

Constituição, ordenamento e conflitos normativos

Esboço de uma
teoria analítica
da ordenação
normativa

Versão original

Joaquim Freitas da Rocha

Joaquim Freitas da Rocha

Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho

Investigador integrado no JusGov (Centro de Investigação em Justiça e Governação)

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



Investigação
Ciências Jurídicas

UMinho Editora

AUTOR

Joaquim Freitas da Rocha

COORDENAÇÃO EDITORIAL
Manuela Martins

DESIGN
Tiago Rodrigues

PAGINAÇÃO
Carlos Sousa | Bookpaper

IMPRESSÃO e ACABAMENTOS Papelmunde

EDIÇÃO UMinho Editora

LOCAL DE EDIÇÃO Braga 2022

DEPÓSITO LEGAL N.º 507961/22

ISBN 978-989-8974-73-0

eISBN 978-989-8974-63-1

DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.53>

Os conteúdos apresentados (textos e imagens) são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores.
© Autores / Universidade do Minho – Esta obra encontra-se sob a Licença Internacional Creative Commons Atribuição 4.0.

UMINHO EDITORA

Constituição, ordenamento e conflitos normativos

Esboço de uma teoria
analítica da ordenação
normativa

Versão original

Introdução	29
Divisão I	31
Pressupostos teóricos e discursivos	31
1. Juridicidade, ordenamento, enfoque analítico e linguagem	33
1.1. A crise da sistemática jurídica e a psicanálise linguística	33
1.2. A análise linguística	38
1.2.1. A teoria linguística do Direito	38
1.2.2. O exame da linguagem da normatividade	39
1.3. A linguagem prescritiva	43
1.4. Vinculatividade linguística e meta-discursividade	46
1.5. A natureza analítica do discurso	47
1.5.1. A “questão epistemológica”	48
1.5.2. Coordenadas essenciais do discurso analítico	50
a) Ordens de linguagem e metadiscursividade	51
b) O empirismo	52
c) O convencionalismo linguístico	53
1.5.3. Refracções da natureza analítica na ciência do Direito: a tese da separação entre o Direito e a Moral (<i>Trennungsthese</i>)	56
2. Em particular, a dimensão linguística do Direito	61
2.1. A transmissão de padrões comunicativos	61
2.2. O conteúdo típico dos padrões comunicativos	63
a) Os valores	63
b) Os exemplos	65

2.3.	A forma dos padrões comunicativos	66
	a) Precedente	67
	b) Lei	69
2.4.	A tetracotomia dos modelos comunicacionais e a configuração concreta do ordenamento jurídico	70
2.5.	Conclusão: segurança jurídica, legalismo e carácter linguístico da análise dos conceitos jurídicos	74
	Divisão II	79
	Conceitos operativos	79
	§ único: sequência	81
1.	Primeiro conceito: fonte de Direito	84
1.1.	A pluralidade linguística do termo “fonte”	84
	a) Sentido sociológico	85
	b) Sentido axiológico	89
	c) Sentido jurídico	90
1.2.	A tentativa de estabelecimento de uma noção adequada	91
1.2.1.	Apreciações críticas	92
1.2.2.	Uma noção operativa de fonte	96
1.2.3.	Análise dos elementos constitutivos da noção de fonte	100
	a) “Núcleo inexaurível...”	100
	b) “Núcleo de criação...”	100
	c) “... de direito objectivo” (normas jurídicas)	107
	α) Norma jurídica e usos linguísticos	109

β) Normas jurídicas, enunciados sintéticos e enunciados analíticos	110
χ) Fixação de um conceito adequado de norma jurídica	114
δ) A questão da pré-determinação da função judicial	116
1.2.4. Equívocos linguísticos e pseudo-classificação de fontes	118
1.2.5. A desconsideração da função jurisdicional, da vontade negocial privada e do costume como “fontes”	123
1.2.5.1. A função jurisdicional	123
a) a suposta criação jurisprudencial de Direito	125
b) As decisões dos tribunais superiores dotadas de força obrigatória geral	127
1.2.5.2. A vontade negocial privada	129
1.2.5.3. O costume	131
1.3. A colocação do problema em referência ao ordenamento português	132
1.3.1. A norma de reconhecimento	132
1.3.2. As normas sobre a produção normativa: fontes e tipos normativos	134
1.3.3. O catálogo das fontes constitucionalmente admitidas	138
1.4. Breve referência à tipologia das normas jurídicas	140
1.4.1. Quanto à natureza: princípios e regras	141
1.4.2. Quanto à finalidade: normas primárias e normas secundárias	144
1.4.3. Quanto à técnica utilizada: normas directas e normas indirectas (remissivas)	145
1.4.4. Quanto ao âmbito de eficácia	146

a) âmbito temporal: norma anterior e norma posterior	146
b) âmbito espacial: norma de abrangência territorial ampla e norma de abrangência territorial restrita	147
c) âmbito material: norma geral e norma especial	147
d) Escalonamento: norma superior e norma inferior	148
2. Segundo conceito: competência das competências	150
2.1. Enquadramento e sequência	150
2.2. As sucessivas vagas de discussão: da teorização federalista às pretensões competenciais europeístas	152
a) A primeira vaga – o nascimento do conceito	153
α) A redução do problema à “questão da soberania” e às alterações constitucionais	153
β) A federação dos Estados germânicos do Norte (<i>Norddeutschen Bundes</i>)	156
b) Primeira transposição: o momento da teorização federalista	157
c) Segunda transposição: a europeização do conceito	160
α) Posição europeísta	162
β) Posição nacionalista	164
2.3. Delimitação conceitual e a dupla natureza do conceito	168
2.3.1. Estrutura normativa e esquema competencial: as regras de alteração	168
2.3.2. A competência das competências como situação jurídica activa – a delimitação do perímetro de competência (<i>Kompetenzumfang</i>)	171
2.3.3. A competência das competências como princípio de repartição competencial	174

2.4.	Competência das competências e figuras afins	175
2.4.1.	Soberania	175
	a) a dupla dimensão do conceito	175
	b) a questão das limitações de soberania: o puzzle da soberania (LEE) e o ordenamento jurídico da União Europeia em particular	178
2.4.2.	Poder constituinte	181
2.4.3.	Autonomia constitucional	184
2.5.	A titularidade da competência das competências	185
	a) Ao nível dos Estados compostos	186
	b) Ao nível dos ordenamentos integrados – o ordenamento jurídico Europeu em particular	188
3.	Terceiro conceito: ordenamento normativo	192
3.1.	O debate teórico	192
3.1.1.	Considerações prévias: a expurgação de componentes de correcção material e a pluralidade	192
	a) uma noção de ordenamento jurídico-normativamente orientada	192
	b) um estudo plural da realidade ordenamental	193
3.1.2.	Enfoques que acentuam a ideia de produção jurídica (normativistas)	195
	a) Normativismo vienense	197
	b) Normativismo oxoniense	200
3.1.3.	Enfoques que acentuam a ideia de aplicação jurídica	203
	a) Institucionalismo	203

	b) Realismo	206
3.2.	Posição adoptada: o ordenamento como uma pluralidade normativa ordenada	208
3.3.	Enfoque analítico da noção de ordenamento jurídico	213
3.3.1.	Pluralidade	213
	a) Pluralidade, conjuntos sincrónicos e sequências diacrónicas de normas	213
2	b) Pluralidade, inflação legislativa e Direito regulatório	216
	α) as vagas da regulática	216
	β) Regulática e explosão normativa	218
3.3.2.	Autonomia	219
	a) Auto-normação (titularidade da competência das competências)	220
	b) Competência para determinar a aplicabilidade de normas externas	220
3.3.3.	Unidade	221
3.3.3.1.	Pressupostos linguísticos	222
	a) unidade e sistematicidade	222
	b) Unidade do sistema científico e unidade do ordenamento jurídico	225
3.3.3.2.	Fundamentação da exigência de unidade do ordenamento jurídico	227
	a) A unidade do ordenamento enquanto exigência do princípio do Estado de Direito	227
	α) O modelo de coerência conceptual	228
	β) O modelo da norma fundamental	229

b) A unidade do ordenamento enquanto exigência do princípio da igualdade	230
c) A unidade do ordenamento enquanto exigência do princípio democrático	231
d) A unidade do ordenamento enquanto exigência do princípio da unidade do Estado	231
3.3.3.3. Posição adoptada	232
3.3.4. A natureza sistémica	234
3.3.4.1. A ideia de sistema: ordenamento, sistema e estrutura	234
3.3.4.2. As quebras no sistema	237
a) A noção de conflito normativo	238
b) Conflitos de primeiro e de segundo grau	240
c) Conflitos e pluralidade normativa	242
3.3.5. A completude	244
3.3.5.1. A incompletude enquanto patologia de um ordenamento jurídico: rejeição das teorias do <i>espaço jurídico vazio</i> e da <i>norma geral excluyente</i>	244
3.3.5.2. A lacuna enquanto conceito normativo	247
3.3.5.3. A solução normativa: integração de lacunas (remissão)	250
Parte I	251
Teoria dos conflitos normativos	251
Divisão I	253
Conflitos intra-sistemáticos	253

1.	Sistematicidade em sentido lógico e conflitos normativos: sequência	255
2.	A resolução dos conflitos normativos de primeiro grau	257
2.1.	Conflitos positivos	257
2.1.1.	Tipologia dos critérios resolutórios	257
2.1.2.	Análise individualizada dos critérios resolutórios	259
2.1.2.1.	Critério cronológico	259
2.1.2.2.	Critério da especialidade	264
2.1.2.3.	Critério da territorialidade	266
2.1.2.4.	Critério do escalonamento (hierarquia)	269
2.1.2.4.1.	Modelos de escalonamento	271
2.1.2.4.1.1.	Modelos formais (gradualísticos)	271
	a) A proximidade em relação à competência das competências e a ideia de autorização	271
	b) O substrato democrático das normas (teoria da representatividade)	273
	c) O âmbito territorial das normas	274
	d) A dependência jurídica	276
2.1.2.4.1.2.	Modelos materiais	278
2.1.2.4.2.	Efeitos jurídicos do escalonamento	278
	a) Estatuto de parametricidade	278
	b) Força normativa superior: poder derogatório e resistência derogatória	279
2.1.2.4.3.	Os distintos níveis de diferenciação – esboço de uma escala de gradação	280

2.1.3.	Concretização constitucional	283
	a) Critérios absolutos	284
	b) Critérios relativos	285
	α) Territorialidade	285
	β) Escalonamento	287
2.2.	Conflitos negativos – a integração de lacunas	292
2.2.1.	Modelos de auto-integração	293
	a) a analogia particular	293
	α) A teoria da <i>norma geral inclusiva</i>	293
	β) Raciocínio analógico e raciocínio silogístico	294
	b) A suposta integração de lacunas mediante o recurso aos princípios gerais de Direito (<i>analogia Juris</i>)	296
	c) O recurso ao costume	297
2.2.2.	Modelos de hetero-integração: o recurso a outros ordenamentos – em particular, o reenvio	297
2.2.3.	Concretização constitucional	298
3.	A resolução dos conflitos normativos de segundo grau	299
3.1.	Conflitos positivos	299
3.1.1.	Conflito entre o critério cronológico e o da especialidade	299
3.1.2.	Conflito entre o critério cronológico e o da hierarquia	301
3.1.3.	Conflito entre o critério cronológico e o da territorialidade	302
3.1.4.	Conflito entre o critério da especialidade e o da hierarquia	304
3.1.5.	Conflito entre o critério da especialidade e o da territorialidade	304

3.1.6.	Conflito entre o critério da hierarquia e o da territorialidade	305
3.2.	Conflitos negativos	306
	Divisão II	307
	Conflitos extrasistemáticos	307
	§ único: sequência	309
	Subdivisão I	311
	O problema teórico da abertura dos ordenamentos: as externalidades normativas	311
1.	O pluralismo ordenamental e a relevância recíproca como pressupostos do estabelecimento de uma adequada teoria das relações entre normas provenientes de ordenamentos diversos	313
2.	O quadro das relações normativas interordenamentais (tricotomia das possibilidades de relação)	316
3.	A refutação da tese da perda de soberania estadual	319
4.	Condições de validade <i>versus</i> condições de aplicabilidade	320
5.	A questão da preferência aplicativa da norma externa	325
	Subdivisão II	327
	O impulso internacionalista	327
1.	O dualismo temperado	329
2.	A recepção do Direito internacional pelo ordenamento normativo interno	331

	a) As normas de Direito internacional geral ou comum	333
	b) As normas de Direito internacional convencional	334
	c) As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faz parte	335
3.	A harmonização dos ordenamentos interno e internacional	337
	a) As normas de Direito internacional geral ou comum	339
	b) As normas de Direito internacional convencional	340
	c) As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faz parte	343
	Subdivisão III	345
	O impulso europeísta	345
1.	Os alicerces da recepção do Direito europeu comunitário no ordenamento interno	347
1.1.	A tese dualista e as premissas do TJCE (carácter autónomo do ordenamento comunitário e auto-referencialidade da construção normativa)	347
1.2.	A desconstrução do edifício clássico e a teoria da autonomia relativa	350
	a) A jurisprudência reactiva (impossibilidade de limitação definitiva de soberania)	351
	α) <i>Conseil Constitutionel</i>	352
	β) <i>Bundesverfassungsgericht</i>	352
	b) A ausência de <i>Kompetenz-kompetenz</i> da União europeia	354
	c) A imposição de limites pelo Estado constitucional	357
	α) A teoria da autorização constitucional (<i>Brückentheorie</i>)	357

β) A teoria da alteração substancial do ordenamento normativo interno (<i>Gesamtänderung</i>)	359
1.3. A recepção do Direito europeu no ordenamento interno	362
1.3.1. A recepção condicionada	362
1.3.2. A incompletude do Direito europeu e a necessidade de execução na ordem interna	365
2. A harmonização dos ordenamentos interno e europeu. Em particular, a ideia de primado	367
2.1. Efeitos do primado: a dupla vinculação	368
2.2. Fundamentos do primado	370
2.3. Limites do primado	371
2.3.1. Primeiro limite: as normas emanadas no exercício de competências atribuídas	372
2.3.2. Segundo limite: a prevalência normativa das Constituições dos Estados-membros	373
a) A tese da superconstitucionalidade (<i>Herren der Verträge</i>)	374
b) O Direito Europeu como Direito Constitucional Europeu (<i>Gemeineuropäisches Verfassungsrecht</i>)	377
Subdivisão IV	379
Outros impulsos de abertura	379
§ único: sequência	381
1. O impulso confessional	382
1.1. Pressupostos de uma análise adequada	382
1.2. Os ordenamentos normativos confessionais	383

	a) normas eclesíásticas e juridicidade	383
	b) normas eclesíásticas e estadualidade	386
1.3.	Delimitação das prerrogativas de produção normativa confessional	389
	a) Normas de produção unilateral confessional	390
	b) Normas de produção unilateral estadual	391
	c) Normas de produção pactuada (em especial, as concordatas)	393
1.4.	A recepção do Direito confessional no ordenamento interno	394
	a) normas de produção pactuada	394
	b) normas de produção unilateral confessional	395
1.5.	A harmonização dos ordenamentos interno e confessional	397
	a) Normas de produção pactuada	397
	b) Normas de produção unilateral confessional	398
2.	O impulso autoregulatório e privatístico	400
2.1.	Pressupostos de uma análise adequada	400
2.2.	As normas técnicas	401
2.2.1.	Precisões terminológicas <i>standards</i> (fáticos e jurídicos) e normas técnicas	401
2.2.2.	A juridificação das normas técnicas	404
2.3.	Os códigos de boa conduta	408
3.	O impulso para o Direito material estrangeiro	409
3.1.	A referência às normas de Direito material estrangeiro e a abertura do ordenamento por via do Direito internacional privado	409

3.2.	A integração das normas de Direito material estrangeiro	411
3.2.1.	Referência receptícia e referência recognitiva	411
3.2.2.	As normas internas como parâmetro de validade das normas externas	413
	Parte II	419
	A análise normativamente orientada do ordenamento jurídico português	419
	§ único: alicerces de uma análise construtiva normativamente orientada	421
	a) ordenamento como um sistema dinâmico	421
	b) A normaçaõ sobre a normaçaõ	423
	c) Insuficiências da construção gradualística e fundamentos de uma tentativa de reconstrução num Estado de Direito parlamentar	424
	α) O princípio da competência	425
	β) A diversidade dos relacionamentos internormativos	426
	d) Sequência	431
	Divisão I	435
	Relações de escalonamento	435
	Subdivisão I	437
	As dimensões constituintes fundamentais	437

1.	Norma fundamental e constituição	439
2.	O pessimismo constitucional e a problematização do conceito de Constituição	442
2.1.	Primeira problematização: paradigma da sociedade avançada e pós-avançada (constitucionalismo <i>versus</i> constitucionalismos)	442
2.2.	Segunda problematização: a abertura da Constituição	445
	a) a internacionalização do poder constituinte	446
	b) a europeização do poder constituinte	449
	α) A europeização do Direito Constitucional (RAINER WAHL)	449
	β) Os paradigmas da teoria da integração. A teoria do poder constituinte evolutivo e a Constituição europeia	451
3.	A subsistência dos arquétipos constitucionais clássicos	456
3.1.	Ainda a Razão e o Estado	456
3.2.	A Constituição enquanto referente social: o Direito constitucional transgeracional (<i>Generationenverfassungsrecht</i>) e o Direito constitucional reflexivo	457
3.3.	A Constituição enquanto esquema organizatório supremo (meta-norma competencial): o impulso corporativista	460
3.4.	A Constituição enquanto núcleo e limite de produção e aplicação normativas	463
3.4.1.	A “Constituição-norma”	463
3.4.2.	A “Constituição meta-norma”	465
3.4.2.1.	A Constituição fonte das fontes: fundamento de validade <i>versus</i> fundamento de aplicabilidade	465
3.4.2.2.	A Constituição – limite	468

a) Limites à produção normativa constitucional	468
b) Limites à produção normativa infra-constitucional	469
Subdivisão II	471
As normas com valor supra-legal	471
1. Noção de valor supra-legal e sequência	473
2. Normas internas	474
2.1. Leis constitucionais	474
2.2. Leis estatutárias	476
2.2.1. Enquadramento do poder estatutário	476
2.2.2. Moldura constitucional do poder estatutário	477
a) Dimensão procedimental	477
b) Dimensão material	478
α) A questão da reserva de estatuto	479
β) A questão dos conteúdos estatutários eventuais	480
2.2.3. O valor paramétrico dos Estatutos	480
3. Normas não internas	481
3.1. Normas internacionais	481
3.1.1. Considerações analíticas preliminares	481
3.1.2. As normas de Direito internacional convencional	482
3.1.3. As normas emanadas das organizações internacionais de que Portugal faz parte	484
3.2. Normas de Direito europeu comunitário derivado	485
4. As decisões jurisdicionais com força obrigatória geral	487

	Subdivisão III	491
	As normas com valor legal	491
1.	Crise da lei e paradigma da pós-modernidade	493
2.	Disseminação dos núcleos de produção legislativa: Governamentalização, regionalização e europeização	496
3.	Uma noção de lei normativo-constitucionalmente orientada	498
3.1.	Inaplicabilidade de um conceito teórico de lei	498
3.2.	Tópicos normativo-constitucionais da actividade legislativa	503
4.	Normação legislativa parlamentar	508
4.1.	A narrativa clássica do primado do Parlamento	508
4.2.	A CRP e a competência legislativa da Assembleia da república	510
	a) o princípio da competência: reserva e exclusividade orgânica	510
	b) O valor da lei: lei com valor reforçado e lei sem valor reforçado	511
	α) Noção de valor reforçado	511
	β) Razões da atribuição de valor reforçado	514
	χ) Consequências do valor reforçado da lei	515
4.3.	Individualização do regime normativo-constitucional das leis com valor reforçado	518
4.3.1.	Classes de leis com valor reforçado e tipologia	518
4.3.2.	Leis com valor reforçado de acordo com o critério da vinculação genérica ("normação ao quadrado") – as leis de enquadramento	521

4.3.3.	Leis com valor reforçado de acordo com o critério da vinculação específica (“normas-pauta”)	528
4.3.3.1.	As leis de autorização legislativa	528
4.3.3.1.1.	Enquadramento jurídico: as dimensões normativa e legal	529
4.3.3.1.2.	Dimensão subjectiva das leis de autorização	534
4.3.3.1.3.	O regime jurídico-constitucional das leis de autorização	537
	a) Dimensão procedimental	537
	b) Molduras da normação autorizada	538
4.3.3.2.	As leis de bases	541
4.3.3.2.1.	Precisões analíticas: “regimes”, “bases” e “quadros”	542
	a) “Reserva absoluta” e “reserva relativa” de acordo com o critério da conformação do conteúdo (densificação total e densificação parcial das normas)	542
	b) A carência de complementação material: regimes gerais, leis de bases e leis-quadro	545
4.3.3.2.2.	O desenvolvimento das leis de bases	547
	a) Pelo Governo: a tese da reserva de densificação (PAULO OTERO)	549
	b) Pelas Assembleias legislativas regionais	550
4.3.3.2.3.	As leis de bases como parâmetro de validade	551
4.3.3.3.	As leis de desdobramento da Constituição económico-financeira	553
4.3.3.3.1.	Enquadramento normativo-constitucional	553
4.3.3.3.2.	As leis de desdobramento	554
	a) As leis das grandes opções em matéria de planeamento	554

α) A distinção entre as grandes opções e os planos	555
β) O valor reforçado da lei das grandes opções em matéria de planeamento	556
b) A lei do orçamento	557
4.3.4. Leis com valor reforçado de acordo com o critério do procedimento legislativo agravado	559
4.3.4.1. Leis orgânicas	559
4.3.4.2. Leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços	562
4.3.5. Casos especiais de valor reforçado	563
5. Normação legislativa governamental	564
5.1. Descrédito da onipotência da lei e o impulso pós-moderno da governamentalização	564
5.2. A CRP e a competência legislativa do Governo	567
5.2.1. O perímetro da autonomia legislativa do Governo: o problema das imposições legiferantes simétricas e o decreto-lei como “figura aberta”	567
5.2.2. Tipologia das competências legislativas governamentais	570
a) Competência legislativa independente	571
b) Competência legislativa dependente	574
5.2.3. Reminiscências das narrativas clássicas: o controlo democrático (posterior) da actividade legislativa governamental	575
6. Normação legislativa regional	578
6.1. Reflexos da pós-modernidade jurídica nas estruturas normativas: o fenómeno da desestadualização e a disseminação territorial dos núcleos de produção legislativa	578

6.2.	Em particular, as competências legislativas das Regiões Autónomas	582
6.2.1.	Tipologia das competências legislativas regionais	583
	a) competências legislativas regionais genéricas	583
	α) competência legislativa regional primária	583
	β) competência legislativa regional autorizada	587
	χ) competência legislativa regional complementar	589
	b) competências legislativas regionais específicas	590
6.2.2.	A actividade legislativa de concretização do Direito europeu comunitário	591
6.2.3.	Autonomia legislativa regional e teoria dos conflitos normativos	593
6.2.3.1.	Actos legislativos regionais e relações de paridade	594
6.2.3.2.	Actos legislativos regionais e relações de escalonamento	596
7.	Expressões constitucionais de particulares prerrogativas normadoras com valor legislativo	597
7.1.	Resoluções normativas	597
	a) Resoluções de apreciação parlamentar de actos legislativos	598
	b) Os estatutos organizatórios	599
7.2.	O referendo	602
	Subdivisão IV	605
	As normas com valor infra-legal	605
1.	Manifestações normativas da actuação administrativa	607

