planck*

- Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, reimpr. da 1.^a ed., de 2012, Oxford: Oxford University Press, 2014, 1063-1064.
- Les Revirements de Jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet. Mardi 30 novembre 2004. Groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis*, Paris: Litec LexisNexis, 2005, disponível em <<https://www.lexeek.com/document/931-revirements-jurisprudence-rapport-nicolas>>.
- L'opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht e del Tribunal Constitucional spagnolo (1994-2009). L'opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht (1994-2009)*, por Maria Theresia Rörig. *L'opinione dissenziente nella prassi del Tribunal Constitucional spagnolo (1994-2009)*, por Carmen Guerrero Picó, maio de 2009, disponível em <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/cc_ss_opinione_dissenziente_12012010.pdf>.
- LAMEGO, José – *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra: Almedina, 2016.
- LANGENBUCHER, Katja – “Rechtsprechung mit Wirkung für die Zukunft”, *JZ* 23 (2003) 1132-1140.
- LEITE, Alair – “Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. A irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal”, in *Atas do Colóquio “O direito penal e o tempo”*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2016, 43-87.
- LINHARES, José Manuel Aroso / GAUDÊNCIO, Ana Margarida – “The Portuguese experience of judge-made law and the possibility of prospective intentions and effects”, in Eva STEINER, *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Heidelberg etc.: Springer, 2015, 185-201.
- LIPARI, Nicolò – “Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto”, *Jus Civile* 4 (2016) 295-305.
- LOPES, Pedro Moniz – “O valor jurídico das normas de decisão jurisprudenciais”, *O Direito* 140/2 (2008) 645-695.
- MACÊDO, Lucas Buril – “Autorreferência como dever de motivação específico do *stare decisis*”, *Revista de Processo* 282/43 (agosto de 2018) 411-433.
- MACÊDO, Lucas Buril – *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 3.^a ed., rev., atual. e ampl, Salvador: JusPodivm, 2019.
- MACÊDO, Lucas Buril de / PEREIRA, Mateus Costa / PEIXOTO, Ravi de Medeiros – “Precedentes, cooperação e fundamentação: construção,

- imbricação e releitura”, *Civil Procedure Review* 4/3 (setembro-dezembro 2013) 122-152.
- MACHADO, João Baptista – *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra: Almedina, 1968.
- MACHADO, João Baptista – *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis (Limites das leis e conflito de leis)*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1998.
- MACHADO, João Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 3.^a reimpr., Coimbra: Almedina, 1989.
- MADUREIRA, Cláudio Penedo – “Constitucionalidade da vinculação dos julgadores a precedentes judiciais”, in *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional* 17/69 (julho/setembro de 2017) 191-210.
- MAGALHÃES, David – “Changing law by analogy. The importance of analogical reasoning to the dynamics of private law, since Roman legal thought”, *BFD* 95/2 (2019) 1597-1612.
- MARANHÃO, Clayton – “O dever constitucional da fundamentação da sentença e o novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro”, *REDP* 10/172 (julho a dezembro de 2016) 101-119.
- MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo – “O Modo Setecentista de Julgar em Portugal. Uma Reflexão em Torno do valor dos precedentes judiciais no passado e no presente”, in António Pedro Barbas HOMEM *et al.*, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Seminário Internacional* Coimbra: Almedina, 2009, 121-129.
- MARINONI, Luiz Guilherme – *Precedentes Obligatorios*, trad. espanhola, Lima: Palestra Editores, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme – *La ética de los precedentes*, trad. espanhola, Lima: Palestra Editores, 2017.
- MARTINEZ, António Lopo – “Voto de vencido: causas e aversão. Uma análise dos votos de vencidos no Tribunal Constitucional português”, *Scientia Iuridica* 67/347 (2018) 21-46.
- MEDEIROS, Rui – *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MEDEIROS, Rui – *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019.