1.1.	O redimensionamento da função administrativa – o Direito administrativo global (CASSESE) e a administração pós-moderna	607
1.2.	O poder regulamentar	610
1.2.1.	O adequado enfoque normativista: norma administrativa e regulamento	610
1.2.2.	A conformação material dos poderes de normação regulamentar	614
1.2.2.1.	Os reflexos da desestadualização	614
	a) Deslegalização e reenvio normativo	617
	b) A questão dos regulamentos independentes	618
	c) A questão da precedência da norma externa (internacional ou europeia comunitária)	619
1.2.2.2.	Normação regulamentar executiva <i>stricto sensu</i>	621
1.2.3.	A dimensão subjectiva dos poderes de normação regulamentar: as entidades titulares de poder regulamentar	622
1.2.3.1.	Titularidade regulamentar originária	622
	a) O Governo	622
	b) As Autarquias locais	624
	c) As Regiões autónomas	626
1.2.3.2.	Titularidade regulamentar derivada	627
1.3.	As autoridades administrativas independentes (referência especial)	629
1.3.1.	A auto-regulação pública	630
1.3.2.	Poderes normadores (regulamentares)	632
2.	Especial referência às convenções colectivas de trabalho	634

3.	Outras normas com valor infra-legal	637
4.	Normação com valor infra-legal e escalonamento normativo	638
	Divisão II	641
	Relações de equiposicionamento	641
	§ único: sequência	643
1.	Entre normas integrantes do escalão das dimensões constituintes fundamentais	644
1.1.	Normas formalmente constitucionais	644
	a) Enfoque sincrónico (dinâmico)	645
	b) Enfoque diacrónico (dinâmico)	647
1.2.	Normas materialmente constitucionais	648
2.	Entre normas integrantes do escalão supra legal	650
3.	Entre normas integrantes do escalão legal	655
	a) Entre leis com valor reforçado	656
	b) Entre lei com valor reforçado e acto legislativo sem valor reforçado	658
	c) Entre actos legislativos sem valor reforçado	659
	α) Entre lei e decreto-lei	659
	β) Entre leis e entre decretos-lei	660
	χ) Entre lei da república e decreto legislativo regional	661
	δ) Entre decretos legislativos regionais (remissão)	663
	d) Entre actos legislativos e resoluções normativas	663

	e) Entre actos legislativos e referendo	664
4.	Entre normas integrantes do escalão infra-legal	664
	a) Entre regulamentos	664
	α) Em geral	665
	β) Regulamentos autárquicos	666
	χ) regulamentos regionais	666
	b) Entre regulamentos e convenções colectivas de trabalho	667
	c) Entre regulamentos e normas de produção unilateral confessional	668
	d) Entre convenções colectivas de trabalho	668
	e) Entre normas de produção unilateral confessional	669
	Divisão III	671
	Relações de auto-referencialidade (reflexividade)	671
1.	Enquadramento do problema: reflexividade e lógica jurídica	673
1.1.	As insuficiências da análise escalonada e as relações de auto-referencialidade. Precisações terminológicas.	673
1.2.	Auto-referencialidades jurídicas não normativas (alguns exemplos)	675
	a) A teoria autopoietica do Direito	676
	α) O impulso da interioridade e a insuficiência das explicações causais das manifestações vitais	677
	β) O sistema social geral e a autonomização do sub-sistema jurídico	678
	χ) A clausura autopoietica	679

b) A competência das competências jurisdicional	680
c) O reenvio por retorno	681
d) A interpretação autêntica	682
1.3. Auto-referencialidade e lógica: o <i>trilema de Münchhausen</i> e a bondade dos raciocínios circulares	683
2. Auto-referencialidades normativas	687
2.1. Estrutura: auto-referencialidade concreta e auto-referencialidade abstracta	687
2.2. Efeitos jurídicos	689
2.2.1. Delimitação conceptual, delimitação de eficácia, e delimitação de modo de produção normativa	689
2.2.2. A questão da vinculatividade das normas auto-referentes	691
a) Normas constitucionais	692
α) Revisão das normas constitucionais em geral	694
β) Revisão das normas de revisão	694
b) Normas ordinárias	697
 Lista das principais abreviaturas usadas	 721
 Bibliografia	 725

Introdução

Divisão I

Pressupostos teóricos e
discursivos

1. Juridicidade, ordenamento, enfoque analítico e linguagem

1.1. A crise da sistemática jurídica e a psicanálise linguística

Assumir, como o fazemos, que *Direito é ordenamento*¹, significa o afastamento em relação a uma das mais apelativas sensibilidades actuais: a pós-modernidade. Significa igualmente reconhecer que o fenómeno jurídico experimentou um processo evolutivo de transformação que o levou a atravessar vários patamares, não apenas sob o ponto de vista material – depurando-se, aproximando-se das noções de justiça, e expurgando as componentes de maldade jurídica que o caracterizavam (noção de cidadã, escravo, pena de morte, etc.) – mas igualmente sob o ponto de vista formal, domínio onde a ideia de segurança jurídica desempenha um papel cada vez mais importante, levando à codificação, primeiro, e à configuração como agregado unitário, articulado e coerente depois. Neste sentido, com BALLESTEROS², podemos constatar que a concepção do Direito como ordenamento normativo assume-se como um patamar essencial do desenvolvimento jurídico.

Aceitar-se que uma norma jurídica não existe isoladamente, mas antes deverá encontrar-se integrada num agregado do qual faça parte (um ordenamento jurídico)³, significa sustentar que o Direito, enquanto realidade objecto de indagação, não poderá ser perspectivado como norma, mas como um conjunto, ordenado e sistematizado, de normas. Apenas deste modo poderemos captar a sua verdadeira natureza. Tal necessidade de enquadramento realça a importância da noção de ordenamento normativo e de uma das suas características essenciais: a sistematicidade. Um ordenamento não o poderá ser se não for um corpo sistemático, se não encerrar em si um sistema, de modo a que a realidade jurídica não seja vista como uma confusa amálgama de fragmentos, disposições e textos contraditórios e/ou sem ligação entre si. A doutrina tem, a este respeito, procurado apontar

1 Para uma aproximação, v. Kelsen, Hans, “*Der Begriff der Rechtsordnung*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, Europa Vlg., Wien, 1968.

2 V. MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “*La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento*”, in AnFD, XVIII, 2001, 301-302.

3 Assim, PIZZORUSSO, Alessandro, “*Sistema istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*”, 2.^a ed., Jovene ed., Napoli, 1992, 19; ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Sobre el concepto de orden jurídico*”, in *Análisis Logico y Derecho*, org. BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 393. V., ainda, BULYGIN, Eugenio, “*Das problem der Geltung bei Kelsen*”, in “*Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*”, Paulson e Sttoleis (org.), GRW, 3, 83.

algumas características que emergem em quase todas as noções de sistema⁴, sendo de destacar a completude (ou seja, a ausência de espaços em branco ou lacunas), a independência (no sentido em que o sistema em que aquele ordenamento se consubstancia não constitui uma derivação de outro ou outros) e a consistência (enquanto sinónimo de ausência de contradições e reflexo de exigências de coerência e compatibilidade mútuas). Enfim, em poucas palavras e numa primeira aproximação, um ordenamento jurídico será um agregado, um conjunto independente de normas, adequadamente ordenado, completo e dominado por princípios que lhe emprestam um fundamento comum.

Contudo, e sem embargo do pouco rigor técnico que esta noção possa por agora alcançar, deve-se ter presente que a compreensão da ideia de ordenamento não poderá ser verdadeiramente efectivada sem se deixar transparecer o ambiente crítico adverso em que ela actualmente se encontra mergulhada, podendo-se desde já questionar se o sistema e a sua *ideia*, e consequentemente o ordenamento, não poderão estar em crise. Cada vez mais é feita referência à diluição das fronteiras sistémicas, assistindo-se à erupção de meta-sistemas, caracterizados, não pela coerência ou pela ordem, mas pela complexidade. Também no domínio jurídico, a muito difundida falência do paradigma decisionista – e da consequente relação necessária causa/efeito – parece apontar o caminho para a falta de projecto e de pré-ordenação, num campo em que aparecem as “ordens espontâneas”, e a razão planificadora cede o seu lugar à auto-organização. No afã da resolução vertiginosa de casos, emerge um *Direito regulativo*, fala-se em *inflação* ou *explosão legal*⁵, recorre-se à tecnicização, administrativização e governamentalização da lei, criam-se formas de produção normativa a-sistémicas como as normas transitórias, procuram-se métodos alternativos de resolução de conflitos, e surgem cada vez mais antinomias normativas e aplicativas, conceitos obscuros (não apenas polissémicos) e espaços lacunosos. A consequência mais evidente é a de que a imagem de certeza claudica em face das constantes necessidades de flexibilidade do Direito.

Ora, na medida em que admitimos que a eliminação dos espaços de incoerência constitui um dos grandes objectivos do jurista em geral e do operador

4 V., por exemplo, ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Normative Systeme*”, Karl Alber Vlg., Freiburg / München, 1994, 115 e ss.

5 Para uma aproximação, v., por exemplo, VOIGT, Rüdiger, “*Gegentendenzen zur Verrechtlichung – Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat*”, JhbRsRt, 9 (“*Gegentendenzen zur Verrechtlichung*”), 17 e ss e NITSCH, Nicolas, “*L’inflation juridique et ses conséquences*”, in ArchPhD, 27, 1982, 161 e ss.

jurídico em particular (criador ou aplicador normativo), não podemos deixar de concordar com os segmentos de pensamento que afirmam que a tarefa de estudar uma norma, um conjunto de normas ou um ordenamento não pode dispensar os ensinamentos da lógica⁶. Com efeito, basta pensar que quer o legislador, quer o aplicador (administração ou juiz) devem estar vinculados às ideias de ordem e de sistema e ao princípio da clareza e determinabilidade do Direito, o primeiro não introduzindo no ordenamento normas demasiado polissémicas, ou vagas, confusas e obscuras, e o segundo executando essas normas de uma maneira que qualquer destinatário possa razoavelmente compreender⁷. De resto, e como referia ALEXY já no final dos anos 70 do séc. XX⁸, mesmo no domínio da ciência jurídica, a utilização da lógica pelos diversos actores, institucionais e não institucionais, não é recente.

Uma observação, porém, impõe-se: o facto de abraçarmos o instrumentário lógico significa, bem entendido, o acolhimento de uma *lógica discursiva* que se apresenta como uma “ciência da dedução”, da consequência, do seguimento, modelada de acordo com uma adequada teoria do discurso – e que, em termos jurídicos foi adoptada pelo próprio ALEXY⁹, por BUND¹⁰ ou por

6 Pressupõe-se, por conseguinte, que a lógica constitui um instrumento de análise aplicável quer ao Direito sob um ponto de vista fenoménico (enquanto objecto de estudo), quer ao Direito sob um ponto de vista científico (enquanto ciência). Neste sentido, KLUG, “27.4.1959”, in KELSEN, Hans e KLUG, Ulrich, *Rechtsnormen und logische Analyse (Ein Briefwechsel 1959 bis 1965)*, Franz Deuticke Vlg., Wien, 1981, 10. V. também BUND, Elmar, *Juristische Logik und Argumentation*, Vlg. Rombach, Freiburg i. B., 1983, 152 e ss.; CONTE, Amedeo, “In margine all’ultimo Kelsen”, in *Filosofia del linguaggio normativo*, I, Giappichelli ed., Torino, 1989, 19 e ss.; WEINBERGER, Ota, *Rechtslogik (Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken)*, Springer Vlg., Wien, 1970, 1. V., por último, DURRIEU, Carine, DIEBOLT, Serge, *Logiques non standard et droit*, in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/logique1.htm>.

7 O ilogismo não é, contudo, e nem pode ser, estranho à configuração jurídica dos fenómenos. V., a propósito do assunto, KNEALE, William, e KNEALE, Marta, *The development of logic* (trad. Portuguesa “O desenvolvimento da lógica”, 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 57 e 233); Robert L. Martin (ed.), *The Paradox of the Liar*, Yale University Press, 1970, 2.ª ed. 1987; Jon Barwise and John Etchemendy, *The Liar: An Essay on Truth and Circular Propositions*, Oxford University Press, 1987; GUIBOURG, Ricardo, “La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional”, in *El lenguaje del derecho* (Homenaje a Genaro Carrio), Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1977, 181 e ss. Do mesmo modo, KELSEN consegue provar, no âmbito do seu edifício de pensamento, que o princípio da contradição – aplicando-se, é certo, às proposições descritivas que, sendo contraditórias, uma é necessariamente falsa – não se aplica às proposições prescritivas. Com efeito, se num determinado ordenamento existem duas proposições prescritivas contraditórias, são ambas válidas, pela simples circunstâncias de que ambas *existem*. Cfr., sobre o assunto, CONTE, Amedeo, “In margine all’ultimo Kelsen”, cit., 19-20.

8 V. ALEXY, Robert, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in ARSP, 14 (*Argumentation und Recht*), 1980, 181.

9 V. ALEXY, Robert, *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristische Begründung*, Suhrkamp, Köln, 1988.

10 V. BUND, Elmar, *Juristische Logik und Argumentation*, cit.

PERELMAN¹¹ —, bem diferente das tradicionais *lógica ontológica* ou da *lógica psicológica*¹² que também tiveram receptividade no mundo do Direito (por exemplo, através de RÖDIG e da sua tentativa de axiomatização do ordenamento jurídico)¹³. Além disso, significa uma lógica das normas e do ordenamento enquanto braço da teoria do Direito e não propriamente, como preconiza OTA WEINBERGER por exemplo, enquanto braço da lógica formal¹⁴.

Contudo, mesmo aceitando a lógica, o relativismo existe, pois, além de se constatar a existência de “margens de liberdade” que são atribuídas aos aplicadores — como refere VERDROSS: “*Jede Rechtsordnung gewährt dem Rechtsanwender der verschiedenen Rechtsstufen eine mehr oder minder große Freiheit*”¹⁵ —, observa-se também que o mesmo termo utilizado em normas diferentes pode significar algo de completamente diverso, da mesma forma que um mesmo acto pode estar em conformidade ou em desconformidade com uma norma jurídica¹⁶, dependendo da interpretação que se lhe dê¹⁷. Ora, neste quadro de textura aberta do Direito (*open texture*, *offenheit*)¹⁸ parece claro que muitos dos problemas jurídicos — interpretação, integração,

11 V. PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS- TYTECA, L. “*Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*”, 2.ª ed., Université Libre de Bruxelles (Institut de Sociologie), Bruxelles, 1970.

12 Assume-se no texto a tripartição sugerida por LEGE, Joachim, “*Pragmatismus und Jurisprudenz*” (*Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 74 e ss., de acordo com a qual à questão de saber *do que parte a lógica* (“*Folgerichtigkeit wovon?*”), as respostas possíveis são que ela pode partir do ser (concepção ontológica - HUSSERL, ou WITTGENSTEIN I), do pensamento ou razão (concepção psicológica - DESCARTES) ou do discurso (concepção discursiva).

13 O referido no texto pressupõe a aceitação da ideia de que uma adequada *teoria da lógica* pode conhecer várias aplicações. Designadamente, caberá falar (i) numa lógica enquanto ciência da dedução, (ii) enquanto análise formal da estrutura do raciocínio e das relações entre raciocínios, (iii) enquanto teoria das provas científicas e dos fundamentos das afirmações, ou (iv) enquanto parte integrante da teoria do discurso (*allgemeinen Sprachtheorie*) ou modo análise formal da construção das expressões discursivas (semiótica, função analítica da lógica). V., a respeito, WEINBERGER, Ota, “*Rechtslogik...*”, cit., 8 e ss.

14 Cfr. WEINBERGER, Ota, “*The norm as thought and as reality*”, in “*An institutional theory of law* (New approaches to legal positivism)”, McCormick e Weinberger (org.), D. Reidel P. C., Dordrecht, reimp., 1992, 46.

15 V. VERDROSS, Alfred, “*Eine Antinomie der Rechtstheorie*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, Europa Vlg., Wien, 1968, 1375, e referências aí efectuadas.

16 Cfr. WITTGENSTEIN, Ludwig, “*Philosophical Investigations*” (trad. Portuguesa Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1987), I, 201.

17 Cfr., a propósito do saber em geral, WITTGENSTEIN, Ludwig, “*Tractatus Logico-Philosophicus*” (trad. Portuguesa Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1987), 3.323, 3.324.

18 Cfr., por exemplo, ALEXY, Robert, “*Recht und Richtigkeit*”, in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Auslis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000, 13 e GIZBERT – STUDNICKI, Tomasz, “*Types of vagueness*”, in *The reasonable as Rational?...*, cit., 135 e ss., em especial, 141 e ss.

preenchimento de espaços de valoração, etc. — são problemas comunicativos¹⁹ e lógico-linguísticos²⁰.

Como forma de evitar tal relativismo, propõe-se, na medida do possível, uma tarefa de busca de acordos interpretativos vinculativos²¹, baseados num consenso linguístico atingido através de determinadas regras e num sistema de referências globais, de forma a chegar à “rocha dura”, ao ponto em que já não é mais possível continuar com dúvidas infundadas e encontrar subterfúgios. Tais regras de consenso linguístico são as regras gramaticais, as regras de um jogo de linguagem²², aplicáveis também ao discurso jurídico²³. Aqui, a ligação entre lógica e teoria do discurso aparece como evidente, pois evidente também parece ser que — mesmo em casos de auditórios monológicos (PERELMAN) — a lógica apenas tem aplicação em relação a pensamentos exteriorizados ou formulados sob a forma discursiva²⁴.

Pode-se assim concordar com a ideia de que o referido estado de incerteza — patológico, na nossa perspectiva — em que o Direito se encontra poderá encontrar a sua cura “através de reflexões linguísticas e semânticas”

19 Sempre que por nós for feita uma referência a um espaço de comunicação, aquela pressupurá, no âmbito de uma adequada teoria do processo comunicativo, a ocorrência cumulativa dos seguintes pressupostos: (i) um emissor (*Mitteilungsabsender*) individualizado; (ii) um receptor (*Mitteilungsempfänger*) individualizado ou não; e (iii) um canal comunicativo válido. V., a propósito, WEINBERGER, Ota, “*Rechtslogik...*”, cit., 23.

20 De entre a inúmera quantidade de tais problemas, pode-se destacar, pela sua recorrência, a “tipologia” que é proposta por SANTIAGO NIÑO, “*Introducción al análisis del Derecho*”, 9.ª edição, Ariel, Barcelona, 1999, 260 e ss., onde se encontra referência (desenvolvida) às ambiguidades semânticas, aos conceitos indeterminados, aos espaços de abertura, às equivocidades sintácticas, à “emotividade linguística”, às contradições normativas, às redundâncias normativas, às lacunas e à inoperatividade de certas normas. V., ainda, WITTGENSTEIN, Ludwig, “*Tractatus...*”, cit., 3.325; e o excelente artigo de CHEMERINSKY, Erwin, “*The rhetoric of Constitutional law*”, in *Michigan Law review*, 100, Agosto 2002, 2008 e ss.. Em sentido crítico, v. MOUNIN, Georges, “*La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques*”, in *ArchPhD*, XIX, 1974, 15.

21 Assim, WITTGENSTEIN, Ludwig, “*Tractatus...*”, cit., 4.002.

22 Cfr. WITTGENSTEIN, Ludwig, “*Philosophical Investigations*”, cit., I, 7, 23, 64 e ss..

23 Neste ponto, parecem ser de aceitar as definições propostas por ALEXY, Robert [“*Theorie der Grundrechte*”, trad. Espanhola (“*Teoría de los derechos fundamentales*”), Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 213]. Sendo um discurso um conjunto de acções interligadas mediante as quais se procura comprovar a correcção das proposições, e um discurso prático um conjunto de acções interligadas mediante as quais se procura comprovar a correcção das proposições normativas, o discurso jurídico é um caso de discurso prático geral mediante o qual se procura uma fundamentação racional no marco do direito vigente. Está insita nestas definições uma postura anti-essencialista ou convencionalista acerca das relações entre a linguagem e a realidade (nomeadamente jurídica) constituindo aquela — e o discurso que se lhe segue — uma actividade guiada por regras e que tem por objectivo influenciar os destinatários (*Idem*, 57 e ss.) e a assunção da ideia de que o discurso jurídico apresenta como tónica individualizadora a vinculação ao Direito vigente (num certo ordenamento) (*Id.*, 206).

24 Neste sentido, WEINBERGER, Ota, “*Rechtslogik...*”, cit., 22.

(HEINEMANN)²⁵, ou dito de outra forma, através de uma *psicanálise linguística*. Tais *reflexões* (i) serão efectuadas no âmbito de uma adequada teoria linguística do Direito – entendida como teoria linguística da norma – e (ii) terão por objecto a *linguagem da normatividade*.

Vejamos os precisos contornos nos quais elas deverão ser desenvolvidas.

1.2. A análise linguística

1.2.1. A teoria linguística do Direito

Deixou-se já insinuar nas considerações que precedem, a essencialidade de um quadro de rigor aplicável à comunicação jurídica no âmbito de uma teoria linguística do Direito.

Deve-se aqui partir da consideração de que o nosso mundo é um mundo de objectos e de factos e que, para agrupar a multiplicidade desses objectos e factos e por essa via torná-los apreensíveis e cognoscíveis, precisamos de conceitos. Ora, se como refere MORESO, o nosso processo cognoscitivo depende, em larga medida, do refinamento da nossa estrutura conceptual²⁶, parece claro que o Direito aprimorado e científico também se serve de conceitos para individualizar, classificar e ordenar os factos da vida que lhe parecem relevantes, construindo um aglomerado de símbolos e conexões verbais que se integram numa estrutura coerente.

Entender o Direito e captá-lo como um conjunto de esquemas linguísticos – onde se possa enquadrar uma correcta e adequada teoria do ordenamento jurídico – convoca não apenas o conhecimento dos diversos paradigmas explicativos das relações entre a realidade jurídica e a realidade comunicacional²⁷, mas igualmente o chamamento de uma distinção estruturante entre Direito como linguagem-objecto e Direito como meta-linguagem. A propósito desta última clivagem, parece-nos de aceitar a visão do *jurídico* como um conjunto de enunciados (*Sollnormen*), diferentes dos enunciados que sobre eles se produzem (*Sollsätze*) e que, de um modo geral, se

25 V. HEINEMANN, Fritz, “*Die Philosophie im XX Jahrhundert*” (trad. Portuguesa: “A filosofia no século XX”, 4.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993), 273.

26 V. MORESO, José Juan, “*La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica*”, in AnFD, XII, 1995, 364.

27 Acerca de tais paradigmas (juridicidade da linguagem / linguística do Direito; linguística do Direito / linguística da norma; linguagem da normatividade e normatividade da linguagem), cfr. DI LUCIA, Paolo, “*Teorie dei rapporti tra diritto e linguaggio*”, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè ed., Milano, 1997, 270 e ss.

inserir no âmbito da *ciência jurídica*. A negação desta realidade equivaleria a aceitar a existência de normas sem haver revestimento linguístico para o enunciado, ou normas não formalizadas verbalmente, o que nos parece insustentável.

Contudo, uma *teoria linguística do Direito* assim entendida não significa necessariamente – embora para nós o possa significar – uma *teoria linguística da norma*, desde logo porque, em abstracto, o Direito não é necessária e universalmente caracterizado como um conjunto de normas²⁸. De todo o modo, assumindo simultaneamente (i) que a norma é um fenómeno linguístico – isto é, um acto de linguagem (*speech act* – VON WRIGHT) – e (ii) que um ordenamento jurídico é um conjunto de normas²⁹, resulta evidente que é de aceitar a bondade da referida *teoria*.

O objecto de indagação e análise da ciência jurídica será, por conseguinte, constituído pela *linguagem da normatividade* – distinto do problema prévio e prejudicial da normatividade da linguagem³⁰ (*legal drafting*, *legística*³¹), onde se cura de saber, v.g., mediante que condições um determinado enunciado é normativo (designadamente, se é condição necessária ou suficiente para a normatividade de um enunciado o uso de um verbo deontico, como dever, poder, *ought*, *may*, *sollen*, *dürfen*, etc.) –, ou seja o conjunto de enunciados normativos utilizados pelos actores jurídicos e que assumem a configuração de norma jurídica (Constituição, lei, decreto, regulamento, etc.).

1.2.2. O exame da linguagem da normatividade

A partir do momento em que entendemos que o ambiente ideológico em que pretendemos mover-nos se procura situar nos domínios ainda relativamente pouco explorados de intersecção entre Direito e linguagem, somos encaminhados para uma nova tematização: que linguagem é essa? Qual o seu sentido e significado?

Como acabou de se dizer, o Direito enquanto ciência debruça-se sobre a linguagem utilizada nas normas e pelos normadores (*lato sensu*). Para os propósitos da presente investigação, e de modo a delimitar os precisos

28 V. DI LUCIA, Paolo, “*Teorie dei rapporti tra diritto e linguaggio*”, cit., 281.

29 Cfr. infra, pp. 209 e ss.

30 Assim, DI LUCIA, Paolo, “*Teorie dei rapporti tra diritto e linguaggio*”, cit., 283.

31 Cfr. CASSESE, Sabino, “*Introduzione allo studio della normazione*”, in RTDP, 1992, 2, 321 e ss.

contornos do significado da linguagem jurídica³², importa ter em mente a tríplice natureza dos conceitos utilizados pelos actores normativos, a saber os conceitos da linguagem ordinária, os conceitos técnicos e os conceitos tecnicizados, ou seja, aqueles que inicialmente oriundos da linguagem ordinária, mas posteriormente abrangidos pela linguagem técnica³³.

Tendo por adquiridos estes dados, pode-se adiantar que uma teoria do significado da linguagem normativa há-de ser (i) uma teoria pragmática do significado³⁴ e (ii) uma teoria dualista do significado, pretendendo-se com tal afirmar, respectivamente, que, por um lado, o significado não pode ser concebido como uma entidade pré-existente ao processo comunicativo (o “ponto de partida”), mas antes deve ser o resultado desse processo³⁵ e, por outro lado, que em relação a esse mesmo significado deve ser buscada uma *dimensão de sentido* – produto da capacidade de compreender e interpretar as expressões de uma determinada linguagem e de padronizar as regras do seu uso – e uma *dimensão de referência* – produto da capacidade de usar a linguagem para entrar em relação com a realidade (i. é denominar ou descrever objectos, aplicar predicados, individualizar membros de uma classe ou género, etc.)³⁶. Naturalmente que esta dimensão de referência terá de ser uma dimensão estratificada³⁷, na qual da individualização e reconhecimento de casos paradigmáticos, se passa para a circunscrição do campo de referência ao termo (dos casos paradigmáticos aos casos de fronteira) e para a individualização de um só membro do género ou da classe.

Por outro lado, também parece evidente que a teoria dos sistemas discursivos (semiótica) revela-se aqui indispensável³⁸.

32 Acerca da distinção, particularmente referida pelos juristas polacos, entre “linguagem jurídica” (= utilizada pelos juristas) e “linguagem do Direito” (= utilizada pelo normador), v. ZIEMBINSKI, Zygmunt, “*Le langage du Droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement*”, in ArchPhD, XIX, 1974, 25 e ss.

33 V. VILLA, Vittorio, “*Interpretazione giuridica e teorie del significato*”, in Scritti per Uberto Scarpelli, Giuffrè ed., Milano, 1997, 834. V., ainda, HOOFT, Visser’t, “*La philosophie du langage ordinaire et le Droit*”, in ArchPhD, XIX, 1974, 22, e CHAMBOREDON, Anthony-Patrice, “Language theory, semiotics: criticism of legal positivism?”, in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/anthony2.htm>.

34 Assim, VILLA, Vittorio, “*Interpretazione giuridica e teorie del significato*”, cit., 819 e ss.

35 Cfr. VILLA, Vittorio, “*Interpretazione giuridica e teorie del significato*”, cit., 820, 823.

36 Cfr. VILLA, Vittorio, “*Interpretazione giuridica e teorie del significato*”, cit., 835, 842.

37 Cfr. VILLA, Vittorio, “*Interpretazione giuridica e teorie del significato*”, cit., 842.

38 V. WEINBERGER, Ota, “*Rechtslogik...*”, cit., 14-15, 23.

Em primeiro lugar, não se podem dispensar os cuidados de uma análise semântica. Neste passo, as representações materiais (palavras) em que os símbolos e signos se traduzem³⁹ – e que na sua globalidade se podem designar por *código* – devem ser objecto de uma apurada tarefa de busca de significado⁴⁰, o que passa, necessariamente, por um exigente trabalho de fixação conotativa – procurando delimitar a extensão do conceito, isto é os limites da sua real abrangência – e denotativa – predicando características e propriedades distintivas, diferenciadoras – e que visa a expurgação de todas as componentes de imprecisão, derivadas, nomeadamente, da existência de *figuras afins* e do uso corrente ou comum da linguagem. Significa isto que com uma análise semântica pura devem desde logo ser eliminadas quer a ambiguidade (imprecisão conotativa), quer a vagueza (imprecisão denotativa)⁴¹, o que traduz uma finalidade que muitas vezes o mundo do Direito revela dificuldades em apreender, em face da sua recorrente “textura aberta” (HART⁴²), revelada, v.g., mediante normas abstractas (quanto ao destinatário ou quanto ao objecto), conceitos indeterminados ou cláusulas abertas.

Contudo, tal plano semântico de análise revela-se insuficiente se não for acompanhado de uma conveniente análise sintáctica. Neste ponto, o principal objectivo será estabelecer uma adequada inserção da representação material estudada num conveniente complexo do qual faça parte, indagando quer as relações que ela estabelece com o todo – problemas atinentes à unidade do complexo – quer as relações que ela estabelece com outras representações materiais que, com ela, formam um todo – problemas atinentes à sistematicidade desse mesmo complexo. Se linguisticamente se trata de estudar as relações que as palavras desempenham numa determinada *oração* (sujeito, predicado, complementos, etc.), já juridicamente, deve-se procurar inserir a realidade a analisar num *ordenamento jurídico* e daí retirar as devidas ilações (mediante, v.g., declarações de inconstitucionalidade, anulações, etc.).

39 Em rigor, os símbolos deve-se distinguir dos signos: os primeiros têm uma relação convencional com os objectos que representam; os segundos têm uma relação causal ou natural com esses objectos. A propósito da distinção, útil para justificar o uso da linguagem como um sistema de símbolos, v. SANTIAGO NIÑO, Carlos, “Introducción...”, cit., 248. No sentido da equiparação entre símbolo (*Symbole*) e signo (*Zeichen*), v. WEINBERGER, Ota, “*Rechtslogik*...”, cit., 25.

40 Acerca dos diversos “significados do significado”, v. LUZZATI, Claudio, “*La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*”, Giuffrè ed., Milano, 1990, 7 e ss.

41 Para uma noção diversa de vagueza, cfr. LUZZATI, Claudio, “*La vaghezza delle norme...*”, cit., 70.

42 V. HART, Herbert L. *The concept of law* (trad. Portuguesa: “O conceito de direito”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa), 137 e ss.

Finalmente, deve-se recorrer a níveis – elevados para uns, suficientes para nós – de retórica argumentativa e persuasiva⁴³. Trata-se da análise pragmática, bem entendido, onde se procura estudar as relações que se estabelecem entre as representações materiais e *quem* as utiliza (os actores da linguagem: emissor e receptor), de modo a *convencer* um auditório – entendido, para efeitos retóricos, como o conjunto daqueles que o orador visa persuadir⁴⁴ – da bondade de uma conclusão⁴⁵.

Aliando estas três componentes de análise, atinge-se um *positivismo terapêutico* que significará, a dois tempos que:

- (i) uma proposição⁴⁶ não pode ter sentido se não puder ser verificada. Esta verificação tem por assumida a distinção entre juízos analíticos e juízos sintéticos⁴⁷ e passa necessariamente pela comparação com outras proposições (e não com factos). Por conseguinte, a verdade de uma proposição não repousa sobre a concordância com factos mas sobre a coesão lógica da teoria em que se encontra incluída; e
- (ii) uma proposição não pode ter sentido quando fere as regras do jogo de linguagem.

Em resumo, podemos afirmar que a teoria linguística, debruçando-se sobre a linguagem normativa, ganha corpo numa teoria do significado desta última, através da análise conceptual e do auxílio da teoria dos sistemas discursivos (rep. I).

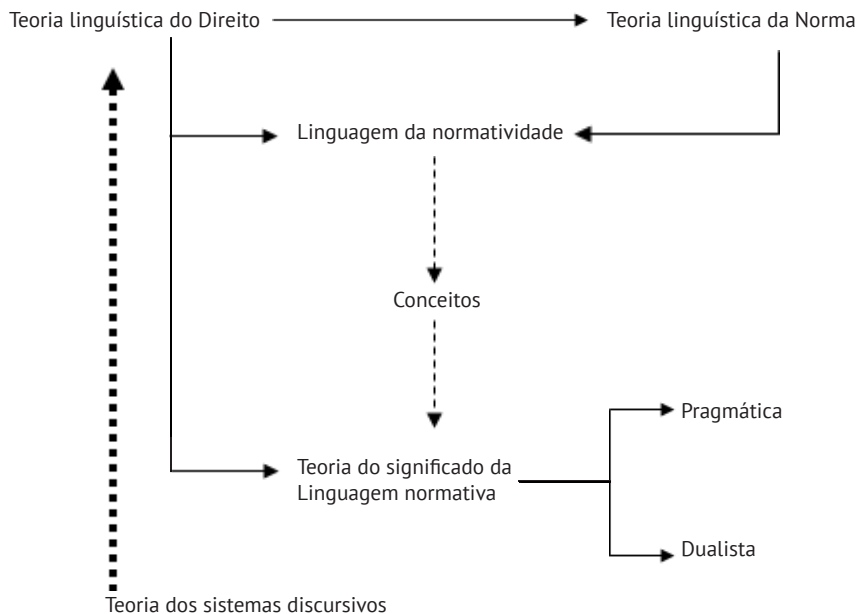
43 Acerca da distinção entre argumentação persuasiva - aquela que pretende influenciar apenas um auditório particular - e argumentação convincente - aquela que pretende obter a adesão de todos os seres racionais - v. PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, L., "*Traité de l'argumentation...*", cit., 34 e ss., em especial 36.

44 Neste sentido, PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, L., "*Traité de l'argumentation...*", cit., 25.

45 V. CHEREMINSKY, Erwin, "*The rhetoric of Constitutional law*", cit., 2022 e ss.

46 O termo "proposição" está usado no texto com o sentido de oração descritiva, isto é oração que visa descrever uma coisa ou um estado de coisas (neste sentido, SANTIAGO NIÑO, Carlos, "*Introducción al análisis del Derecho*", cit., 256 e ss.), podendo ser feita referência a proposições analíticas (aquelas cuja verdade ou falsidade se determina pelas regras da lógica, v.g., através da análise semântica ou sintáctica da oração onde se inscrevem) ou sintéticas (aquelas cuja verdade ou falsidade não se pode determinar por tais regras).

47 Em termos gerais, e também para os propósitos da presente investigação, um enunciado diz-se analítico se for revestido de um carácter essencial e de uma natureza necessária que o leva a desprender-se da comparação com o real, e diz-se sintético (ou contingente) se for susceptível de confrontação empírica e de ser cotejado com a realidade. Cfr., a propósito, ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, "*Definiciones y normas*", in *El lenguaje del derecho (Homenaje a Genaro Carrio)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, 34.



(Rep. I)

1.3. A linguagem prescritiva

Os problemas jurídicos configuram-se, assim, como problemas eminentemente linguísticos⁴⁸.

Contudo, o recurso à linguagem como modo de análise do Direito será melhor entendido se for adequadamente assimilada a compreensão dos diferentes usos que dela se podem fazer⁴⁹.

Para um jurista, o mais importante será certamente o uso prescritivo ou impositivo, através do qual o emissor dos actos de linguagem, mediante a formulação de um enunciado deontico — isto é, um enunciado no qual um determinado comportamento é qualificado como obrigatório, permitido ou

48 V., a propósito, MILNER, Jean-Claude, "*La règle de langue ou l'automaticité du littéral*", in *Droits* (RFTP), 24, 1996, 103, e, por último, GROßFELD, Bernhard, "*Sprache und Recht*", in *JZ*, 1984, 1, 1 e ss.

49 Acerca desses usos, SANTIAGO NIÑO, Carlos, "*Introducción al análisis del Derecho*", cit., 63 e ss.; FAVOREU, Louis (coord.), "*Droit constitutionnel*", 3.ª ed., Dalloz, Paris, 2000, 77-78; CALVO GARCÍA, Manuel, "*Teoría del Derecho*", 2.ª edição, Tecnos, Madrid, 2000, 81 e ss.; PATTARO, Enrico, "*Filosofia del Diritto*", CLUEB, Bologna, 1998, 18 e ss.; WEINBERGER, Ota, "*Rechtslogik...*", cit., 29 e ss.; VON WRIGHT, Georg, "*Valuations – or How to say the Unsayable*", in *Ratio Juris*, 13, 4, 2000, 353.

proibido⁵⁰ — tem como objectivo dirigir o comportamento de outro ou de outros, induzindo-o(s) a adoptar um determinado curso de acção, uma acção positiva ou negativa⁵¹. Pode fazê-lo através de ordens ou normas⁵² mas evidentemente que se supõe que tal emissor tenha um poder de vontade suficientemente forte para impor o seu querer, exigindo-se-lhe uma qualquer forma de superioridade, moral ou física. Pense-se, por exemplo, no legislador que *prescreve* que

“a circulação de veículos de duas rodas é proibida nas auto-estradas”,
 “a titularidade de rendimentos do trabalho implica o pagamento de imposto” ou
 “a propriedade de bens imóveis obriga à sua cuidada manutenção”.

Em todos estes casos, o destinatário deste mandado tem assimilada a ideia de que *deve* obedecer, não circulando com a sua motorizada na auto-estrada, pagando os seus impostos ou cuidando da sua propriedade, e tem essa ideia porque a *pessoa* que lhe impõe tais comportamentos (legislador) pode fazê-lo, pois dispõe dos necessários poderes coactivos.

Deve-se salientar, contudo, que em todos estes casos é irrelevante se as prescrições em causa conseguem ou não atingir os fins a que se propõem, não sendo pelo facto de não apresentarem eficácia que deixam de ser prescrições. Com efeito, não é pelo facto de um sujeito não pagar os seus impostos (estando a tal obrigado) que a respectiva norma impositiva deixa de ser obrigatória, da mesma forma que não é pelo facto de um proprietário não cuidar do seu terreno que a norma que obriga à manutenção deixa de ser norma nesse sentido. Carácter prescritivo ou impositivo de um enunciado linguístico e eficácia desse mesmo enunciado são, como se vê, realidades bastante diferentes e eventualmente apartadas.

Por outro lado, também se torna evidente que, ao contrário do que acontece com outros tipos de usos linguísticos — como a linguagem descritiva que

50 Assim, DICIOTTI, Enrico, “*Il concetto e i criteri della validità normativa*”, in Scritti per Uberto Scarpelli, Giuffrè ed., Milano, 1997, 307; ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Definiciones y normas*”, cit., 14-15.

51 Cfr. DICIOTTI, Enrico, “*Il concetto e i criteri della validità normativa*”, cit., 306.

52 Particularmente relevante é a distinção, neste particular, entre norma e ordem. Utilizando-se um critério atinente à pessoalidade ou im pessoalidade do comando, entende-se que uma norma é um comando impessoal — na medida em que o seu destinatário não é individualizado, antes consistindo num conjunto indeterminado e indeterminável de pessoas —, enquanto uma ordem é um comando pessoal — isto é, com um destinatário individualizado (uma pessoa ou um conjunto determinado de pessoas). V. DICIOTTI, Enrico, “*Il concetto e i criteri della validità normativa*”, cit., 309.

visa, tão somente, fornecer uma determinada representação da realidade ou descrever estados de coisas (“a auto-estrada é segura”, “o imposto é injusto”, “os custos de manutenção são muito elevados”, etc.) – não faz sentido em relação às prescrições afirmar que são verdadeiras ou falsas, pois como refere SANTIAGO NIÑO⁵³ “*estos últimos atributos implican una relación entre una aserción sobre un estado de cosas y la realidad, y las directivas [prescrições] no están destinadas a dar información respecto de la realidad*”⁵⁴.

Neste sentido, e como adverte KELSEN⁵⁵, devem ser distinguidos os princípios formulados pelo legislador – que são uma manifestação da sua autoridade através de um acto de vontade seu – e os princípios formulados pela ciência do Direito, enquanto princípios referidos aos primeiros. Ambos, numa acepção ampla, podem ser considerados princípios (*Rechtssätze*), mas enquanto os que são formulados pelo legislador – *Rechtsnormen*⁵⁶ – são princípios de natureza (tendencialmente) imperativa, insusceptíveis de juízos de verdade, já os segundos, que são *meta-princípios* ou princípios sobre princípios (*Sätze über Sätze*⁵⁷) já são susceptíveis de tais juízos⁵⁸.

A utilização prescritiva da linguagem, contudo, não se reconduz necessariamente ao mundo do Direito ou à emanção de normas jurídicas. A característica da juridicidade apenas surgirá ali, onde a prescrição seja emanada de um poder competente – previsto por uma qualquer forma (norma) de reconhecimento, que permita individualizar um certo acervo normativo e caracterizá-lo como um *ordenamento jurídico* – e seja coberta pelas características da tendencial generalidade e abstracção.

Por outro lado, a utilização de uma linguagem de natureza prescritiva pelo poder competente não significa, necessariamente – embora possa significar – a criação de uma norma jurídica. Muitas vezes, uma “norma” apenas ganha efectividade, e é aplicada, mediante um processo interpretativo posterior, ou mediante a conjugação com outras normas existentes no mesmo

53 Cfr. SANTIAGO NIÑO, Carlos, “Introducción al análisis del Derecho”, cit., 65.

54 Cfr., ainda, VILLA, Vittorio, “Interpretazione giuridica e teorie del significato”, cit., 822; WEINBERGER, Ota, “Rechtslogik...”, cit., 33; BULYGIN, Eugenio, “Sobre la estructura logica de las proposiciones de la ciencia del Derecho”, in *Análisis Logico y Derecho...*, cit.

55 V. KELSEN, “28.7.1959”, in KELSEN, Hans e KLUG, Ulrich, “*Rechtsnormen und logische Analyse (Ein Briefwechsel 1959 bis 1965)*”, Franz Deuticke Vlg., Wien, 1981, 36.

56 Cfr. KELSEN, “Was ist ein Rechtsakt?”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1384.

57 Cfr. KELSEN, “28.7.1959”..., cit., 36.

58 Assim, BULYGIN, Eugenio, “Sobre la estructura logica de las proposiciones de la ciencia del Derecho”, in *Análisis Logico y Derecho...*, cit., 333.

ordenamento. Por conseguinte, será conveniente a distinção entre disposição jurídica (*Rechtstext/Normtext*) e norma jurídica (*Rechtsnorm*): a primeira referindo-se à expressão verbal da vontade do criador do texto; a segunda, à regra de Direito que foi criada e é aplicada⁵⁹.

1.4. Vinculatividade linguística e meta-discursividade

A consideração das normas jurídicas como o resultado mais evidente do uso prescritivo da linguagem⁶⁰ confere-lhes duas importantes características que se torna fundamental, desde já, assinalar-lhes: a *directividade* e a *especificidade*. A primeira quererá significar – como já resulta do que dissemos – que a função primária do Direito (de um ordenamento) consiste em influenciar e / ou dirigir comportamentos; a segunda, que tal deverá ser feito de uma maneira directa, segura, clara: os deveres jurídicos resultantes das normas são deveres explícitos e indubitáveis⁶¹.

Como acabamos há pouco de ver, as prescrições não têm necessariamente de ser eficazes. Mas devem sê-lo. De modo a poderem ser por todos entendidos, os vários sujeitos devem utilizar uma verbologia clara e acessível⁶², e em particular os vários actores jurídicos estão estritamente vinculados a regras de lógica que se reflectem no uso da linguagem⁶³. A semiótica assume-se neste contexto como uma ciência que reclama um estatuto de vinculação⁶⁴. Tal vinculação obriga quer o criador quer o aplicador das normas jurídicas: o primeiro – que muitas vezes nem prevê as consequências da sua vontade legislativa, não evitando antinomias ou lacunas – deverá utilizar definições e expressões suficientemente persuasivas (por vezes com forte pendor emotivo, de modo a *convencer* os destinatários)⁶⁵ e o segundo, não se deve cingir às normas propriamente

59 Em sentido próximo, FUNK, Bernd-Christian, “*Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*”, Leykam, Graz, 2000, 22-23.

60 Assim, DICIOTTI, Enrico, “*Il concetto e i criteri della validità normativa*”, cit., 304-305. V., ainda, MILNER, Jean- Claude, “*La règle de langue ...*”, cit., 108.

61 Neste sentido, CALVO GARCÍA, Manuel, “*Teoría del Derecho*”, cit., 84, 85.

62 Acerca da espécie de termos que, em abstracto, podem ser utilizados, v. GUASTINI, Riccardo, “*Lezioni di teoria costituzionale*”, Giappichelli ed., Torino, 2001, 43 e ss.

63 Assim, SANTIAGO NIÑO, Carlos, “*Introducción al análisis del Derecho*”, cit., 247-248.

64 Procurando demonstrar a função analítica da lógica e o papel desta como parte integrante da teoria do discurso (*allgemeinen Sprachtheorie*) e da análise formal da construção das expressões discursivas, v. WEINBERGER, Ota, “*Rechtslogik...*”, cit., 14-15.

65 Assim, CALVO GARCÍA, Manuel, “*Teoría del Derecho*”, cit., 87; GAST, Wolfgang, “*Juristische Rhetorik*”, 3.^a ed., R. v. Decker’s Vlg., Heidelberg, 1997, 371 e ss.

ditas, mas tem de recorrer a um conjunto de frases e orações cujo significado só será plenamente atingido usando uma série identificada de regras gramaticais e linguísticas que lhe permitem “adaptar” o que o legislador escreveu.

E aqui chegamos a um ponto fundamental: muitas vezes o discurso jurídico aparece como um meta-discurso, ou um discurso sobre um discurso, no qual as afirmações do jurista que descrevem as normas constituem uma meta-linguagem em relação à linguagem objecto usada pelo criador destas. Enquanto o objecto do discurso do legislador são os padrões de comportamento (condutas), o objecto do discurso da ciência jurídica são expressões linguísticas (as normas)⁶⁶. É o que se passa, por exemplo, com a jurisprudência – embora também possa ser o caso do legislador, quando se debruça sobre o seu próprio discurso anterior (interpretação autêntica), da administração, quando emana regulamentos “explicativos” e até da própria doutrina – cuja função passa por estudar o discurso legislativo, e onde, sem dúvida, o discurso-objecto pode funcionar como limite (negativo, tal a sua vagueza ou obscuridade) aos poderes do autor do meta-discurso⁶⁷.

1.5. A natureza analítica do discurso

As considerações que temos vindo a tecer até ao momento actual da presente investigação já permitem insinuar o quadro de referências e o círculo ideológico dentro do qual queremos situar-nos. Importa, todavia, insistir no seu desenho e fazer a perspetivação do seu raio de alcance em termos inequívocos, de modo a afastar confusões de inteligências e sobreposições de planos de análise. Só dessa forma, pensamos, poderemos atingir, não com perfeição mas com um mínimo de rigor, o desiderato a que nos propomos – a análise normativamente orientada do ordenamento português.

No plano mais amplo que o estritamente jurídico, todas as reflexões já produzidas poderão entroncar naqueles sectores de pensamento conotados como “analíticos” ou, pelo menos, próximos das “escolas analíticas” e

66 Assim, BULYGIN, Eugenio, “*Sobre la estructura logica de las proposiciones de la ciencia del Derecho*”, in *Análisis Logico y Derecho...*, cit., 337.

67 Cfr., a propósito, BERLVEDERE, Andrea, “*I Poteri semiotici del legislatore*”, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè ed., Milano, 1997, 87; e SCARPELLI, Uberto, “*Contributo alla semantica del linguaggio normativo*”, Giuffrè ed., Milano, 1985, 52.

que arrancam muitas das suas premissas⁶⁸ do *Wiener Kreis*⁶⁹. A conclusão, todavia, não poderá ser atingida de uma forma tão ligeira, até porque o que caracteriza tal *filosofia analítica* (que não deve ser confundida com a *jurisprudência analítica*⁷⁰) não são considerações de ordem doutrinal — uma vez que inexistem, pelo menos aparentemente, marcos substanciais identificativos entre todos os autores que daquela forma podem ser conotados —, nem sequer relativas a um domínio de investigação — mesmo o linguístico, pois este ramo também é estudado noutros corredores filosóficos —, ou a um método, em face da pluralidade ideológica de autores como WITTGENSTEIN, CARNAP, AUSTIN, HART, FAVOREU, SCAPERLLI, GUASTINI, etc.

Com efeito, não se pode deixar de concordar com BARBERIS⁷¹ quando afirma que se definimos a filosofia analítica como a *filosofia da linguagem*, corremos o risco de confundir John L. Austin e Aristóteles; já se a procuramos definir como a *filosofia da distinção* a confusão poderá surgir entre o mesmo Austin e S. Tomás...

Contudo, mais do que rotular, é importante identificar traços de pensamento, o que procuraremos fazer de seguida.

Começemos pela “questão epistemológica”⁷².

1.5.1. A “questão epistemológica”

É vulgar dizer-se que antes de se pensar um objecto é necessário conhecer pormenorizadamente esse objecto e, em consonância, definir o conhecimento como uma relação de apreensão entre um sujeito e um objecto⁷³. A definição, contudo, conterà algo de pré-adquirido uma vez que não é

68 O termo “premissa” é por nós assumido num sentido lógico-linguístico: é a afirmação a partir da qual (com ou sem a ajuda de outras afirmações) se podem retirar outras afirmações. Neste sentido, GAST, Wolfgang, “*Juristische Rhetorik*”, cit., 40.

69 Para uma proveitosa aproximação (jurídica, e não em termos estritamente gnoseológicos), v. a colectânea de textos de Kelsen, Merkl e Verdross in KLECATSKY, MARCIC e SCHAMBECK (org.), “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit.

70 Cfr. KRYGIER, Martin, “*The concept of law. Analytical jurisprudence and social theory*”, in ASLP Bulletin, 18, 1981, 3 e ss.

71 V. BARBERIS, Mauro, “*Di cosa parliamo, quando parliamo di filosofia analitica?*” in *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè ed., Milano, 1997, 54 e 58.

72 V., para uma aproximação, PFORDTEN, Dietmar, “*Was ist und wozu Rechtsphilosophie?*”, in JZ, 2004, 4, 157 e ss.

73 Assim, HESSEN, Johannes, “*Erkenntnistheorie*”, (trad. Portuguesa: “Teoria do Conhecimento”, 7.ª Edição, Arménio Amado ed., Coimbra, 1987), 34.

absolutamente líquido que tal relação se possa estabelecer. Não o é, nomeadamente, para os *cépticos*, para quem o conhecimento enquanto apreensão real do objecto ou da realidade é impossível. Para eles, desconhece-se em absoluto os objectos, não se podendo afirmar a existência de verdade alguma⁷⁴.

Não nos parece que esta possa ser uma posição defensável. Certamente, haverá algumas *espécies* de cepticismo que se podem, com segurança, admitir — estamos a pensar, nomeadamente, no *cepticismo metafísico*, identificado com o positivismo e que defende a limitação do conhecimento ao positivamente dado — mas a negação, em absoluto das possibilidades de conhecer conduz inevitavelmente à anarquia do saber e consequentemente à sua estagnação e cristalização.

Mas, admitindo que o conhecimento é possível, ainda assim, as dúvidas mantêm-se: *que* conhecimento é possível? Um conhecimento universalmente válido, que demonstra uma confiança total na razão humana que não se apresenta em caso algum enfraquecida pela dúvida (dogmatismo)? Ou, diferentemente, um conhecimento igualmente baseado na razão, mas não universalmente válido, relativo e limitado ao sujeito cognoscente (individualismo)?

A resposta poderá variar em função das coordenadas que constituem o ambiente ideológico do pensador. Evidentemente que se este crê, numa base de doutrina racionalista pura, que a principal fonte do conhecimento humano é a razão ou o pensamento, tal conhecimento só o será verdadeiramente quando for logicamente necessário e universalmente válido, como será o caso, por exemplo, do conhecimento matemático. Diferentemente, se ele crê que a principal fonte do conhecimento humano é a experiência e que não há qualquer património *a priori* da razão (empirismo), constituindo o espírito humano uma folha em branco, uma tábua rasa onde a experiência escreve, como poderá acontecer no seio das ciências naturais, então a superação da experiência e o estado do conhecimento universal e supra-sensível será difícil de atingir.

Aqui, como em muitos outros domínios, a resposta estará no meio-termo: experiência e razão ou razão e experiência são fontes imprescindíveis do conhecimento, não sendo este possível sem alguma daquelas. Pode-se assim defender que existem determinados conceitos puramente racionais (*a priori*) como os conceitos de *tempo* e de *espaço*, mas estes conceitos são

74 V., a propósito, HESSEN, Johannes, "Teoria do Conhecimento", cit., 40 e ss.

vazios, são meramente formais e, por isso, carecem de preenchimento. Tal preenchimento é feito pela experiência, pelo que também a componente empírica se revela fundamental (a expressão Kantiana é elucidativa: os conceitos sem as intuições são vazios; as intuições sem os conceitos são cegas).

1.5.2. Coordenadas essenciais do discurso analítico

Voltemos um pouco atrás. Fizemos acima referência às “escolas analíticas” e salientamos a importância de encontrar os seus traços de pensamento, sugerindo que a identificação destes – ou, pelo menos, de alguns deles – era de uma relevância fundamental em face da diversidade dos autores e pensadores que ali se podem integrar. Tal diversidade manifesta-se, designadamente, a partir da consideração de, pelo menos duas correntes neste contexto se podem desenhar: por um lado, a denominada “filosofia linguística”, que se debruça sobre o estudo dos esquemas de linguagem de qualquer actividade mental (ciência, religião, arte, quotidiano, etc.), e, por outro lado, o “positivismo lógico” que procura restringir o campo de análise apenas à linguagem da ciência. Como se compreende, esta bipartição está intimamente ligada à resolução de uma outra questão que é a de saber se a única linguagem com sentido e significado válido é a da ciência natural⁷⁵; se, diversamente, será a linguagem das ciências ditas “formais” – matemática e lógica – ou da metafísica; ou ainda se devem ser sobrevalorizados os enunciados da linguagem ordinária ou comum⁷⁶.

Em todo o caso, não pretendemos enveredar por caminhos que nos fariam desviar dos nossos propósitos. Procuremos por agora identificar os traços de pensamento acima referidos, tentando, não tanto reproduzir (muito menos exaurir) o que as diversas escolas têm preconizado, mas fixar uma moldura de compreensão que nos seja futuramente útil, no sentido de normativamente adequada.

75 Tal não significa, contudo, uma redução simplista da filosofia à ciência. Há que esclarecer que para o filósofo analítico a filosofia não é uma ciência (natural ou formal), mas encontra-se *sobre* as ciências num plano de afastamento e de sobreposição. Por isso se pode dizer que ela cumpre uma posição de esclarecimento e elucidação, não tendo como finalidade proporcionar conhecimentos novos, mas esclarecer os conceitos das ciências naturais – ela diz-nos *como* é o mundo e quais são as leis que o regem (WITTGENSTEIN, “*Tractatus...*”, 4.111, 4.112). Por isso também se diz que a filosofia analítica é uma forma de fazer filosofia, não é uma filosofia.

76 Cfr. o pensamento último de WITTGENSTEIN (“*Philosophical Investigations*”, I, 120) e, ainda, AUSTIN, J. L., “*How to do things with words (The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955)*”, Clarendon Press, Oxford, 1975, e, em geral, a escola de Oxford. V., ainda, ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Definiciones y normas*”, cit., 16, e VLACHOS, Georges, “*La tentative de reconstruction de l’ordre politique-juridique*» par Jürgen Habermas”, in Häberle, Peter (org.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 48, Mohr Siebeck, 152.

a) *Ordens de linguagem e metadiscursividade*

Direccionando a retórica num sentido que nos permita colocar em evidência o que mais nos interessa, podemos começar por referir que uma das grandes marcas da filosofia analítica é a consideração de que o objecto da filosofia e do conhecimento é a linguagem e não a realidade não linguística, concebendo muitos dos problemas filosóficos e gnoseológicos como problemas derivados de mal entendidos linguísticos. Esta ideia, contudo, só poderá ser correctamente apreendida se tivermos presente a noção de *ordens de linguagem*.

Para o que se nos afigura relevante, importa salientar que quando é feita referência a uma qualquer realidade não linguística, a análise está a ser feita num primeiro plano, numa linguagem de primeira ordem; já num segundo plano, o da meta-linguística, o observador debruça-se sobre a linguagem da primeira ordem⁷⁷. O que neste contexto se deve evitar são as transferências de ordens de linguagem, ou seja as transposições lineares de um certo pensamento, dependente de uma dada ordem de linguagem, para uma ordem diversa, utilizando enunciados desta outra.

Ora, sendo o objecto da filosofia a linguagem, não se torna estranha a sua constante preocupação de clareza e de precisão⁷⁸ — não se atendo ao vago e ao genérico⁷⁹ —, nem a tentativa constante de análise lógica dos enunciados e a defesa da ideia de que uma proposição não pode ter sentido quando fere as regras sintácticas da linguagem, dizendo-se até que os analistas são filósofos do detalhe na medida em que se debruçam sobre o microscópico, enquanto os não-analíticos se debruçam mais sobre o macroscópico. Neste sentido, pode-se afirmar que o grande contributo da filosofia analítica é essencialmente metodológico⁸⁰.

Num quadro assim dimensionado, pode-se defender que as proposições científicas não são verdadeiras ou falsas no sentido em que reproduzem

77 Cfr. BARBERIS, Mauro, “*Di cosa parliamo, quando parliamo di filosofia analitica?*” cit., 60.

78 V. MARÍN, R. HERNÁNDEZ, “*Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross*” in PATTARO, E., “*Contributi al realismo giuridico*”, Giuffrè Milano, 1982, 220; BULYGIN, Eugenio, “*Kant y la Filosofia del Derecho contemporanea*”, in *Análisis Logico y Derecho...*, cit., 379.

79 V. SCAPERLLI, Uberto, “*Filosofia analitica e giurisprudenza*”, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1953, 11.

80 Assim, SCAPERLLI, Uberto, “*Filosofia analitica e giurisprudenza*”, cit., 13.

ou reflectem uma verdade pressuposta. Não, a verdade e a cientificidade dos discursos encontra-se verdadeiramente no rigor do uso da linguagem⁸¹.

Por outro lado, assumindo que a filosofia ou a teoria do conhecimento têm por objecto a linguagem, é fácil concluir-se que aquelas não se podem situar ao mesmo nível do discurso que pretende analisar, mas a um nível lógico superior pois, como refere HEINEMANN⁸², há uma diferença entre falar *uma* linguagem e falar *acerca* de uma linguagem. Assim, a própria filosofia assume-se como um segmento do saber de “segundo grau”, uma disciplina *meta-linguística*, que incide não sobre determinados factos objectivos mas sobre o modo como se exprimem esses factos.

b) O empirismo

Caracteriza também o pensador analítico o seu marcado empirismo⁸³. Não um empirismo ortodoxo, baseado na *Lei de HUME*, sobre-valorativo do verificável e característico de alguns sectores de pensamento do séc. XIX — de acordo com os quais uma proposição não poderia ter sentido se não pudessem ser observável e experimentalmente verificada — mas uma versão que se procura encontrar com o racionalismo e que se quer atenuada com a junção da lógica, em termos de se aceitar um raciocínio quando ele seja observável e/ou lógico. Por isso, o “neo-positivismo” já reconhece um *a priori* da lógica e da matemática e utiliza métodos lógicos e matemáticos⁸⁴, advogando a ideia de que apenas existem duas classes de proposições com sentido: (i) as proposições lógico-matemáticas, que são puramente formais e sem conteúdo, isto é puras conexões mentais, e (ii) as empíricas. Nesta linha de pensamento, BERTRAND RUSSELL refere-se ao neopositivismo⁸⁵ dizendo que uma filósofo é neopositivista quando acredita que não há um conhecimento especialmente filosófico, mas que questões de facto só podem decidir-se mediante os métodos empíricos da ciência e que as questões que é possível decidir sem recurso à experiência ou são matemáticas ou são linguísticas.

81 V. SCAPERLLI, Uberto, “*Filosofia analitica e giurisprudenza*”, cit., 18.

82 V. HEINEMANN, Fritz, “A filosofia...”, 267.

83 No sentido da consideração do realismo de Uppsala também como uma escola empirista (anti-metafísica) — que praticamente viveu numa relação de ignorância recíproca com o *Wiener Kreis* —, cfr. CASTIGNONE, Silvana, “*Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*”, Giappichelli ed., Torino, 1995, 19-20 e em especial 29 e ss.

84 Cfr. HEINEMANN, Fritz, “A filosofia...”, cit., 270.

85 *Apud* HEINEMANN, Fritz, “A filosofia...”, cit., 269.

Por via disso, os analíticos são em geral caracterizados pela tentativa de rejeição de toda a especulação e impostação metafísica⁸⁶, mas, contrariamente ao que possa ser pensado, não se trata de uma atitude de prepotência ou de arrogância intelectual, mas antes de “humildade científica”: os dados da metafísica, e os valores em particular, são insusceptíveis de apreensão racional ou intuitiva, pelo que se apresentam como inatingíveis científica e racionalmente.

c) O convencionalismo linguístico

Por fim, o pensador analítico defende que a linguagem – bem assim como os respectivos signos utilizados⁸⁷ – é convencional e construtivística, e não pictórica ou representativa (rejeitando assim o essencialismo ou realismo verbal) e afasta-se das concepções platônicas ou escolásticas acerca das relações entre a linguagem e a realidade – de acordo com as quais os conceitos exprimem uma essência da realidade e das coisas e as palavras são os veículos dos conceitos, sendo as relações entre os significados das expressões linguísticas e a realidade relações de conexão necessária, havendo apenas uma definição válida para uma palavra.

Abraçam o chamado convencionalismo⁸⁸, e defendem que a relação entre a linguagem e a realidade foi fixada arbitrariamente, não se estando compelido nem por razões lógicas nem por razões empíricas a seguir um determinado significado conceptual, pois as coisas não tem propriedades essenciais. A significação de um termo não resulta de uma essência ou de propriedades físicas, mas do seu uso, que depende de regras bem concretas – as regras do já referido *jogo de linguagem*: “o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem”⁸⁹.

86 V. HOERSTER, Norbert, “Grundthesen analytischer Rechtstheorie”, JhBRSrT, 2 (*Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*), 115 e 120. Esta característica levou a considerar-se o positivismo como uma teoria negadora, um *negativismo*. V. ainda LARENZ, Karl, “*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*” (trad. Portuguesa: Metodologia da ciência do Direito, Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa), 42. V. ainda BULYGIN, Eugenio, “*Kant y la Filosofía del Derecho contemporánea*”, cit., 380.

87 Neste sentido, WEINBERGER, Ota, “*Rechtslogik...*”, cit., 24-25.

88 V. SANTIAGO NIÑO Carlos, “*Introducción al análisis del Derecho*”, cit., 11 e ss., 241 e ss.; FAVOREU, Louis (coord.), “*Droit constitutionnel*”, cit., 75 e ss.; e ainda WITTGENSTEIN, Ludwig, “*Philosophical Investigations*”, cit., I, 497; ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Definiciones y normas*”, cit., 15.

89 Assim, WITTGENSTEIN, Ludwig, “*Philosophical Investigations*”, cit., I, 43.

Neste contexto, ganha particular destaque a chamada “definição estipulativa” (ROBINSON⁹⁰), criada pelo autor do discurso, e em relação à qual se diz que “*può essere opportuna o inopportuna, la si accetta o non la si accetta*”, mas não se pode dizer que seja verdadeira ou falsa⁹¹.

Desta forma, a correcção de uma proposição, nomeadamente de uma proposição normativa — identificada com juízos de valor e de dever — pressupondo sempre uma pretensão nesse sentido (pretensão de correcção), deve ser justificada⁹². Significa isto que se aceita que quem afirma um juízo de valor ou de dever pretende que a sua afirmação seja fundada⁹³, o que é feito recorrendo quer às regras da lógica, quer às regras da discussão racional, transferindo-se a exigência de fundamentação das proposições propriamente ditas para a actividade de fundamentação⁹⁴. Tais regras racionais da discussão referem-se às proposições e ao comportamento do sujeito comunicador — por isso são *regras pragmáticas*⁹⁵ —, sendo claro que o cumprimento destas regras não garante a certeza definitiva do resultado, mas confere racionalidade. O discurso prático racional não é, por conseguinte, um discurso de certeza absoluta⁹⁶.

Assim, num trabalho científico, o discurso só será válido se os enunciados em que repousa estão coerente e logicamente articulados. De resto, as orações em si não são verdadeiras nem falsas; o que pode efectivamente sê-lo é o seu uso efectivo num determinado contexto⁹⁷.

90 Cfr. SCARPELLI, Uberto, “Contributo alla semantica del linguaggio normativo”, cit., 65; SINNOT-ARMSTRONG, Walter, “A perspectival theory of law”, in AustrJLF, 24, 1999, 30.

91 Cfr. SCARPELLI, Uberto, “Contributo alla semantica del linguaggio normativo”, cit., 65; REQUEJO PAGÉS, J. L., “Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente”, Centro de estudios politicos y constitucionales, Madrid, 1998, 22.

92 A desnecessidade de justificação das convicções e proposições normativas — mediante teses “naturalistas”, “intuicionistas” ou “subjectivistas” — é geralmente rejeitada. Neste sentido, v. ALEX, Robert, “Teoria...”, 109, 110, 175.

93 Assim, ALEX, Robert, “Teoria...”, 133 e ss.

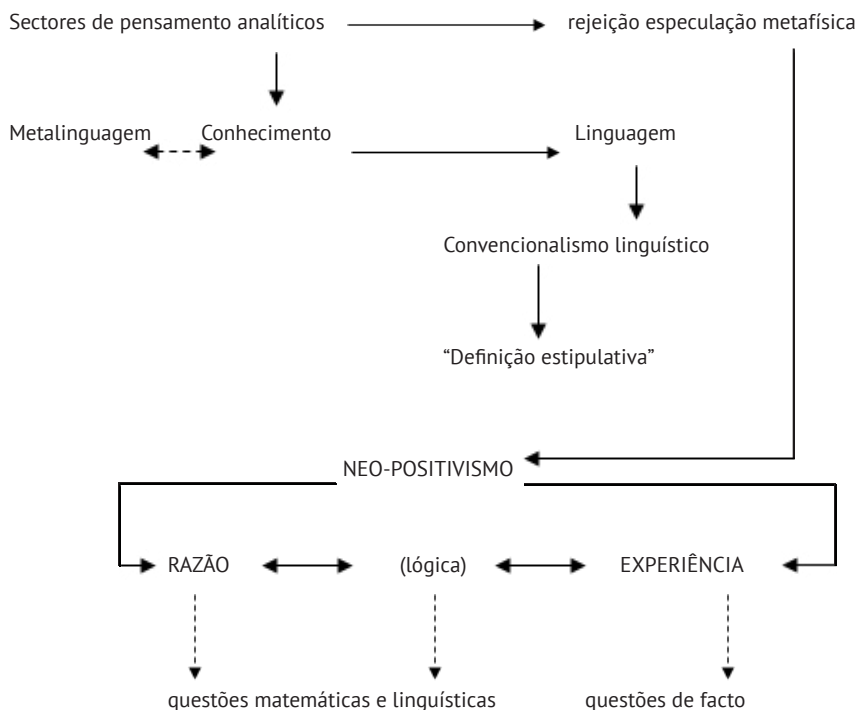
94 V. ALEX, Robert, “Teoria...”, 176.

95 V. ALEX, Robert, “Teoria...”, 176.

96 *Id.*, *ib.*

97 Este convencionalismo permite-nos fixar o nossa própria terminologia e dar às palavras um significado eventualmente diferente do que os outros dariam. Parece-nos ainda evidente que não podemos pedir a uma definição (estipulativa) mais do que aquilo que ela nos pode dar: uma precisão de significado (cfr. WEINBERGER, Ota, “Rechtslogik...”, cit., 250.), não a apreensão de uma realidade, como seria típico do essencialismo. Assim, quando v.g., fixarmos um determinado conceito jurídico, estaremos só a tentar dizer o que ele significa para efeitos de uma determinada (desta) construção, não o que *na realidade* o termo significa, até porque isso não seria, pensamos, possível. Contudo, afigura-se-nos também claro que uma tal postura tem os seus riscos. Como diz FAVOREU (“Droit

De uma forma resumida, podemos procurar significar esquematicamente o que dissemos (Rep. II):



(Rep. II)

constitutionnel", cit., 75), *une définition permet de déterminer l'object du discours mais ne permet pas de faire des affirmations*. Por isso, uma concepção conveniconalista da linguagem, e da definição jurídica, deve respeitar, no mínimo, duas condições:

- em primeiro lugar, essa definição deve ser útil, e deve ter como referente um objecto real (assim, GAST, Wolfgang, "*Juristische Rhetorik*", cit., 49). Deve, por isso, permitir um consenso linguístico acerca de um dada realidade, perfeitamente delimitada, sob todos os pontos de vista, entre os vários actores do jogo de comunicação;
- todavia, e compreensivelmente, ela não se deve afastar demasiado das convenções linguísticas comuns. Por isso, e em segundo lugar, ela deverá ser minimamente convencional, o que exige um mínimo de aceitação de regras comuns. Este não é um obstáculo de natureza científica – nada impediria o afastamento da *linguagem comum* – mas antes um obstáculo de natureza pragmática, pois a linguagem é, acima de tudo, um instrumento de comunicação.

A este propósito, GAST (cfr. "*Juristische Rhetorik*", cit., 49) refere ainda que a definição deverá ser completa (*vollständig*). Contudo, e como o próprio admite "*...nicht alles, was sich zur Sache sagen läßt, muß ausdrücklich gesagt sein*", o que significará – e também o próprio o refere – a aceitação da existência de significados implícitos.

1.5.3. Refracções da natureza analítica na ciência do Direito: a tese da separação entre o Direito e a Moral (*Trennungsthese*)

E o Direito? Como pode, à luz destas considerações, ser encontrado um adequado enfoque da realidade jurídica e da ciência que sobre ela se debruça?

Numa abordagem que terá tanto de simples como de útil, pode dizer-se que os fenómenos jurídicos podem ser perspectivados ou encarados através de uma de duas posições de base: ou se entende, por um lado, que o Direito é uma realidade com propriedades marcadamente descritivas, no sentido em que irrelevam na sua definição e caracterização quaisquer componentes de ordem material (“o Direito é Direito porque produzido pelo Direito”) ou, diferentemente, se acentua a vertente material / substantiva, que o tornará característico, e é encarado como um fenómeno eminentemente valorativo (“o Direito é Direito porque justo, valioso ou bom”)⁹⁸. Do mesmo modo, o domínio do saber que sobre tais fenómenos se debruça — a ciência jurídica — pode ser encarada de duas diferentes maneiras.

Pela nossa parte, e em matéria de *modelo científico*, não podemos deixar de aplaudir as concepções que encaram o Direito como uma ciência *neutral* e de pendor positivista — como veremos, com base num substracto normativista, ou seja que coloque o acento tónico na vertente da produção normativa —, o que significa que entendemos que o Direito é marcadamente a-valorativo e é Direito independentemente do seu conteúdo⁹⁹, sendo-o apenas em função do núcleo de onde promana. Estamos, como já se constatou, no domínio das “teses de separação entre o Direito e a Moral”¹⁰⁰.

Procuremos desenvolver um pouco esta ideia.

Antes, contudo, tenhamos presente um aspecto que deve merecer a nossa atenção: estamos num âmbito do conhecimento onde as clivagens são muitas

98 A dicotomia analítica referida no texto tem na sua base as duas propostas de solução para o problema das relações entre a moral e o direito: a tese da ligação necessária (*Verbindungsthese*) e a tese da separação (*Trennungsthese* ou *Neutralitätsthese*). V., a respeito, ALEXY, Robert, “Zur Kritik des Rechtspositivismus”, ARSP, 37, (*Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*), 9; ENGLÄNDER, Armin, “Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts”, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, 2 e ss.

99 Assim, neste sentido, v., por exemplo, BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, Giappichelli ed., Torino, 1996, 133 e ss. Em sentido diverso, v., por exemplo, CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo”, in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 1.º, Coimbra editora, Coimbra, 1995, 44; DEL VECCHIO, Giorgio, “*Lezioni di filosofia del diritto*” (trad. Portuguesa: “*Lições de filosofia do Direito*”, A. Brandão, Arménio Amado editor, sucessor, Coimbra, 1979), 345 e ss., em especial 363.

100 V., a propósito, HOERSTER, Norbert, “*Grundthesen analytischer Rechtstheorie*”, cit., 122 e ss.

e marcadas e onde a afirmação de posições tende a ser extrema, sendo talvez prudente atentar nas seguintes palavras de SINNOT- ARMSTRONG:

*“When a debate rages for a long time among intelligent people, there is almost some truth on all sides”*¹⁰¹

Salienta o professor de New Hampshire¹⁰² – e com ele concordamos – que a relatividade de perspectivas que sobre os fenómenos jurídicos se apresentam é variadíssima: perspectivas dos criadores das normas, dos seus aplicadores, dos destinatários (que também podem ser aplicadores ou simples “privados”, empresas, etc.), ensaiando-se paralelamente múltiplas visões ético-axiológicas, positivistas, históricas, etc. Ora, neste quadro, pode-se legitimamente concluir que será impossível chegar a *uma* definição de Direito, de modo que a postura adequada passará sempre pela aceitação do relativismo e pelo reconhecimento das posições doutrinárias contrárias convenientemente sustentadas.

Mas voltemos à “tese da separação”.

É sabido que alguns domínios do saber apresentam como característica essencial a sua substantividade, a sua dependência necessária em relação a determinado(s) conteúdo(s). Tais domínios ou “ciências materiais” não sobrevivem se não forem preenchidas com um substracto que constitui a sua própria condição de existência, não se podendo no seu seio formular leis que não tenham uma conexão directa e absolutamente dependente desse substracto. Pense-se, por exemplo, nos domínios da religião, da moral ou da ética.

Ora, no que diz respeito à ciência jurídica¹⁰³ entendemos que as coisas não se passam de tal modo. O Direito (ciência) pertence ao domínio das

101 V. SINNOT- ARMSTRONG, Walter, “*A perspectival theory of law*”, cit., 27.

102 V. SINNOT- ARMSTRONG, Walter, “*A perspectival theory of law*”, cit., 49.

103 A expressão “ciência jurídica”, enquanto sinónimo de “dogmática jurídica”, pode ser entendida, entre outros, em dois sentidos “instrumentalistas” – um amplo e um restrito. a) Num sentido amplo, significará um complexo de actos que se referem a, pelo menos três tarefas jurídicas concretizadoras (ALEXY, Robert “*Teoria...*”, 241, e BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 133 e ss.): a descrição do Direito vigente num determinado contexto espaço- temporal; a sua análise sistemática e conceptual; e a elaboração de propostas para a resolução de casos jurídicos problemáticos (*propositura de normas*). Trata-se, como se compreende, de uma noção demasiado ampla, pois que nela todo ou quase todo o argumento que tenha lugar no discurso jurídico seria considerado um argumento dogmático. b) Num sentido restrito, significará um complexo de actos que diz respeito apenas às tarefas de análise lógica dos conceitos jurídicos, recondução de tal análise a um sistema e aplicação dos resultados da análise na fundamentação das decisões jurídicas. Esta visão, que transforma a ciência

chamadas “ciências formais”, isto é aquelas manifestações do saber humano que prescindem de um conteúdo necessário para que elas próprias possam existir. Não no sentido em que os fenómenos jurídicos não tenham ou não devam ter conteúdo – dissemos que eles prescindem de um conteúdo ne-cessário, não dissemos que prescindem em absoluto de conteúdo! – mas no sentido em que não será este que lhes conferirá a marca da juridicidade. Esta será mais determinada pela fonte e menos pelo mérito¹⁰⁴ (e, de resto, como nos diz BOBBIO¹⁰⁵ “*Qualsiasi tentativo di definire il diritto in relazione al suo contenuto sarebbe destinato al fallimento, perchè non c’è materia che il diritto non abbia storicamente regolato o non possa in un eventuale futuro regolare...*”). Por exemplo, e adiantando um pouco a tónica do nosso discurso, uma norma jurídica não necessita de ser uma *boa* norma jurídica – ou seja, não necessita de adequar o seu conteúdo a quaisquer parâmetros axiológicos ou valorativos pré-existentes – para que seja como tal considerada. Basta a sua produção pelo órgão competente, de acordo com a forma e o procedimento previstos e exigidos. Podemos concordar ou não concordar com o seu conteúdo, podemos até entender que estamos face a uma norma injusta, mas não são seguramente estas considerações que lhe vão retirar o

do Direito numa lógica ou numa “matemática do Direito” – e que, por isso, se apresenta demasiado restrita – é típica das correntes identificadas com a jurisprudência dos conceitos do séc. XIX. Contudo, tais visões não são uniformemente aceites. Pode-se igualmente conceber a dogmática jurídica, não como um conjunto de actividades mas de enunciados, enunciados esses relacionados com o Direito positivo ou com a jurisprudência, embora a eles não se reduza (se não seria um mero registo de codificações ou compilação de precedentes) e que, no seu todo, formam um quadro institucional normativo coerente. Neste último sentido, v. ALEXI, Robert, “*Teoria...*”, 244 e ss.. Acerca da importância e funções desta dogmática, nomeadamente ao nível da estabilização das formas de decisão e de controlo da consistência destas, v., ALEXI, Robert, “*Teoria...*”, 55 e ss. Para um sentido diverso da “ciência jurídica” – que a equipara à “obra dos juristas” –, v. DEL VECCHIO, Giorgio, “Lições de filosofia do Direito”, cit., 428.V., por último, FERRAJOLI, Luigi, “*Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica*”, in Scritti per Uberto Scarpelli, Giuffrè ed., Milano, 1997, 366.

104 Daqui resulta, naturalmente, a consideração da *facticidade* do objecto da ciência jurídica: esta debruça-se sobre factos e não sobre valores ou outras realidades de carácter transcendente, numa clara aproximação às ciências de abstracto empírico como as ciências naturais ou sociais. Assim, v., BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 133, onde se pode ler: “*Il positivismo giuridico nasce dallo sforzo di trasformare lo studio di diritto in una vera e propria scienza che abbia gli stessi caratteri delle scienze fisico-matematiche, naturali e sociali. Ora, il carattere fondamentale della scienza, secondo le varie correnti del positivismo filosofico, consiste nella sua avaluatività, cioè nella distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, e nella rigorosa esclusione di questi ultimi dall’orizzonte dello scienziato, al quale spetta di formulare soltanto giudizi di fatto*”. Diferentemente do que se passa com o “cientista”, já o operador jurídico *stricto sensu* não pode ser tão indiferente. Aqui, já estamos com BULYGIN quando afirma que as normas jurídicas são a expressão de uma valoração positiva ou negativa de determinadas condutas feita pelo legislador. Cfr. BULYGIN, Eugenio, “*Sobre la estructura logica de las proposiciones de la ciencia del Derecho*”, in *Análisis Logico y Derecho...*, cit., 332.

105 V. “*Il positivismo giuridico*”, cit., 144.

carácter jurídico¹⁰⁶. O Direito, nesta óptica, poderá regular ou disciplinar, em abstracto, todas as condutas humanas que não são “nem necessárias nem impossíveis”¹⁰⁷.

De resto, admitir uma ligação necessária entre o Direito e um certo conteúdo, como a moral, sempre suscitaria a questão de saber *que* conteúdo seria esse. Como acertadamente refere BULYGIN, ter-se-ia de provar, não apenas que existe uma moral objectiva, mas também que ela seria partilhada por todos os legisladores¹⁰⁸. Por isso, podemos dizer que, neste sentido, a ciência do Direito é uma ciência neutral – uma vez que não tem necessariamente que ser preenchido com um substracto intrínseco, bastando-lhe um rótulo (externo) de juridicidade – e o jurista não é um *filósofo do Direito*¹⁰⁹. Aquele preocupa-se com definições jurídicas científicas, factuais e avalorativas, de cunho ontológico, procurando definir o Direito tal qual ele é – mediante um processo deliberado de objectivação normativa –, enquanto este se debruça sobre definições ideológicas, valorativas ou deontológicas, procurando demonstrar o que o Direito *deve ser*.

A neutralidade referida mais não é, afinal, do que o reflexo de um processo de separação¹¹⁰ ou de “especificação funcional do Direito” de que fala LUHMANN¹¹¹, direccionando-se tal processo quer no sentido do afastamento da moral – mesmo que tal afastamento se considere um mero isolamento fictício (a expressão é de VAHINGER: “*fiktive Isolierung*”), em face da circunstância de ambos constituírem uma parte integrante da realidade¹¹² – quer no sentido do afastamento de um eventual conceito de verdade (uma

106 De tal modo, as valorações e as considerações ético-axiológicas (trans-positivas) não têm valor jurídico autónomo. Como refere ENGLISH, “*Einführung in das Juristische Denken*” (trad. Portuguesa “Introdução ao pensamento jurídico”, fundação Calouste Gulbenkian, 6.ª ed., Lisboa), 48, “Com simples normas de valoração, não poderia o Direito exercer o domínio que lhe compete...”, sendo a juridicidade conferida pela manifestação de vontade dos órgãos competentes. Cfr., também, BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 132.

107 V. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 145. Cfr., ainda o art.º 8.º, n.º 2 do CC português, nos termos do qual “o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo”. Parece que se pode retirar desta norma a *ideia de Direito* vertida no texto.

108 Assim, BULYGIN, Eugenio, “*Alexy’s thesis of the necessary connection between law and morality*”, *Ratio Juris*, 13, 2, 2000, 134.

109 Neste sentido, DABIN, Jean, “*La philosophie de l’ordre juridique positif*”, *Rec. Sirey*, Paris, 1929, 1 e ss.

110 V., por exemplo, e recentemente, SZÉKESY, Lilja, “*Gerechtigkeit und inklusiver Rechtspositivismus*”, Duncker und Humboldt, Berlin, 2003, 41 e ss.

111 V. “*Rechtssoziologie...*”, cit., 23 e ss.

112 Cfr. KELSEN, Hans, “*Zur Theorie der juristischen Fiktionen*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1235 e ss.

verdade cada vez mais hipotética e apenas possível). O resultado parece-nos assim promissor: rejeitam-se as teses jurídicas valorativas ou jusnaturalistas – que reduzem o problema da relevância das normas jurídicas ao valor das mesmas¹¹³ – sem se cair nas teses opostas (por vezes rotuladas de positivismo “extremo”), que, contrariamente ao que acontecia com aquelas, reduzem o problema do valor das normas jurídicas à sua relevância para o ordenamento (ou, nos seus termos próprios, à sua *validade*). Para as primeiras, a norma é relevante (existe, é válida) se for valiosa; para as segundas, acontece precisamente o oposto: a norma é valiosa se for relevante (válida, existente).

A pedra de toque estará, repetimos, na não consideração conjunta das duas dimensões, mas sim na absoluta separação entre existência jurídica, por um lado e valor jurídico, por outro (ou entre *juízos de validade* e *juízos de valor*)¹¹⁴. Em termos práticos, a teoria jurídica analítica não defende que ordenamento jurídico seja um sistema *fechado* de normas nas quais o aplicador apenas se dedica a uma tarefa lógico-dedutiva de subsunção¹¹⁵. O próprio HART admite que existem espaços abertos e de discricionariedade (open texture)¹¹⁶.

Insistimos na ideia de que não abraçamos o positivismo extremo que concebe o ordenamento como mero enredo ou entrelaçado de procedimentos normativos¹¹⁷, pois não podemos deixar de aceitar que reduzir a normatividade a uma simples questão de procedimentos, sem considerações valorativas algumas, nos tornaria inevitavelmente no temido *positivista incendiário*¹¹⁸. As componentes de correcção material – nomeadamente os limites materiais à norma imposta pelas normas superiores de impossível ou muito difícil revisão¹¹⁹ –, não sendo a marca da juridicidade, são ainda assim indispensáveis.

113 Cfr., a propósito, SPRENGER, Gerhard, “*Recht und Werte (Reflexionen über eine philosophische Verlegenheit)*”, in *Der Staat*, 39, 1, 2000, 1 e ss.

114 Assim, BOBBIO, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 133 e ss..

115 V. HOERSTER, Norbert, “*Grundthesen analytischer Rechtstheorie*”, cit., 123.

116 V., a propósito, GIZBERT – STUDNICKI, Tomasz, “*Types of vagueness*”, in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000, 145 e ss.

117 Cfr., a respeito, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 27.

118 Assim, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 41.

119 Assim, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 27.

2. Em particular, a dimensão linguística do Direito

2.1. A transmissão de padrões comunicativos

Defendemos acima que o Direito encerra propriedades marcadamente descritivas, entendendo por tal a assunção de uma postura formal que coloca a definição respectiva tendencialmente afastada de componentes substantivas, e ficando marcada a compreensão dos fenómenos jurídicos como submetidos a uma “orientação técnica” e não a uma “orientação ética”¹²⁰, na qual o jurista deve *tomar conhecimento* do Direito e não *tomar posição* acerca do Direito¹²¹. Contudo, dizer que o Direito é uma ciência formal ou descritiva soa a pouco, uma vez que se deixa em aberto o problema posterior de saber *o que* descreve o Direito, ou seja qual o seu “objecto mediato” ou o *quid* sobre o qual incide¹²².

A este respeito, já não é nova a postura que vê o Direito — aqui entendido não como uma ciência, mas como o *objecto* dessa ciência — como um conjunto de actos comunicativos ou como um modelo de comunicação de padrões gerais de conduta (HART¹²³). Tal postura — pressupondo que todo o Direito tem como referente a acção humana (e não, por exemplo, os puros fenómenos naturais) e traça a linha divisória entre acções “boas” e acções “más”¹²⁴ — arranca da premissa de que a comunicação deve ser perspectivada como um modo de transmissão de significados entre sujeitos (concepção sociológica de comunicação) e pressupõe, naturalmente, a partilha numa base alargada de um conjunto determinado de representações materiais (símbolos e signos¹²⁵). O estudo de tais símbolos (que na sua globalidade se podem designar por *código*) sendo objecto de uma disciplina autónoma (semiótica) é também objecto de particular interesse por parte do Direito, pois

120 Cfr. ENGLISH, “Introdução ao pensamento jurídico”, cit., 50.

121 V. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 137 e ss. que, na esteira de AUSTIN, observa que o jurista “estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser”. Aliás, pode-se mesmo dizer que o distanciamento e objectividade do conhecimento jurídico constituem, em termos de teoria do conhecimento, a tónica individualizadora da modernidade, em oposição às abordagens preconceituosas, “moralistas e metafísicas” das épocas precedentes.

122 Está implícita no texto a concepção de acordo com a qual a pergunta “*Quid jus?*” — e não apenas a pergunta “*Quid juris?*” — pode ser respondida pela ciência jurídica. Em sentido contrário, cfr. DEL VECCHIO, Giorgio, “Lições de filosofia do Direito”, cit., 305. Acerca das atitudes de negação céptica da definição de Direito, *idem*, 332 e ss.

123 V. HART, Herbert L., “O conceito de direito”, cit., 137 e ss.

124 V., por exemplo, DEL VECCHIO, Giorgio, “Lições de filosofia do Direito”, cit., 345 e ss.

125 Acerca desta distinção, v. o que dissemos supra, página 41.

este mais não é do que uma particular forma de transmissão de significados. O Direito, assim, serve exactamente para isso: para transmitir, para individualizar determinados padrões comportamentais reputados, de acordo com critérios valorativos vários — embora, repita-se, não seja tal valoração que lhe confere a marca da juridicidade —, como socialmente indispensáveis e dá-los a conhecer aos seus destinatários, através de um esquema de símbolos que não pode prescindir de uma rigorosa tarefa analítica de precisão e delimitação¹²⁶.

O referido esquema global de símbolos, que deverá assentar numa alargada base de consenso social, permitirá a comunicação em termos fluídos entre quem emite os padrões comportamentais e quem os deve seguir. Direito, comunicação e linguagem constituem desta forma três dimensões inter-relacionadas e inter-dependentes da manutenção da convivência social, de modo que se pode afirmar que, nesta perspectiva, a normatividade do Direito depende da linguagem utilizada. Enfim, o Direito, enquanto realidade referente à acção e ao operar (*operativismo*), mais não é do que uma especial forma de linguagem, uma linguagem com um invólucro de coactividade¹²⁷.

Pois bem, assumindo que o Direito pode ser perspectivado nesta vertente linguística e que se manifesta através de esquemas comunicacionais vários, levanta-se a posterior questão de saber que esquemas serão esses. Por outras palavras: dissemos que a finalidade do Direito era a de dar a conhecer certos modos de agir (padrões) que, em princípio, deveriam ser por todos seguidos, permitindo, de tal forma, a normal convivência social. Não dissemos, todavia (i) como é que esses modos de agir são dados a conhecer, para que todos os possam, inequivocamente, identificar e assimilar nem (ii) qual o seu conteúdo, fundamento e origem.

É sobre estes dois problemas que nos vamos debruçar de seguida, começando por este último.

126 Num sentido aproximado, cfr. SCARPELLI, Uberto, "Contributo alla semantica del linguaggio normativo", cit., 99-100, onde se pode ler: "«Norma» è per noi, (...) ogni enunciato cui venga attribuita la funzione di guida diretta del comportamento".

127 Acerca da definição do Direito em função da característica da coactividade v., por exemplo, BOBBIO, "Il positivismo giuridico", cit., 147 e ss, onde, com clareza, se consegue identificar a coacção enquanto *meio* (concepção tradicional) e a coacção enquanto *objecto* (concepção moderna) do Direito.

2.2. O conteúdo típico dos padrões comunicativos

Embora, como assinalamos, o Direito prescindir de um conteúdo determinado para se afirmar como Direito, tal não significa que o Direito prescindir totalmente de conteúdo. Naturalmente que os padrões de comportamento que constituem objecto do fenómeno jurídico não são padrões vazios ou em branco, que remetam o seu preenchimento para o acaso ou para o circunstancialismo das actuações individuais concretas.

A partir da análise que a visão dos vários ordenamentos jurídicos nos permite efectuar, pode-se dizer que é possível individualizar alguns conteúdos- tipo que, de uma forma mais ou menos genérica, se podem observar. Tais conteúdos passam quase inevitavelmente pela protecção e preservação (i) de valores ou (ii) de exemplos. Acerca da forma como tal protecção e preservação são conseguidas diremos algumas palavras de seguida.

a) Os valores

Qualquer modelo de convivência social pressupõe um estágio de partilha inicial sem o qual a coexistência não se afigura possível. Tal estágio inicial impulsiona os vários membros de uma colectividade a identificarem (e, por vezes, a criarem) certas representações mentais que quase todos partilham e que os unem, e que constituem um substrato ideológico comum, uma espécie de argamassa ideológica que serve de nexo de ligação entre todos e que os leva a fazer parte daquela comunidade e não de outra¹²⁸.

Essas representações mentais, começando por ser meras motivações subjectivas, interiores e psíquicas, ganham objectivação através da noção de *valor*. Um valor mais não é, nesta perspectiva, do que uma motivação objectivada pela consciencialização colectiva, ganhando dimensão sociológica através de um “longo processo subterrâneo” (ESSER)¹²⁹. Por isso se

128 V. DI FABIO, Udo, “Grundrechte als Werteordnung”, in JZ, 2004, 1, 1 e ss.

129 O referido no texto não exclui as dificuldades que se podem encontrar em tal processo de objectivação. A este propósito, VON WRIGHT (cfr. “Valuations...”, cit., 349) salienta o facto de que a valoração, sendo uma atitude (emocional) de aprovação ou desaprovação de um sujeito em relação a um objecto, é sempre localizada temporalmente (*time-dependent*), na medida em que o mesmo objecto pode ser valorado de forma diferente ao longo do tempo por um determinado sujeito. Assim, quando as valorações são efectuadas por uma comunidade pode-se dizer que são historicamente localizadas (*history-dependent*), mas não que se tratam de valorações “objectivas”, “eternas”, ou “imutáveis” uma vez que nunca se lhes pode retirar na totalidade o carácter subjectivo e relativo. Acerca da evolução da noção de valor, cfr. SPRENGER, Gerhard, “Recht und Werte...”, cit., 5 e ss.

compreende que, em determinada comunidade, todos se identifiquem com a valorização da igualdade entre homens e mulheres e em outra com a assunção de papéis sociais e jurídicos distintos para uns e outros. Da mesma forma, se compreende que, numa dimensão histórica, em determinadas colectividades a paz seja um valor a preservar e, em outras se defenda uma cultura de guerra. O mesmo se passará com a democracia ou o absolutismo, a riqueza ou a austeridade, o corpo ou a mente, a beleza ou a santificação. Por outras palavras: cada comunidade terá tendência a individualizar determinados valores que lhe são queridos.

Naturalmente que esses valores não estarão colocados todos no mesmo plano de aceitação, sendo uns mais queridos ou mais impostos do que outros. Neste passo, aquilo que se afirmara inicialmente como uma realidade psíquica e se transformara posteriormente em realidade sociológica, pode vir a ganhar corpo jurídico, bastando, para que tal aconteça, que um determinado valor seja de tal forma protegido pela comunidade que o ordenamento jurídico desta o transforme em *bem jurídico*.

Alguns desses bens jurídicos podem ser posteriormente erigidos à categoria de *bens jurídicos fundamentais*. E existem várias formas de o fazer. Por exemplo, nos ordenamentos jurídicos inseridos na “família” Europeia-continental uma das formas de atribuição de fundamentalidade passa pela *Constitucionalização* desses valores¹³⁰.

Ora, aqui surge um dois mais complexos problemas com que a ciência jurídica actual tem de se debater: qual o critério ou critérios para atribuir fundamentalidade a um determinado valor? Ou, dito de outra forma, quais os valores que, ressaltando do conjunto de valores que uma determinada comunidade acolhe, merece a atribuição do rótulo de “fundamental” e, por via disso, merece ser constitucionalizado?

O quadro de respostas possíveis a esta questão é amplo – vida, liberdade, igualdade, solidariedade, honra, etc... – e quase se pode dizer que resvalamos para um perigoso campo de areias movediças, onde a subjectividade

130 Cfr., numa abordagem recente, LEISNER, Walter, “«Werteverlust», «Wertewandel» und Verfassungsrecht”, in JZ, 2001, 7, 313 e ss. V., ainda, KARPEN, Ulrich, “Die verfassungsrechtliche Grundordnung des Staates – Grundzüge der Verfassungstheorie und politischen Philosophie (Überblick: Das Grundgesetz und der Typus des westlichen Verfassungsstaates)”, in JZ, 1987, 9, 435, e CALLIESS, Christian, “Europa als Wertegemeinschaft – Integration oder Identität durch europäisches Verfassungsrecht?”, in JZ, 2004, 21, 1033 e ss.

impera¹³¹. Pode-se defender que tal fundamentalidade resulta da legitimidade material de um determinado valor, do facto de ele resultar de uma decisão de consenso generalizado, da adopção de um procedimento pré-determinado, etc.

Pela nossa parte, entendemos que a fundamentalidade jurídica de um valor resulta — aqui sim... — da sua componente de correcção material, nomeadamente da circunstância de se debruçar sobre *estruturas fundamentais* da convivência societária, estruturas essas que, naturalmente, variarão de ordenamento para ordenamento. Enfim, um *Direito valorado*, assim perspectivado, serviria de veículo divulgador e transmissor desses valores e transformá-los-ia em valores gerais e colectivos, cuja não observância acarretaria consequências não só ao nível ético, moral ou de consciência, mas também ao nível jurídico.

Neste passo do discurso, algumas precisões entendemos que devem ser consideradas convenientes, sob pena de correremos o risco do julgamento precipitado da contradição com o que fomos dizendo acima.

Em primeiro lugar, deve-se chamar a atenção para o facto de que a existência de um conjunto de valores partilhados que servem de substracto ao fenómeno jurídico não significa que exista o que se poderia considerar um *Direito* ideal e que esse seja o único bom, valioso ou justo (*posição jusnaturalista trans-empírica pura*). Pelo contrário, deve-se ter sempre presente que todo o Direito exige material empírico, ou seja, exige estatuição, previsão, positividade, e, nessa medida pode existir Direito positivo que seja valioso e Direito positivo que seja desvalioso. O valor mais não será, então, do que um padrão para se avaliar o Direito positivo.

Em segundo lugar, e como decorrência destas últimas observações, constata-se que, consistindo o valor um padrão para o Direito positivo, o Direito não é esse valor. Também fará parte do Direito o Direito desconforme, sendo o Direito não valorado também considerado Direito.

b) Os exemplos

Os padrões gerais de comportamento que o Direito tem por objectivo transmitir podem não ser padrões valorativos de comportamento. Podemos estar perante padrões *tradicionais* de comportamento ou exemplos, no sentido

131 Cfr. SPRENGER, Gerhard, "*Recht und Werte...*", cit., 19.

de comportamentos repetidos e vulgarizados durante longos períodos de tempo¹³². Obviamente que um aspecto não exclui o outro. Nada impede — e até será, certamente, a situação mais corrente e natural — que os exemplos que se vão repetindo tenham a sua base em determinados valores (e não em desvalores) ou criem eles próprios esses valores. Mas a nossa insistência é sempre no mesmo aspecto: não é essa conformação a valores que faz do comportamento um comportamento jurídico, embora se deva reconhecer que é ela que atribui a marca da *juridicidade justa*.

Em todo o caso, os exemplos que estamos a referir, baseando-se ou não em valores, pelo menos baseiam-se no denominado *senso comum*, numa consciência colectiva de que aquele comportamento que vem sendo repetido deve continuar a sê-lo, falando-se a este propósito em *costume* como fonte e mesmo como fundamento do Direito¹³³.

Contudo, não basta que uma conduta se repita para que se possa falar num verdadeiro e efectivo costume. Além dessa repetição (“prática reiterada”) torna-se mister que se verifique também uma convicção de obrigatoriedade da conduta em causa, pelo que se poderá dizer que, com propriedade, o costume, enquanto realidade com relevância jurídica, exige sempre a coexistência de dois elementos: um elemento objectivo ou exterior e um elemento subjectivo ou psicológico, interior.

Numa perspectiva de aplicação jurídica, como melhor veremos, esta ideia levará à conclusão de que se deve adoptar uma decisão igual num caso futuro em que a factualidade sob análise seja idêntica.

2.3. A forma dos padrões comunicativos

Se quanto ao conteúdo dos padrões comunicativos não se pode dizer que existam grandes clivagens quando se procede a uma análise (actualista) de direito comparado — seja ao nível dos dados positivos de cada ordenamento seja ao nível dos vários enfoques da respectiva *ciência* do Direito — uma vez que, de uma forma mais ou menos geral, quase todos os ordenamentos aceitam (ao menos formalmente) um conteúdo axiológico mínimo consagrado ao nível de princípios ou de costumes, já no plano da forma desses mesmos padrões as diferenças podem ser bastante assinaláveis.

132 V. OLIVECRONA, Karl, “*Law as fact*”, 2.ª ed., Stevens & Sons, London, 1971, 105 e ss.; ROSS, Alf, *On law and justice*, University of California Press, Berkley / Los Angeles, reimp., 1974, 91 e ss.

133 V. HART, Herbert L., “O conceito de direito”, cit, 147-8.

O problema que estamos agora a analisar reside em saber de que maneira é que os padrões de comportamento – que, como vimos, são enformados por determinados valores ou por determinados costumes – de que maneira, dizíamos, são eles transmitidos aos seus destinatários. Trata-se, enfim, de um problema de forma comunicativa.

A este respeito, a experiência jurídica tem demonstrado que existem, basicamente, duas formas de transmitir os referidos padrões, resultando daí dois possíveis esquemas comunicacionais: a comunicação exemplificativa e a comunicação conceptual. Ambas têm em comum a exigência de que a forma comunicativa deve ser assegurada através de determinados símbolos linguísticos – os actos e as palavras – por todos entendíveis, mas enquanto uma delas dá prevalência ao primeiro desses símbolos (comunicação exemplificativa – precedente), a outra dá-a ao segundo (comunicação conceptual – regras jurídicas).

Analisemos cada uma dessas formas.

a) Precedente

Uma forma de divulgar padrões de comportamentos passa pelo “uso mínimo das palavras”, acentuando a vertente actuante das manifestações humanas, usando o exemplo como modelo de actuações futuras¹³⁴. De uma maneira simples, poder-se-ia dizer que a obrigatoriedade do Direito e a vinculatividade jurídica teriam as suas raízes no precedente em que a repetição de uma conduta se poderia transformar (embora se deva assinalar que “precedente” e “exemplo” não são, para estes efeitos sinónimos, na medida em que ao primeiro é atribuída pelo ordenamento jurídico uma clara função prescritiva e ao segundo uma mera função ilustrativa¹³⁵).

A maior parte das vezes, tal precedente ganha corpo através de uma decisão de um órgão que reconhecidamente possui autoridade para atribuir força jurídica – os órgãos jurisdicionais ou tribunais¹³⁶. Estes, além da sua

134 V., a propósito, HART, Herbert L. “O conceito de direito”, cit., 147; SANTIAGO NIÑO, Carlos, “Introducción...”, cit., 246 e 293; OLIVECRONA, Karl, “Law as fact”, cit., 107 e ss; ROSS, Alf, “On law and justice”, cit., 84 e ss..

135 Neste sentido, TARUFFO, Michele, “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”, in Scritti per Uberto Scarpelli, Giuffrè ed., Milano, 1997, 797.

136 Para um adequado enquadramento, v. FORSTHOFF, Ernst, “Der Staat der Industrie-Gesellschaft”, C.H. Beck Vlg., München, 1971, 126 e ss.; LABAND, Paul, “Deutsches Reichstaatsrecht”, 7.ª edição, J.C.B. Mohr Vlg., Tübingen, 1919, 330 e ss.; CARRÉ de MALBERG, R., “Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés (avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français

função de resolução de questões jurídicas subjacentes a casos em concreto — realização judicativa do Direito (*função realizativa*¹³⁷) —, podem igualmente assumir um importante papel de fixação de paradigmas ou modelos para futuras resoluções, respeitantes a casos semelhantes e que envolvam a mesma questão jurídica¹³⁸. Naturalmente que tal não se passará de uma forma instantânea ou da noite para o dia, mas de uma forma progressiva e evolutiva. Primeiro expressam-se determinados princípios que se retiram da resolução das primeiras decisões, princípios que não recebem (por “esquecimento” ou por actuação deliberada do legislador) consagração positiva, e depois, paulatinamente esses princípios ganham cristalização e vão entrando na consciência jurídica geral, de modo que os vários operadores jurídicos confiam na efectiva repetição da conduta em causa e, ao fim de algum tempo, essa conduta pode ser considerada “Direito vigente”.

A favor de tais resoluções paradigmáticas ou precedentes — que não se identificam com a resolução do caso em concreto, mas sim com a resposta jurídica dada a esse caso¹³⁹ — entende-se que vigora uma *presunção de correção*¹⁴⁰, a que, posteriormente, acrescerá uma importantíssima *presunção de vinculação* dos tribunais. Ambas as presunções ganham maior efectividade quando as decisões em causa dizem respeito a tribunais superiores, casos em que não só os tribunais inferiores mas igualmente o próprio tribunal que a emanou têm tendência a seguir a decisão previamente tomada, não em termos dogmáticos, fundamentalistas ou absolutos, naturalmente, mas em termos críticos. Isto significa que o precedente é sujeito a uma grelha de apreciação, na qual são ponderados diversos factores, quer positivos — v.g., a sua praticabilidade e relevância —, quer negativos — nomeadamente averiguando se já não se verificou alguma erosão dos respectivos fundamentos teóricos e doutrinários¹⁴¹.

relativement à sa formation)”, Recueil Sirey, Paris, 1933, 44-45; HERZOG, Roman, “Allgemeine Staatslehre”, Athenäum Vlg., Frankfurt a. M., 1971, 334 e ss.; SCHNEIDER, Hans Peter, “Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht”, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1969; SANTIAGO NIÑO, Carlos, “Introducción...”, cit., 295.

137 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, “Teoria do Direito” (lições proferidas ao ano lectivo de 1998 / 1999 (policop), Coimbra, 1998, 104 e ss.; BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de Derecho”, in in *Análisis Logico y Derecho* cit., 357.

138 V., a propósito, e numa perspectiva recente, PAULSEN, Michael Stokes, “Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?”, YLI, 109, 7, 2000, 1535 e ss.

139 No sentido da relevância da *ratio decidendi*, cfr. TARUFFO, Michele, “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”, cit., 791.

140 Assim, KRIELE, “Theorie der Rechtsgewinnung”, apud LARENZ, “Metodologia da ciência do Direito”, cit., 523, nota (152).

141 Cfr. PAULSEN, Michael Stokes, “Abrogating Stare Decisis by Statute...”, cit., 1551 e ss.

Trata-se de uma forma de comunicação que é adoptada principalmente em sede de ordenamentos que privilegiam a vertente da aplicação normativa (eficácia) em detrimento da vertente da produção normativa (existência, validade), integrados na família da *Common Law* e que procuram de tal forma a preservação da dignidade da função jurisdicional e do tribunal em causa (principalmente se for um tribunal superior) e a elevação da segurança jurídica a *valor* fundamental. Em tal contexto, ganha relevo a noção de *justificação*, significativa da ideia de que as decisões judiciais devem ser fundadas, o que vale por dizer que entre as premissas constantes da norma jurídica e a conclusão constante da decisão deve existir um nexo de inferência lógica. Em certos termos, até se pode afirmar que a relação lógica se sobrepõe aqui à relação causal – a maneira como o juiz chega à sua decisão é irrelevante, na medida em que apela a considerações psicológicas, interessando apenas que a conclusão seja coerente com as premissas. Daqui resulta uma importante consequência, muitas vezes olvidada: a questão da prioridade temporal é irrelevante e não afecta a prioridade lógica: é possível que o juiz tome primeiro a decisão e depois tente justificá-la¹⁴².

b) Lei

O segundo modelo formal de comunicação pode ser denominado “um modelo de linguagem conceptual”. Aqui, já estamos em presença de um modelo que faz um “uso máximo das palavras”, de modo a poder ser utilizado um veículo geral explícito de linguagem. Nestes termos, o acento tónico é colocado na linguagem escrita, na existência de normas positivadas¹⁴³ que devem fazer apelo a termos verbais claros. É frequente neste domínio a referência ao “Direito positivo” para pretender significar o Direito formalmente estatuído e escrito, procurando-se aqui atingir a segurança jurídica de uma outra forma – já não através da preservação de decisões anteriores, mas através da previsão expressa de determinados comportamentos como sendo juridicamente relevantes e, por via disso, obrigatórios, proibidos ou permitidos. Numa visão de positivismo extremo, ao aplicador das normas estaria reservado um diminuto papel conformador, apenas estaria vinculado a uma tarefa quase mecânica de subsunção, vivendo num mundo equiparado a um “paraíso dos conceitos”.

142 Cfr. BULYGIN, Eugenio, “*Sentencia judicial y creación de Derecho*”, cit., 356.

143 V., a respeito, ROSS, Alf, “*On law and justice*”, cit., 78 e ss. Acerca das relações entre estas normas positivadas – e, em particular os poderes do legislador (v.g., “*Necessary and Proper clause*”) – e os precedentes, v. PAULSEN, Michael Stokes, “*Abrogating Stare Decisis by Statute...*”, cit., 1567 e ss.

2.4. A tetracotomia dos modelos comunicacionais e a configuração concreta do ordenamento jurídico

Da conjugação dos dois tipos de conteúdos comunicativos e das duas formas de transmissão desses conteúdos poderão resultar quatro propostas diferentes de conceber o Direito com base num modelo comunicativo:

- (i) um modelo baseado em valores, consagrados em precedentes;
- (ii) um modelo baseado em costumes, perpetuados através de precedentes;
- (iii) um modelo baseado em valores positivados;
- (iv) um modelo baseado em costumes positivados.

Compreensivelmente, nenhum deles se apresenta, seja em que ordenamento for, como um modelo puro, excluyente das características dos restantes. Nesta medida, é absolutamente impossível conceber um ordenamento baseado exclusivamente em valores ou baseado exclusivamente em costumes, da mesma forma que será impossível encontrar um ordenamento que transmita o conteúdo do Direito somente através de precedentes ou somente através de normas estatuídas. A pedra de toque estará, em todos os casos, na medida de preponderância que cada uma dessas realidades poderá assumir, resultando quase estéril uma discussão entre modelos puros.

Por exemplo, dissemos acima que determinados ordenamentos podem perpetuar um certo costume através da repetição uniforme de determinada orientação jurisdicional. Todavia, também se deve aceitar o inverso: que uma jurisprudência constante se pode transformar num costume, bastando para tal que haja uma convicção jurídica geral de obrigatoriedade em relação à decisão em causa. Uma “convicção” neste domínio não se bastará com uma mera expectativa de que os tribunais continuarão a proceder de tal forma. Mais do que isso, exigir-se-á a convicção de que tal actuação repetida é uma exigência jurídica, o que será certamente mais plausível em matéria de princípios jurídicos fundamentais e menos no domínio das regulações técnicas¹⁴⁴. Para além disso, deve ter-se sempre presente que a vinculação ao precedente, longe de funcionar como uma obediência cega à

144 Situação diferente da configurada no texto será aquela em que um tribunal declara que, no futuro, decidirá sempre de uma determinada forma. Aqui, os perigos de violação da ideia da separação de poderes (indubitável e universalmente aceite) serão bastantes, e aceitando a proposta de LARENZ (“Metodologia da ciência do Direito”, cit., 528-529) tal apenas será de admitir se (i) a ausência de regulação leva a insegurança jurídica inoportável e (ii) não se puder contar com uma rápida intervenção do legislador.

jurisprudência ditada, não pode nem deve isentar o juiz da sua responsabilidade na administração da justiça¹⁴⁵. Por conseguinte, as presunções acima referidas devem apresentar-se como “presunções de correcção permanentemente susceptível de revisão” (FIKENTSCHER¹⁴⁶).

Por outro lado, também o mero reconhecimento da existência de um valor não se confunde com a sua relevância jurídica em termos de validade normativa geral. A maior parte das vezes, esta só existe quando o reconhecimento desse valor é exigido a todos, o que só se consegue com a força que é emprestada pelo Direito positivo (*teoria da substantivação da lei*¹⁴⁷).

Ainda assim, e não obstante tais dificuldades, é possível individualizar alguns traços caracterizadores dos diferentes ordenamentos que nos permitem levar a concluir numa prevalência em um ou em outro sentido e, consequentemente, agrupá-los em determinadas “famílias”.

Desta forma, um primeiro grupo será composto por aqueles ordenamentos que, dando prevalência ao Direito costumeiro, elegem como principal modo de reconhecimento desse Direito o precedente. Podemos dizer, numa abordagem propositadamente simplista, que fazem parte deste primeiro grupo os ordenamentos da chamada família jurídica da *Common Law* (Reino Unido, Estados Unidos da América, Austrália, África do Sul, etc.).

Um segundo grupo abrangerá aqueles ordenamentos que, assentando numa base valorativa, elegem como modo de manifestação do Direito a lei (*lato senso*, ou seja enquanto sinónimo de norma positivada, estatuída), como os ordenamentos da família europeia continental.

Torna-se claro que estas questões não podem deixar de ser enquadradas num ambiente mais vasto e abrangente que traga à colação as componentes

145 Pela sua clareza, julgamos útil trazer aqui as palavras de LARENZ, “Metodologia da ciência do Direito”, cit., 522, “...todo o juiz que haja de julgar de novo a mesma questão pode e deve, em princípio, decidir independentemente, segundo a sua convicção formada em consciência, se a interpretação expressa no precedente, a concretização da norma ou o desenvolvimento judicial do Direito são acertados e estão fundados no Direito vigente. Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo «cegamente» o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma interpretação incorrecta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado ou que a questão nele correctamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto”.

146 V. “Methoden des Rechts”, *apud* LARENZ, “Metodologia da ciência do Direito”, cit., 523, nota (152).

147 Cfr. EKINS, Richard, “Judicial supremacy and the rule of law”, in LQR, 119 (Janeiro de 2003), 128.

histórica, sociológica e axiológica de cada ordenamento. Será através da conjugação de tais componentes que se poderá concluir que um determinado ordenamento apresenta uma estrutura de base que se acomode mais a um ou a outro dos modelos referidos. De resto, e como se pode retirar do que já dissemos, a questão deve ser perspectivada sempre num enfoque quantitativo, pois o que se trata é de saber se tal ordenamento assenta num modelo comunicacional de um ou de outro tipo, mas sem eliminar totalmente (até porque, estamos em crer, não será possível fazê-lo) as características dos outros.

Procurando agora focalizar o objecto das nossas considerações e servindo-nos do que precedentemente foi dito, pode concluir-se que um estudo adequado do ordenamento jurídico português passa pela consideração de que ele assenta estruturalmente num modelo que privilegia quase em exclusivo um Direito estatuído (positivado) revelador de um conjunto de valores fundamentais, ou se quisermos de uma axiologia pré- e transpositiva. De facto, uma abordagem analítica do mesmo permite-nos concluir:

- (i) em primeiro lugar, que são raras as situações em que o Direito ganha a sua efectividade mediante o apelo directo a valores. A maior parte das vezes tais valores encontram consagração expressa ou implícita em normas positivadas;
- (ii) em segundo lugar, o instituto do precedente também desempenha um papel diminuto¹⁴⁸, até porque as coisas nem poderiam ser de outra forma, em face das exigências constitucionais de que os tribunais sejam independentes e apenas estejam vinculados à lei¹⁴⁹, devendo-se observar que mesmo esta vinculação à lei (no sentido de norma positivada) deve ser sempre “temperada” com as possibilidades de apreciação da sua conformidade constitucional¹⁵⁰. Além disso, em

148 Uma excepção ao referido no texto pode perspectivar-se nas situações em que o Tribunal Constitucional, em sede de controlo abstracto sucessivo profere um acórdão de declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (art.ºs 281.º, n.º 1 e 282.º, n.º 1 da CRP).

149 Cfr. art.º 203.º da CRP. Naturalmente que a referência à “lei” deve ser entendida num sentido amplíssimo, de referência a todo o Direito objectivo. V. SCHNEIDER, Hans Peter, “*Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*”, cit., 11, que utiliza a expressão “*die Summe aller positiven Rechtsnormen*”. Cfr., ainda, ROSS, ALF, “*Theorie der Rechtsquellen. (Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen)*”, Leipzig/Wien, 1929, 316 e ss.

150 Um problema delicado poderia aqui ser apresentado pelo instituto dos *assentos*. Estes, numa primeira aproximação, poderão ser definidos como actos normativos não legislativos, emitidos por um tribunal superior, de interpretação e integração de leis. Trata-se de normas que, ao resolver um conflito de jurisprudência, fixam doutrina com força obrigatória geral, vinculando todas as entidades públicas e privadas. Seriam uma verdadeira fonte mediata de direito que ganharia corpo através da regra do “precedente vinculante”, através do qual um órgão jurisdicional superior (o Supremo

termos transgeracionais, a vinculação a decisões anteriores cristalizadas colidiria com a ideia de que cada geração tem o direito a ser governada por si mesma (*living Constitution*) e levantaria delicados problemas de fundamentação democrática¹⁵¹.

De resto, e no que a este último ponto diz respeito, a referência ao precedente enquanto suposto núcleo de produção normativa – ou melhor, a referência à função jurisdicional que lhe subjaz – deve ser adequadamente enquadrada e linguisticamente clarificada. Na verdade, a insinuação genérica do precedente pode trazer implícita a referência a duas distintas realidades cujo não conhecimento dos contornos pode levar a consideráveis equívocos¹⁵²: por um lado, o problema *horizontal*, respeitante ao verdadeiro e autêntico precedente, de saber se um tribunal deve seguir a sua própria jurisprudência num caso análogo (princípio *stare decisis*); por outro lado, o problema *vertical* de saber se os tribunais inferiores devem seguir a

Tribunal de Justiça) abstrai-se do caso *ius iudice* e enuncia preceitos gerais e abstractos que se impõem em termos de aplicação futura. Efectivamente, e como diz o Tribunal Constitucional (acórdão n.º 48/84, in DR, II série, 7 de Julho de 1984): "Originados numa decisão jurisprudencial que deles constitui pressuposto jurídico, os assentos normativamente objectivam, para além dessa decisão, uma prescrição que fica a valer geral e abstractamente para o futuro, sendo assim equiparados a fontes de direito". Em rigor, e em termos classificatórios, os assentos poderão revestir duas espécies: podemos estar perante assentos interpretativos, em que se visa fixar uma de várias interpretações possíveis de uma lei ou então perante assentos integrativos, em que o objectivo é preencher uma lacuna do sistema e criar a norma correspondente para depois fazer aplicação dela ao caso concreto, devendo notar-se que o assento não é o próprio acórdão do Tribunal superior (como se disse em regra o STJ), mas antes o conteúdo destes, isto é, "as proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente, desse acórdão". Por outro lado, e no que se refere aos assentos interpretativos, a norma visada sofre, por sua influência uma profunda remodelação e recomposição. É uma nova norma – recomposta – que passa a existir no ordenamento jurídico. Ora bem, os problemas surgiram quando se colocava em confronto a norma que atribuía aos assentos força obrigatória geral (o art.º 2.º do Código Civil) com a norma constitucional que prescrevia que "nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos" (art.º 115.º, n.º 5, actual art.º 112.º, n.º 6). Não se trata, como está bom de ver, de averiguar a desconformidade do instituto dos *assentos* com a CRP, mas sim de averiguar essa desconformidade em referência à norma que lhes atribui força obrigatória geral. A resposta, parece-nos, não poderá deixar de ser no sentido da inconstitucionalidade, não obstante a redacção da própria CRP, em outra sede, poder levar a equívocos ao afirmar a existência de decisões de Tribunais "a que a lei confere força obrigatória geral" [cfr. art.º 122.º, alínea g)]. Contudo, e como se refere no acórdão n.º 65/99, tal não significa que a 'inconstitucionalidade' do instituto dos assentos determine a impossibilidade de o STJ, na dirimição dos litígios submetidos à sua apreciação, aderir e aplicar soluções interpretativas que, ao longo dos anos, tinham sido consagradas em assento. Simplesmente, "os assentos passaram a valer como factores de uniformização jurisprudencial", um precedente judicial qualificado com uma especial força persuasiva, pelo que o STJ pode continuar a seguir as suas orientações. V., ainda, MÜLLER, Friedrich, "Richterrecht...", cit., 99

151 Acerca deste argumento, em abstracto, v. EKINS, Richard, "Judicial supremacy...", cit., 144.

152 A respeito, v. CHAMBERLAIN, "The doctrine of stare decisis as applied to decisions of constitutional questions", in HarvLRev., 125, 1889, 130 e ss.

jurisprudência dos tribunais superiores. Em rigor, nesta situação acabada de referir, não é o precedente que está em causa, mas antes a regra administrativa de bom funcionamento da justiça, e a sua “função pacificadora”, por via dos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica¹⁵³.

2.5. Conclusão: segurança jurídica, legalismo e carácter linguístico da análise dos conceitos jurídicos

Pois bem, dissemos nas linhas anteriores que o Direito deve ser perspectivado como um conjunto de esquemas de linguagem, encerrando propriedades eminentemente descritivas, e que o ramo do conhecimento que se debruça sobre o seu estudo – a ciência jurídica – apresenta como marca individualizadora a neutralidade, no sentido em que se afirma que o Direito se debruça sobre normas, independentemente do seu conteúdo (*positivismo*).

Contudo, não se pode deixar de reconhecer que a afirmação de que a ciência do Direito se debruça sobre normas formalmente jurídicas ainda deixa pairar algumas incertezas acerca do que seja verdadeiramente tal ciência e de qual o seu real objecto. Designadamente, poder-se-á perguntar: que normas jurídicas são essas? Serão as normas que foram criadas por um determinado órgão e de acordo com um determinado procedimento? Ou, diferentemente, as normas que, independentemente do órgão de onde promanam, sejam aplicadas pelos diversos actores jurídicos (v.g., órgãos administrativos e órgãos jurisdicionais)? No primeiro caso, estaremos perante uma posição positivista de base normativista, na medida em que o acento tónico da individualização dos fenómenos jurídicos será posto na vertente da produção normativa (AUSTIN, KELSEN, BOBBIO, HART) podendo-se dizer então que nem toda a ordem é Direito, senão aquela que emana de uma instância politicamente superior¹⁵⁴; no segundo caso, estaremos perante uma posição positivista de base sociológica, na medida em que o acento tónico da individualização dos fenómenos jurídicos será posto na vertente da aplicação normativa, designadamente na eficácia das normas (MAX WEBER, GEIGER, BIERLING, LUHMANN, ROSS) e o Direito seria

153 Acerca das exigências constitucionais ao juiz (v.g., legitimidade material, objectividade, racionalidade, estabilidade, continuidade e publicidade), SCHNEIDER, Hans Peter, “*Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*”, cit., 37 e ss.

154 Assim, AUSTIN, John, “*Lectures on jurisprudence (or the philosophy of positive law)*”, I (lecture I), John Murray, London, 1885, 86. V., ainda, DABIN, Jean, “*La philosophie de l’ordre juridique positif*”, cit., 34 e ss.

um “aparato sancionador manejado monopolisticamente”¹⁵⁵ ou uma “expectativa normativa de comportamento”.

Pela nossa parte, optamos pela primeira das soluções.

O ordenamento jurídico — cuja noção, em termos analíticos, teremos ocasião de considerar na divisão seguinte da presente investigação —, será composto, entendemos, pelas normas criadas de acordo com pressupostos determinados, independentemente de se saber se o seu conteúdo é valorado positiva ou negativamente e se tais normas são efectivamente aplicadas. Interessará é que a norma tenha sido criada pela entidade competente e de acordo com o procedimento adequado. Se tal acontecer, estaremos perante uma norma válida¹⁵⁶. Importa observar que, em abstracto, tal entidade competente — a *Lawgiving Authority*, para recorrer à expressão de OLIVECRONA¹⁵⁷ — tanto poderá ser um indivíduo ou um grupo de indivíduos que, num certo momento, titulam o poder (v.g., “chefe supremo”, grupo revolucionário”, “presidente interino”, “governo de facto”), como um Estado, como o povo na sua generalidade, o que significa que, em termos de linguagem normativista, a norma tanto é válida se for emanada por um *regime* absolutista, como no quadro de um positivismo estadualista ou no seio de uma democracia pluralista¹⁵⁸. Importa é reter a ideia e que estamos a falar de *norma válida* e não de *norma justa* e, como há pouco referimos, esta última deverá ser sempre enformada — embora o não seja necessariamente — por convenientes componentes de correcção material.

Uma das mais importantes consequências da assunção desta atitude positivista-normativista reside na circunstância de que a prevalência da análise e estudo do Direito deve ser dada às normas e à sua conformidade com outras normas e não à sua conformidade com outros parâmetros aferidores, designadamente valores. Isto porque uma perspectiva adequada da construção de um ordenamento jurídico deverá passar, no nosso entender, pela primazia que, no desenhar das várias soluções, os actores e operadores do direito devem dar ao valor *segurança jurídica* e tal será melhor conseguido pela assunção de uma postura “legalista” — e estamos a utilizar a dicotomia

155 Neste sentido, GEIGER, Theodor, *Vorstudien zu einer Sociologie des Rechts*, 4.^a edição, 1987, Berlin, apud ALEX, Robert, “*Begriff und Geltung ...*”, cit., 33.

156 Cfr. BULYGIN, Eugenio, “*Das problem der Geltung bei Kelsen*”, cit., 83.

157 V. OLIVECRONA, Karl, “*Law as fact*”, cit., 67.

158 Assim, OLIVECRONA, Karl, “*Law as fact*”, cit., 67 e ss.

proposta por ALEX¹⁵⁹ – em detrimento de uma postura “constitucional / valorativa”, pois apenas aquela conseguirá com seriedade e rigor combater alguns excessos defeituosos que o fenómeno da *inflação legislativa* traz em matéria de criação e aplicação normativas.

Este problema não poderá ser captado em toda a sua extensão se não se tiver presente a clara distinção que, no quadro da natureza das normas jurídicas, deve ser efectuada entre princípios e regras e, dentro de cada uma destas categorias tipológicas, entre as respectivas sub-espécies¹⁶⁰. Neste particular, pode-se afirmar que não será seguramente indiferente a opção – se de opção se pode falar... – que na construção de um ordenamento jurídico se venha a tomar, pois um ordenamento será tanto mais fluído (ou, de acordo com outra perspectiva, incerto) quanto mais para um dos lados da escolha se pender. Por conseguinte, na esteira de Kelsen ou de Hart (ou até mesmo de Kant) entendemos que a prevalência deve ser dada às regras, o que, em larga medida e como vimos, importará a consequência da consideração do Direito como encerrando propriedades eminentemente descritivas¹⁶¹.

É certo – e não poderemos deixar de o observar – que tal postura torna-se o alvo preferencial dos sectores críticos que chamam a atenção para o facto de que não existe uma “legislação óptima”, capaz de resolver de forma eficaz (e justa?) todos os problemas. Poder-se-á dizer também que deixa em aberto um dos mais prementes problemas com que se deparam os actores do Direito – o das lacunas. Contudo, nem um nem outro dos argumentos nos parecem absolutamente convincentes.

Como dissemos, a segurança jurídica deve ser encarada como a pedra basilar da construção de todo o edifício jurídico¹⁶². Ora, tal segurança

159 Cfr. ALEX¹⁵⁹, Robert, “*Begriff und Geltung des Rechts*”, Albert StudienAusgabe, Vlg. Karl Alber, Freiburg / München, 2002, 18 e ss.

160 Cfr. infra, pp. 141 e ss., e GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, 1159 e ss.; PENSKI, Ulrich, “*Rechtsgundsätze und Rechtsregeln – Ihre Unterscheidung uns das Problem der Positivität des Rechts*”, in JZ, 1989, 3, 105 e ss.

161 Tal não poderá significar o afastamento da consideração de que o ordenamento jurídico é “composto” por uma dimensão estática – revelada nos conjuntos de normas (princípios e regras) que o compõem – e por uma fase dinâmica – que ganha corpo através da existência de modos jurídicos de actuação ou procedimentos (institucionalizados, como o procedimento de criação normativa e o processo judicial, ou não institucionalizados, como o procedimento de discurso prático geral ou procedimento de argumentação ou discurso jurídicos).

162 Ainda assim, não podemos deixar de concordar com CASTANHEIRA NEVES (v. “O papel do jurista no nosso tempo”, cit., 45) quando afirma que “não é em função da segurança que se afere do direito, e sim em função do direito o valor da segurança”. Simplesmente, esta afirmação encontra-se envolta

difficilmente seria atingida se o ordenamento fosse preenchido maioritariamente por normas não escritas, de natureza volátil e de contornos gaseificados, porventura dificilmente apreensíveis por todos que necessitassem de delas fazer uso. Além disso, e no que diz respeito ao problema de não existir a referida “legislação óptima”, sempre se poderá dizer que também não existirão os princípios ou os valores óptimos, que possam dar uma cobertura inequívoca e absolutamente justa a todas as situações da vida que suscitem a resolução de questões jurídicas. De resto, não podemos deixar de nos seduzir pela argumentação de VON WRIGHT quando este afirma que a “ontologia valorativa” é um dos domínios onde a linguagem ordinária mais nos trai¹⁶³: confunde-se muitas vezes o adjectivo – bom, belo, justo – com o substantivo – bondade, beleza, justiça – usando-se estas formas substantivizadas para expressar valores, como se estes tivessem existência física e real. Os valores não têm existência – são “ficções linguísticas” (*linguistic fictions*)¹⁶⁴ e existem muitas realidades às quais chamamos valores e seria de evitar tal terminologia: democracia, liberdade de expressão, igualdade de oportunidades, etc.¹⁶⁵. Em rigor, não se trata de valores (*values*) mas objectos de valoração (*things valued*).

Quanto aos problemas das lacunas, ele parece-nos ser um falso problema. HART, por exemplo, adopta uma postura legalista e não se deixa intimidar com o espectro da ausência de regulamentação, até porque, como o próprio muito bem diz, tal ausência pode muito bem ser propositada, em face da necessidade de “deixar em aberto (...) questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso em concreto”¹⁶⁶. Esta “textura aberta” do Direito, longe de contribuir para a incerteza e de constituir um “defeito” dos ordenamentos actuais, assume-se como uma forma hábil de os vários aplicadores poderem, em face da diversidade fáctica que a vida proporciona, moldar as soluções legais existentes às preocupações de justiça que, afinal, os próprios defensores das teses valorativas acusam os adversários ideológicos de não prosseguir.

num tipo de discurso que, na sua fundamentação – mas possivelmente não nas suas conclusões –, contraria o exposto no texto.

163 Neste sentido, VON WRIGHT, Georg, “*Valuations...*”, cit., 347.

164 Assim, VON WRIGHT, Georg, “*Valuations...*”, cit., 357.

165 V. VON WRIGHT, Georg, “*Valuations...*”, cit., 348.

166 V. HART, Herbert “O conceito de direito”, cit, 137 e ss.; LODDER, Arno, “*Dialaw (On legal justification and dialogical models of argumentation)*”, Kluwer academic pub., Dordrecht, 1999, 19-20.

Em resumo, e em resultado do exposto, não refutamos uma tentativa de abraçar as teses que colocam em evidência o carácter linguístico da análise dos conceitos jurídicos.

Uma tal visão *analítica* do Direito, manifestando aversão à equivocidade e às considerações de índole metafísica que muitas vezes contaminam os pensamentos jurídicos, demonstram uma clara preferência pelo rigor, pela clareza, pela assunção de definições contextuais que em muito contribuem para a criação adequada e para a segurança aplicativa das normas. Assume-se uma teoria descritiva do fenómeno jurídico, assente numa postura meramente cognoscitiva e consubstanciada numa abordagem científica, que terá por objecto de estudo o discurso legislativo e / ou jurisprudencial, em contraposição a uma abordagem metafísica (ideologia jurídica), que passe por uma avaliação valorativa do Direito, mais própria de uma filosofia jurídica *stricto sensu*¹⁶⁷.

Desta forma, o Direito é essencialmente linguagem, um conjunto de actos linguísticos expressos por determinados actores (institucionais: v.g., legisladores, juizes) que vão ser interpretados por vários operadores (juristas e não juristas)¹⁶⁸.

167 Acerca da distinção entre *teoria* e *ideologia*, v. BOBBIO, "Il positivismo giuridico", cit., 233 e ss.

168 Recorde-se o que dissemos *supra* (página 38) acerca do problema das relações entre a linguagem e a realidade. Defendemos então uma concepção convencionalista (SANTIAGO NIÑO), reveladora da ideia de que as coisas não possuem propriedades essenciais, pelo que os significados conceptuais não são absolutos.

Divisão II

Conceitos operativos

§ único: sequência

Após termos procurado delimitar de uma forma minimamente rigorosa a moldura de pensamento dentro da qual pretendemos situar a presente investigação, somos agora direccionados no sentido de uma nova tarefa analítica: a de, como se de traves mestras se tratasse, tentar assentar, a partir dos pressupostos expostos, o instrumentário de trabalho e o arsenal terminológico com o qual teremos necessidade de lidar. Procuraremos, neste passo, fixar determinados conceitos operativos, entendidos estes como aqueles conceitos que desempenharão um papel cirúrgico no desenrolar do discurso e que, por uma razão ou por outra, se virão a revelar importantes para assentar conclusões futuras. Trata-se, como termos ocasião de constatar, de realidades jurídicas cuja orla está envolta numa certa névoa e que, por tal motivo, se afigura indispensável depurá-los e refinar os respectivos contornos, de modo a sabermos com clareza – ou com a clareza possível – do que estamos a falar.

Na verdade, assumindo que o Direito se configura, acima de tudo, como um esquema de linguagem e tem na sua génese propósitos comunicacionais, não parecerá estranho o cuidado que se deve ter com a criação e elaboração de conceitos jurídicos. Apenas quando estes sejam modelados de uma tal forma que permita a sua clara captação e os esvazie, tanto quanto possível, de ambiguidades e dúvidas, será possível a sua utilização em bases sólidas e a sua integração num edifício teórico confiável. Neste contexto, já salientamos por mais de uma vez a importância, não apenas da análise linguística dos conceitos (jurídicos) – potenciada pela necessidade de encontrar consensos comunicativos, num sistema de referências mais ou menos globais –, mas também da ideia de que o convencimento de um auditório e a *discursividade* de um enunciado jurídico depende menos da sua intrínseca bondade e mais da articulação dos respectivos elementos constitutivos.

Tendo em consideração tais coordenadas – e acrescentando a ideia nuclear de que uma teoria rejeita-se apenas pela demonstração da sua inconsistência –, procuraremos, em relação a cada um dos conceitos que elegemos, fixar as condições debaixo das quais a sua bondade e validade assentam, o que passa, em nosso entender, por encontrar definições “duplamente analíticas”, no sentido em que, a um tempo, elas deverão ser (i) formalmente correctas e (ii) materialmente adequadas.

Acontece que os conceitos jurídicos que constituem o objecto da análise, ao contrário do que se possa intuir, não são apenas aqueles utilizados pelos criadores e aplicadores de normas jurídicas, mas também (e muitas vezes principalmente) os que possam ser utilizados nos textos doutrinários ou até na linguagem comum¹⁶⁹. Por isso, os conceitos jurídicos não se configuram apenas como conceitos técnicos mas igualmente como conceitos de fala, cuja integração num discurso se revela indispensável.

Um desses conceitos é o de *fonte de Direito*¹⁷⁰. Este assume uma importância incontornável na tarefa de procurar estabelecer uma teoria adequada do ordenamento jurídico, porque é através dele que se afere do nexo de pertença de uma norma ao agregado no qual se insere. Uma norma *existe* — ou, para alguns como BOBBIO ou KELSEN, *é válida*¹⁷¹ — se produzida por uma fonte autorizada. Não quer isto dizer, note-se, que o estudo do ordenamento jurídico ou das relações normativas que o integram seja feito, ou deva ser feito, a partir das fontes. Não, tal estudo deverá ter como ponto de referência as normas, até porque, em face do policentrismo normativo que caracteriza os ordenamentos actuais, se pode dar a circunstância de o mesmo núcleo de produção (a mesma fonte) emanar diferentes tipos de normas. Contudo, e ainda assim, não se poderá escamotear o facto de que a norma só existe validamente se a respectiva fonte produtora for apta a produzir, o que levará a indagar acerca do seu conceito, da sua natureza e da sua disciplina jurídica — a normação sobre a normação ou a “normação ao quadrado”, para adaptar a expressão de BOBBIO (*regolamentazione al quadrato*)¹⁷², reclamante de um pensado enquadramento constitucional¹⁷³ —, pelo que, na árdua tarefa de aqui encontrar a “rocha dura”, iremos por aqui começar a desbastar terreno.

169 V. VILLA, Vittorio, “*Interpretazione giuridica e teorie del significato*”, cit., 834.

170 V. CASTANHEIRA NEVES, A., “Curso de introdução ao estudo do direito – Fontes do Direito”, Coimbra, 1976, 3; ROSS, ALF, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 290 e ss; DAHM, Georg, “*Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*”, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Köln, 1951, 46 e ss.

171 Cfr. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 164. V., ainda, PATTARO, Enrico, “*Per una critica della dottrina pura*”, in “*Contributi al Realismo giuridico*” (org. PATTARO, Enrico), *Seminario Giuridico della Università di Bologna*, Miscellanea 1, Giuffrè, Milano, 1982, XXXII).

172 Cfr. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 164.

173 No sentido da consideração do problema das fontes de Direito como um problema eminentemente constitucional, cfr. HÄBERLE, Peter, “*Rechtsquellenprobleme im Spiegel neuerer Verfassungen – ein Textstufenvergleich*”, in *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, Nomos Vlg, Baden-Baden, 1996, 497 e ss.

Por outro lado, e tendo presente que os passos posteriores serão determinados pelas conclusões que entretanto forem sendo atingidas, podemos desde já adiantar que dois outros conceitos intimamente ligados ao de fonte deverão igualmente ser dissecados: o de acto normativo e o de norma jurídica.

Do mesmo modo, devemos fazer referência àquele que, para nós é um dos conceitos centrais de toda a construção: o conceito de competência das competências. Trata-se, como teremos ocasião de constatar, de uma realidade jurídica que assume uma importância inafastável pelo menos em dois contextos: em primeiro lugar, quando procuramos enquadrar a realidade sistemático-ordenamental e assumimos que um ordenamento jurídico, em princípio, deve ser autónomo; em segundo lugar, quando procuramos estabelecer um quadro normativo coerente em sede de relações entre vários ordenamentos e, em particular no que ao ordenamento português respeita, quando procurarmos articular o ordenamento interno e o ordenamento europeu (comunitário). Por estes motivos, e pelo facto de ser um conceito muito pouco trabalhado no âmbito da doutrina jurídica portuguesa, procuraremos dedicar-lhe uma atenção que, à primeira vista, pareceria desmesurada. Abriremos mesmo uma excepção em termos de método de análise: faremos uma incursão histórica – algo que não fazemos em relação a outros conceitos – na tentativa de obter a melhor moldura de compreensão possível.

Finalmente, a nossa incisão analítica procurará dissecar o conceito de ordenamento jurídico. Neste passo, mais do que estabelecer o “estado da situação” quanto ao estudo da realidade ordenamental – o que passa, designadamente, por colocar em confronto os principais enfoques teóricos que sobre o assunto podem ser convocados –, procurar-se-à encontrar uma noção valiosa de ordenamento jurídico, de modo a utilizá-la na parte seguinte deste trabalho e enquadrar os diversos tipos de relações normativas que compõem o ordenamento português em particular.

Tendo presente este plano, debrucemo-nos, então, e em primeiro lugar, sobre o conceito de fonte de Direito.

1. Primeiro conceito: fonte de direito

1.1. A pluralidade linguística do termo “fonte”

A simples referência à expressão “fontes de Direito” levanta, desde logo, dificuldades ao nível do objecto do discurso, em virtude da plurisignificatividade que lhe está inerente¹⁷⁴. Como acertadamente alerta ALF ROSS¹⁷⁵, o significado de tal expressão não se retira do enunciado linguístico “fonte”, sendo o recurso à linguagem ordinária uma absoluta perda de tempo. De facto, sem mais precisões, “fonte” de Direito tanto poderá ser a lei — na medida em que será criadora de direitos e vinculações para os seus destinatários — como o parlamento — pois este será um órgão de onde promana Direito — como até a (ir)relevância social de determinada conduta — pois este será o motivo determinante da emanação de uma norma jurídica. Até mesmo metaforicamente, numa abordagem que será de afastar, a definição do que se deva entender por fonte não é unívoca, pois se por um lado se pode entender que uma fonte é um local de nascença, o princípio ou o começo de algo, num outro sentido uma fonte poderá ser perspectivada como uma revelação, uma forma de passagem do invisível ao visível, um modo de conhecimento. E a opção por um sentido ou por outro não será indiferente, pois, a título exemplificativo, basta ter presente que a assunção desta última visão pressupõe a preexistência do Direito ao acto revelador.

Em frente a um terreno tão movediço e não podendo contornar as dificuldades levantadas pela existência de tantos equívocos — em termos de a utilização do termo “fonte”, sem a distinção do sentido usado, ser tecnicamente impraticável —, a busca do jurista não pode ser outra coisa senão um trabalho minucioso e cirúrgico de esquatejamento da realidade observável em tantas partes quantas a lógica o permita. Decisivo neste particular, ou pelo menos útil, poderá ser uma abordagem retrospectiva, reveladora dos vários significados que a expressão tem adquirido, e conducente ao estabelecimento de uma unidade de linguagem que permita uma abordagem cientificamente adequada.

174 Cfr., por exemplo, PATTARO, Enrico, *Filosofia del Diritto*, cit., 169 e ss.

175 V. ROSS, Alf, *Theorie der Rechtsquellen...*, cit., 290-291.

Tal abordagem retrospectiva revela que, sob a capa da expressão “fontes de direito”, vários têm sido os problemas focados. De entre eles, pode-se salientar¹⁷⁶:

- (i) um problema histórico-sociológico de busca de razões fácticas de existência de um determinado conjunto de normas jurídicas a que se possa convencionalmente chamar “ordenamento”, “ordem” ou “sistema” jurídico; será a resposta à pergunta “o que levou à constituição e existência do ordenamento jurídico X?” e a resposta não poderá deixar de passar pela consideração de factores de ordem social, económica, política, moral, etc.;
- (ii) um problema ético-axiológico-filosófico da fundamentação ideológica de um acervo de normas jurídicas; aqui a pergunta a fazer terá de ser outra: “em que se baseia ideologicamente o ordenamento jurídico X?”, e a resposta considerará a vontade de Deus, a Razão, um vínculo contratual hipotético, um vínculo de reconhecimento, etc.;
- (iii) um problema jurídico de identificação daquilo que num ordenamento dado pode criar Direito ou pode ser reconhecido como Direito, falando-se, a este propósito, em “fontes de reconhecimento”. Aqui, já se indagará: “de onde provém esta regra?” ou “será este comportamento obrigatório?”

Desta tricotomia e da análise de cada uma das visões referidas poderão resultar vários sentidos para o vocábulo “fonte”, nomeadamente um sentido sociológico, um sentido axiológico e um sentido jurídico.

Debrucemo-nos com a precisão necessária sobre cada uma destas abordagens.

a) Sentido sociológico

Dissemos acima que uma primeira abordagem do conceito de fonte de Direito remetia para a procura das razões de facto que subjazem a uma concreta determinação normativa. Trata-se de tentar encontrar, mais do que uma fonte formal, uma fonte *material* do Direito – uma fonte mediata¹⁷⁷ –, sustentando tal busca num raciocínio de causalidade que faça a ligação entre certas influências causais e certa norma jurídica. Deste modo, não interessarão tanto as razões que explicam a existência de uma norma

176 V., a propósito, ROSS, ALF, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 290 e ss.

177 Cfr. CRISAFULLI, Vezio, “*Fonti del Diritto (diritto costituzionale)*”, in EDD, XVII, Giuffrè, Milano, 925, nota (1). V., ainda, SERRANO, José Luis, “*De las fuentes del sistema al sistema de fuentes*”, in RFDGran, 6, 2003, 184.

(o que se consubstanciaria na existência de uma *regra de reconhecimento*), mas mais as condicionantes de facto que a fizeram surgir.

Num outro sentido, de resto, a sociologia dificilmente aceitaria uma noção de “fonte” de Direito. E mesmo esta expressão não se lhe apresenta de forma totalmente inequívoca, pois não se poderá deixar de reconhecer que, sob tal ponto de vista, é extremamente difícil apontar os acontecimentos ou pedaços de vida que, em termos causais, levaram ao surgimento das normas¹⁷⁸. Enfim, nesta abordagem, que poderá ser designada de empírica ou sociológica, pode-se entender por “fonte de Direito” todo o acontecimento da vida social (desde as “cosmovisões dominantes” a uma situação ou circunstância de facto) que origina e justifica o aparecimento de uma determinada norma jurídica.

Para um sociólogo, parece evidente que o Direito não tem a sua origem na pena do legislador. Este apenas reconhece, mas nunca cria o Direito, cabendo-lhe um papel meramente verificativo. A sua função é tão somente a de “dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo”¹⁷⁹ constituindo a consagração textual (positivação) um “filtro processual” por onde todas as ideias jurídicas devem passar para se tornarem vinculativas¹⁸⁰. Fácil se torna compreender, a esta luz, uma das mais importantes derivações a que a que as escolas sociológicas conduziram: o realismo jurídico. Este é um modo de pensar o Direito e os fenómenos jurídicos mediante a assunção de que o tão falado critério da positividade – aquilo que “levou” à consagração explícita – não é a decisão legislativa em si mesma (que constituiria uma mera “lembrança de um acto legislativo histórico”), mas a sua quotidiana, repetida e constante experimentação, a sua vigência (*law in action*)¹⁸¹. O Direito não só é estatuído através das decisões como *vige* (vigora) através dessas decisões.

178 V. LUHMANN, Niklas, “*Rechtssoziologie II*” (trad. Brasileira: “Sociologia do Direito II”, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1985), 7.

179 V. LUHMANN, Niklas, “Sociologia do Direito ...”, cit., 8.

180 Daí que seja de extrema importância a distinção que tais cultores fazem entre, por um lado, normas de decisão (que são as normas aplicadas pelos agentes administrativos e pelos tribunais) e regras de conduta (a “ordem efectiva”, ou seja, as normas que demonstram como, em sociedade, os homens realmente se comportam) e, por outro lado, entre validade normativa e validade fáctica, esta última enquanto sinónimo de “ordenação da vida”. Cfr., a propósito, LARENZ “Metodologia da ciência do Direito”, cit., 77.

181 V. LUHMANN, Niklas, “Sociologia do Direito...”, cit., 9.

Também se poderá incluir neste conjunto de orientações a visão do Direito que ficou conhecida como “jurisprudência dos interesses”. Este é um enfoque que considera o fenómeno jurídico como um mecanismo de tutela de interesses e é tributária da ideia de que os preceitos normativos não têm apenas por objectivo delimitar e reger de uma forma supra-individual certos interesses ou pretensões, mas são eles próprios produtos de interesses, de ordem económica, política, social, etc. Num quadro assim desenhado, o criador das normas (legislador) é substituído pelas forças sociais¹⁸² e os seus aplicadores, principalmente os juízes / tribunais, não se limitam a uma mecânica subsunção lógico-formal mas estão antes vinculados a uma ponderação (de certa forma, livre pelo que a vinculação referida será sempre relativa) da situação de facto e avaliação dos interesses em jogo.

Ainda caberá aqui a referência a certos sectores que acentuaram a vertente institucional dos fenómenos jurídicos, colocando em evidência, no complexo e contínuo acto criador de Direito, a “força propulsora das organizações”. O Direito encontra aqui a sua razão de ser se for encarado como um conceito de base social, num duplo sentido de que não pertence à esfera individual de cada um (*ubi ius ibi societas*) e no de que não há sociedades em que o fenómeno jurídico não se manifeste (*ubi societas ibi ius*), procurando-se simultaneamente apontar a caracterização da realidade jurídica como manifestação de uma “ideia social objectiva” de natureza trans-pessoal e durável, que ganha corpo através da *instituição*¹⁸³. Em consequência, o Direito não reside nas normas jurídicas mas nas instituições jurídicas.

A partir de tudo quanto foi dito, constata-se que uma visão sociológica das fontes de Direito constitui o *caldo de cultura* ideal para considerar o pluralismo jurídico e a descentralização dos núcleos de produção jurídica, acentuando-se que, contra a teoria normativista do Direito, autores como HABERMAS demonstram o carácter aberto dos sistemas normativos, em constante comunicação com os ambientes que os rodeiam¹⁸⁴. Assumindo-se a desconsideração da positividade e, consequentemente da estadualidade, está aberto o caminho para a disseminação normativa e para a aceitação de núcleos infra-, para- e supra-estaduais de produção de normas jurídicas. Por isso se pode defender, até certo ponto, a globalização inerente a uma

182 V. LARENZ, Karl, “Metodologia da ciência do Direito”, cit., 59.

183 V. ROMANO, SANTI, “*L’Ordinamento Giuridico (Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto)*”, tipografia editrice Cav. Mariotti, Pisa, 1917.

184 Cfr. VLACHOS, Georges, “*«La tentative de reconstruction...»*”, cit., 152.

visão “pós-industrial” ou “pós-moderna” do Direito¹⁸⁵ a partir de premissas estritamente fácticas, empíricas e sociológicas¹⁸⁶.

Por outro lado, e em termos, digamos, epistemológicos, procura-se acentuar e defender o facto de que a verdadeira ciência do Direito é a sociologia do Direito, que investiga os factos sociais subjacentes ao jurídico – por isso se afirma como uma “pura ciência dos factos” –, mesmo que não se preocupasse muito com a componente da sua aplicação prática (o que, como vimos, não é unívoco nestas correntes), que seria objecto da jurisprudência prática (que, de acordo com EHRlich seria a “arte” de fazer com o Direito sirva para as particulares necessidades da vida jurídica¹⁸⁷).

Já em termos metodológicos, preconiza-se o “método indutivo”, o que significa que deve ser através da observação dos factos e do conjunto de experiências que se vai conseguir chegar à essência do Direito. Tal pressupõe a existência de repetições comportamentais e de esquemas de normalidade que, por si mesmos, se normativizaram, em face da recorrência da sua verificação.

185 Apesar de a categorização da ideia de “sociedade pós-industrial” ter vindo a ser sido atribuída a DANIEL BELL (cfr. “*The coming of post-industrial society*”, New York, 1973), TURNER, Bryan, admite que a contribuição daquele autor para o debate acerca da pós-modernidade tem sido negligenciada (neste sentido, “*Periodization and politics in the postmodern*” in *Theories of modernity and postmodernity*, Sage Publications, London, 1990, 2).

186 Esta ideia de *globalização*, é enformada por duas coordenadas essenciais, a saber: (i) o império da lógica de mercado e (ii) a hipervalorização da sociedade civil (cfr., neste ponto André - Jean ARNAUD, “*Entre modernité et mondialisation: cinq leçons d’histoire de la philosophie du droit et de l’état*”, LGDJ, col. *Droit et société*, 1998, 31). Com tais postulados, rompe-se com um sistema de construções da convivência social emanadas das estruturas existentes fora dessa mesma sociedade - o referencial paradigmático dessa experiência construtivista será a figura do Estado. As “racionalidades” por este inventadas constituíram, e ainda constituem em muitos casos, caminhos que as estruturas sociais devem calcorrear. Neste quadro, a sociedade civil aparece numa posição de clara subordinação face à generalização imposta pelo Estado, atrofiando-se de forma patente a individualidade e o particularismo. Porém, e de acordo com ideais pós- modernos, a evolução recente tem demonstrado o contrário - a elevação da sociedade civil e a erupção das identidades julgadas perdidas ou esquecidas ou desvalorizadas. A globalização, vista deste prisma, não deixa de se apresentar algo contraditória: por um lado, valoriza-se a mundialização imposta pela abertura dos mercados no plano económico, mas, por outro, ressuscita-se o *local*, com a reafirmação do poder da sociedade civil. Em termos relacionais, globalização e pós-modernidade apresentam ligações que até podem ser dimensionadas de acordo com uma relação dialética causa-efeito: em primeiro lugar, poder-se-à dizer que a globalização – enquanto movimento e fenómeno de cosmopolitização – constitui uma das molas impulsoras, senão a principal, da pós modernidade (v. ARNAUD, André-Jean, “*Entre modernité et mondialisation...*”, cit.); em segundo lugar, essa globalização, em vários sectores do conhecimento, pode ser apresentada como uma das consequências ou manifestações desta. Cfr., ainda, LYOTARD, Jean-Francois, “*La condition Postmoderne*” (trad. Portuguesa: “*A condição pós-moderna*”, Gradiva, Lisboa), 1989.

187 V. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, apud LARENZ “Metodologia da ciência do Direito”, cit., 74 e ss.

b) *Sentido axiológico*

O segundo enfoque do termo “fontes” remete para o problema exclusivamente filosófico da fundamentação ética do Direito¹⁸⁸. Não é, de forma alguma, um problema que se deixe captar de uma maneira puramente empírica, mas apenas através de uma indagação complexa, que remeta para o difícil domínio da consciência colectiva de um substracto societário.

De uma maneira geral, aceita-se que o Direito se encontra eticamente fundamentado quando se revê — no que às suas concepções dominantes concerne — num conjunto de referências supra-sensíveis, que por via disso, lhe servem de substracto ideológico. É usual, nestes domínios, a referência a um “critério absoluto do justo”, “natureza das coisas”¹⁸⁹ ou a um *direito natural*, pré-positivo e supra-positivo, que demarca (ou melhor, deve demarcar) os contornos de todas as soluções jurídicas, quer em termos de criação normativa, quer em termos de aplicação normativa. Se tal *Direito natural* é constituído por valores, ideias, dados, referências ou pela simbiose de alguns ou de todos estes elementos é questão que não se afigura neste momento relevante, embora seja indiscutível que não terá carácter meta-jurídico. Decisivo é salientar que é o conteúdo de tal axiologia que, numa perspectiva filosófica, constitui a “fonte” do Direito, num duplo sentido:

- (i) em primeiro lugar, serve de origem e fundamento unificador de todas as soluções de Direito positivo, uma certa espécie de “norma de reconhecimento”¹⁹⁰, em termos de se afirmar como um verdadeiro facto constitutivo, visto este ali buscar toda a sua inspiração;
- (ii) em segundo lugar serve de parâmetro aferidor da validade desse mesmo Direito positivo, constituindo a baliza dentro da qual ele se pode mover, indicando um *dever-ser ideal* (isto é, uma concepção do Direito natural como princípio deontológico).

A partir deste segundo sentido, que traz consigo a consideração do Direito natural como parâmetro ou bloco de validade e que opõe as noções

188 Neste sentido, DEL VECCHIO, Giorgio, “Lições de filosofia do Direito”, cit., 403 e ss., para quem a “fonte de direito *in genere* é a natureza humana, ou seja, o espírito que reluz na consciência individual (...). Desta fonte se deduzem os princípios imutáveis da justiça ou do direito natural”.

189 Quanto a uma suposta distinção entre a “natureza das coisas” e o Direito natural, v. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 179 e ss.

190 Num sentido naturalmente diferente do sentido Hartiano do termo. Cfr., a propósito, HART, Herbert L., “O conceito de direito”, cit., 104 e ss.

de “justo-natural” e “justo-legal”¹⁹¹, é corrente a referência à *legitimidade* das normas jurídicas. A norma, ou o conjunto de normas, que não se reveja em tal parâmetro é encarada como uma norma “fora do sistema”, e com a qual o comum dos destinatários (“o homem médio”) não se identifica, sendo portanto uma norma ilegítima. A consideração extrema deste carácter paramétrico do Direito natural – exigindo a validação de todo o Direito positivo com aquele – conduz alguns sectores jurídicos a admitir mesmo a existência de *normas constitucionais inconstitucionais* (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*¹⁹²) com base em *contradições transcendentais*¹⁹³.

Paralelamente, e do ponto de vista filosófico, o que interessará considerar é a bondade intrínseca das normas e não a sua vigência ou eficácia, assumindo-se um criticismo vincado ao considerar que as normas que não sejam boas ou justas não são, por isso, normas jurídicas, não obstante a sua eventual existência formal ou fáctica.

c) *Sentido jurídico*

Uma outra abordagem encara o problema das fontes de Direito numa óptica estritamente jurídica, que procura, compreensivelmente, utilizar critérios jurídicos de delimitação conceptual. Pode-se falar, a este propósito, em fontes de Direito em sentido técnico. Todavia, ainda que se encare o problema exclusivamente nesta óptica, o significado não é unívoco, já que, entre outras, podem ser feitas referências a um conceito orgânico, procedimental e normativo de fontes de Direito.

Assim, em primeiro lugar, pode-se associar fonte de Direito a núcleo de produção normativa¹⁹⁴. A “fonte” de Direito, neste sentido, será o Parlamento, o Governo, o Tribunal, o órgão deliberativo da autarquia local, etc. Tratar-se-á, como se intui facilmente, de uma concepção orgânica-subjectiva de fontes de Direito.

191 V. DEL VECCHIO, Giorgio, “Lições de filosofia do Direito”, cit., 309.

192 V. BACHOF, Otto, “*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*”, in *Recht und Staat*, 163/164, 11 e ss.; BVerGE, 3, 225, 234 e ss. (*Gleichberechtigung*); GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1232; BONAVIDES, Paulo, “O artigo 45 da Constituição federal e a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, in *Rev. FDUL*, 1995, 36, 6 e ss.

193 Que, naturalmente, se não confundem com as *contradições positivas*, também elas potencialmente geradoras de inconstitucionalidade das normas constitucionais. V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1232 e bibliografia aí referida. A propósito da rejeição da onipotência constituinte, v. *idem, ib.*, 81.

194 Cfr., a respeito, AUSTIN, John, “*Lectures on jurisprudence (or the philosophy of positive law)*”, II (lecture XXVIII), John Murray, London, 1885, 510.

Em segundo lugar, pode ser feita referência ao conjunto de actos tendentes à formação de uma vontade normativa. “Fonte de Direito”, neste sentido, será, por exemplo, a fase de determinado procedimento – v.g., procedimento legislativo – como a aprovação, a referenda ministerial, a publicação, etc.¹⁹⁵. Este conceito de fonte terá um valor relevante e assinalável se enquadrado nas teorias procedimentalistas de legitimação, que buscam a justificação dos actos, não tanto a partir da sua bondade intrínseca, nem sequer tendo em consideração um qualquer parâmetro, mas antes a partir da regularidade do conjunto de actos ou fases tendentes à sua emanção¹⁹⁶. Nesta abordagem quase se poderá dizer que fonte e procedimento tendente à formação do acto se confundem pois (i) o acto só é considerado acto (relevante para a produção de efeitos jurídicos) se obedecer ao procedimento e (ii) tal procedimento é que acaba por ser a sua origem, numa analogia com a maneira como se passam as coisas numa *fattispecie* de formação sucessiva.

Em terceiro lugar, no sentido mais correntemente utilizado, “fonte de Direito” será o resultado da vontade normativa, isto é, a sua expressão final¹⁹⁷: a lei, o acto administrativo, a sentença, o decreto-lei, a convenção internacional, etc. Neste último sentido, é corrente a equiparação do conceito de fonte de Direito aos conceitos de facto e acto normativo. De acordo com esta perspectiva, uma fonte de Direito será qualquer facto ou acto jurídico que, com base numa norma sobre a produção jurídica vigente num determinado ordenamento, tem por efeito a criação, modificação ou extinção de normas jurídicas nele vigentes¹⁹⁸.

1.2. A tentativa de estabelecimento de uma noção adequada

A existência de todos estes sentidos para o vocábulo “fonte” apenas vem alicerçar uma conclusão que já tivemos oportunidade de apontar e que nos parece evidente: a de que muitos problemas jurídicos são problemas linguísticos. Ora, se as coisas efectivamente assim são, importa perguntar: como proceder em face de tal multiplicidade de significados?

195 Cfr., a propósito, NACCI, Paolo Giocoli, *“Appunti sulle fonti normative (dalle lezioni)”*, Cacucci, Bari, 1992, 8; GORLERO, Maurizio P. *“Le fonti del Diritto (Lezioni)”*, CEDAM, Milano, 1995, 5..

196 V. LUHMANN, Niklas, *“Sociologia do Direito...”*, cit., 65 e ss.

197 Cfr. AUSTIN, John, *“Lectures on jurisprudence (or the philosophy of positive law)”*, II (lecture XXVIII), cit., 511.

198 V. PIZZORUSSO, Alessandro, *“Fonti”*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, 409 e ss; FAVOREU, *“Droit constitutionnel”*, cit., 161 e ss.

1.2.1. Apreciações críticas

Por forma a encontrarmos uma resposta juridicamente convincente, tentemos, em primeiro lugar, analisar criticamente cada um dos sentidos apontados — pois no ponto anterior apenas nos referimos a eles de uma maneira meramente expositiva — e, depois disso, e mediante as conclusões tiradas, tentemos ensaiar um conceito de fonte que nos pareça juridicamente adequado para as finalidades do nosso trabalho (nunca é demais repetir: a construção de uma teoria do ordenamento jurídico constitucionalmente sustentada).

Começemos pela utilidade da “visão retrospectiva” referida.

Tal enfoque apresenta-se-nos como o mais realista e útil, pois, na sua globalidade, é o único que nos fornece indícios para podermos identificar uma perspectiva jurídica do problema. Tal não quer dizer, contudo, que o caminho a seguir seja o de uma visão puramente histórica — desligada de componentes de actualização, que a seguir analisaremos — pois esta apenas expõe, e nada nos diz acerca da perspectiva que é a mais correcta, além de que, como chama a atenção CASTANHEIRA NEVES¹⁹⁹, uma tal perspectiva já pressupõe a existência do Direito, e, como tal pode-se revelar inadequada para transmitir o que na essência o fez nascer. Por outro lado, deve-se evidenciar que nos coloca perante uma visão redutora do problema, baseada no carácter manifestamente (i) estatista, (ii) legalista e (iii) positivista que historicamente é dispensado às fontes. Vejamos:

- (i) sob o ponto de vista orgânico, tradicionalmente, a fonte de Direito é identificada pelo Estado. Uma tal visão não conhece — porque não pode conhecer — os fenómenos de policentrismo da produção jurídica que caracterizam os ordenamentos actuais, sendo-lhe alheios termos como “supra-estadualização” ou “infra-estadualização”;
- (ii) sob o ponto de vista formal, existe a tentação de equiparar a fonte de Direito à lei, dispensado quer o conhecimento quer o estudo de outras formas jurídicas;
- (iii) finalmente, sob o ponto de vista material a concepção “histórica” carrega uma forte componente positivista, no sentido em que avessa a componentes de ordem valorativa. Apesar de entendermos que estas componentes não “fazem” o Direito, elas são de