- MELLO, Patrícia Perrone Campos / BAQUEIRO, Paula de Andrade – “Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal”, RBPP 8/1 (abril de 2018) 667-688.
- MIRANDA, Jorge – “Sentido e conteúdo da lei como ato da função legislativa”, in IDEM, org. *Nos Dez Anos da Constituição* Lisboa: INCM, 1986, 175-190.
- MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Constitucional*, vol. II, *Normas constitucionais. Direitos fundamentais. Atividade constitucional do Estado. Fiscalização de constitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.
- MOLINA, André Araújo – “Litigância de má-fé por desrespeito aos precedentes”, RJLB 4/2 (2018) 707-738.
- MONTEIRO, António Pinto – “Interpretação e o protagonismo da doutrina”, RLJ 145/3995 (novembro-dezembro de 2015) 66-77.
- MORAL SORIANO, LEONOR – *El precedente judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2002.
- MORAL SORIANO, LEONOR – “Precedente extranjero ¿Diálogo o discurso?”, in Marina GASCÓN ABELLÁN / Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, coord., *La construcción del precedente en el civil law* Barcelona: Atelier, 2020, 237-258.
- NASCIMENTO, António Baião do – “Do concurso de normas”, Lisboa: *cadernos de CTF*, n.º 97, 1971 (estudo publicado na CTF, n.ºs 136 e 137, respetivamente de abril e maio de 1970).
- NEVES, A. Castanheira – “O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais”, in RLJ, 1973-1982;
- NEVES, A. Castanheira – *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- NEVES, A. Castanheira – “Assento”, in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 345-348;
- NEVES, A. Castanheira – “Fontes do direito”, in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 7-94.
- NEVES, A. Castanheira – “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 349-473.
- NEVES, A. Castanheira – “O problema da constitucionalidade dos assentos (Comentário ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal

- Constitucional)”, in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 337-377.
- NEVES, Ana Fernanda – “A especialização e outras questões de administração da jurisdição administrativa”, CJA 136 (julho/agosto de 2019) 3-15.
- NIETO, Alejandro – *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis – *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- OLLERO, Andrés – *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- OLIVEIRA, Guilherme Machado de – “Notas sobre os precedentes judiciais e os quatro anos de vigência do Código de Processo Civil”, *Brazilian Journal of Development* 6/8 (agosto de 2020) 56700-56714.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – “Em torno do conceito de fontes do Direito”, in Cláudia Sofia MELO *et al.*, coord., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2017, 881-898.
- OROZCO MUÑOZ, Martín – *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Cizur Menor: Aranzadi, 2011.
- OTERO, Paulo – *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lisboa: Lex, 1993.
- OTERO, Paulo *Direito Constitucional Português*, vol. I, *Identidade constitucional*, 3.ª reimpr. da ed. de abril de 2010, Coimbra: Almedina, 2017.
- OTERO, Paulo *Direito Constitucional Português*, vol. II, *Organização do poder político*, 3.ª reimpr. da ed. de abril de 2010, Coimbra: Almedina, 2019.
- PALMA, Maria Fernanda – “A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroatividade *in pejus*”, in IDEM / Teresa Pizarro Beza, org., *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998, 413-430.
- PASSAGLIA, Paolo – *La struttura delle decisioni dei giudici costituzionali: un confronto fra la tradizione di civil law e quella di common law*, acessível em <<https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/35last-papa.pdf>>.

- PASSANANTE, Luca – *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Turim: Giappichelli, 2018.
- PEIXOTO, Ravi de Medeiros – “(In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC /2015: um debate necessário”, *Revista Jurídica da Secção Judiciária de Pernambuco* 11 (2018) 301-334.
- PINTO, Alexandre Mota – “Suprimentos nas sociedades anónimas. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de novembro de 2021”, *Revista da Ordem dos Advogados* 82 (jan./jun. 2022) 33-62.
- PINTO, Paulo Mota – “A proteção da confiança na “jurisprudência da crise”», in *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios Críticos*, Gonçalo de Almeida RIBEIRO / Luís Pereira COUTINHO, org., Coimbra: Almedina, 2014, 133-181.
- PINTO, Paulo Mota – “A Constituição de 1976 e o direito civil e processual civil”, in *Olhar o Constitucionalismo Português nos 40 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, 139-161.
- PRIETO SANCHÍS, Luis – *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson, 1998.
- PROS-PHALIPPON, Chloé – *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Paris: LGDJ, 2018.
- QUEIROZ, Cristina M. M. – *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- QUEIROZ, Cristina M. M. – “A independência do poder judicial. O governo dos juízes e a democracia”, in in Fernando José BRONZE *et al.*, *Juízo ou Decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito*, vi Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social, Coimbra: Instituto Jurídico, 2016, 393-429.
- RAFFAELLI, Rosa – *Abweichende Stellungnahmen der Obersten Gerichtshöfe in den Mitgliedstaaten*, estudo promovido pelo Parlamento Europeu, disponível em <[https://www.europarl.europa.eu/think-tank/de/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2012\)462470](https://www.europarl.europa.eu/think-tank/de/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2012)462470)>.
- RECASENS SICHES, Luis – *Introducción al estudio del derecho*, 18.^a ed., México: Porrúa, 2016.
- REIS, José Alberto dos – *Código de Processo Civil Anotado*, vol. vi (Artigos 721.º a 800.º), reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

- RIVERO ORTEGA, Ricardo – “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho”, RAP 157 (janeiro-abril 2002) 89-118.
- ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira – “A independência do poder judiciário e o estatuto dos magistrados na constituição brasileira de 1988”, in António Pedro Barbas HOMEM *et al.*, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Seminário Internacional* Coimbra: Almedina, 2009, 323-338.
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana – *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo. Un estudio desde la óptica de igualdad y seguridad jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2021.
- SANTOS, Bruna Duque Estrada Santos – *A existência de uma teoria de precedentes judiciais à luz do novo Código de Processo Civil*, Niterói, 2017, trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, acessível em <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/7873>>.
- SCHLEDER, Adriana Fasolo Pilati – “Precedentes e jurisprudência no sistema jurídico brasileiro: uma distinção necessária”, *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça* 3/2, 75-94.
- SERRASQUEIRO, Mafalda – “Legalidade e interpretação: a sindicabilidade pelo Tribunal Constitucional das normas enunciadas pelo juiz em matérias sujeitas aos princípios da legalidade e da tipicidade”, in *e-Pública* 2/2 (julho 2015) 227-250.
- SILVA, Kamilla Ramos da – *A eficácia dos precedentes judiciais*, monografia apresentada ao Núcleo de trabalho de curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, Anápolis, 2019, acessível em <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/8587/1/TCS%20-%20KAMILLA%20RAMOS%20-%20mat.%201520586.pdf>>.
- SILVA, Vasco Pereira da – “Juiz constitucional e interpretação das normas”, in *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, Coimbra: Almedina, 2019, 83-99.
- SOARES, Marcelo Negri / COUTO, Monica Bonetti / COSTA, Jessica Chaves – “Dever de fundamentação e precedentes no novo CPC: uma análise à luz do modelo constitucional de processo”, in *RECD da UFSM* 13/2, 554-576.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de – *O Valor Jurídico do Ato Inconstitucional*, Lisboa, 1988.

- SOUSA, Marcelo Rebelo de / GALVÃO, Sofia – *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a ed., Lisboa: Lex, 2000.
- SOUSA, Miguel Teixeira de – *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012.
- STOLLEIS, Michael – “O perfil do juiz na tradição europeia”, in António Pedro Barbas HOMEM *et al.*, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Seminário Internacional* Coimbra: Almedina, 2009, 21-34.
- TCHEN, Vincent – *Les revirements dans la jurisprudence administrative du Conseil d’État*, 3 vols., dissertação de doutoramento, Universidade Paris XIII, 1994.
- VALEMBOIS, Anne-Laure – *La constitutionnalisation de l’exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris: LGDJ, 2005.
- VASCONCELOS, Adriana Paiva – “Estabilidade da jurisprudência em países de *Civil Law*”, *Justiça do Direito* 26/1 (janeiro/junho de 2012) 68-80.
- VOGENAUER, Stefan – “Common Law”, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, reimpr. da 1.^a ed., de 2012, Oxford: Oxford University Press, 2014, 265-267.
- VOGENAUER, Stefan “Judge-Made Law”, in Jürgen BASEDOW / Klaus J. HOPT / Reinhard ZIMMERMANN, ed. with Andreas Stier, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, reimpr. da 1.^a ed., de 2012, Oxford: Oxford University Press, 2014, 1014-1016.
- VOGENAUER, Stefan “Rule of Precedent”, in Jürgen BASEDOW / Klaus J. HOPT / Reinhard ZIMMERMANN, ed. with Andreas Stier, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, reimpr. da 1.^a ed., de 2012, Oxford: Oxford University Press, 2014, 1304-1306.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim – “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*”, *Revista de Processo* 34/172 (junho de 2009) 121-174.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy – “Il precedente nei sistemi di «civil law»”, in Giovanna VISINTINI, a cargo de, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile. Atti del Convegno promosso dall’Istituto di Diritto Privato della Facoltà di Giurisprudenza in collaborazione con la Rivista «Contratto e Impresa»*. Genova, 11 e 12 marzo 1988, Pádua: Cedam, 1988, 25-32.
- ZIMMERMANN, Reinhard/JANSEN, Nils – “Quieta Movere. Interpretative Change in a Codified System”, in Peter CANE / Jane STAPLETON, ed., *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming* Oxford: Clarendon Press, 285-315.

ISBN: 978-989-9075-43-6



9 789899 075436

FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR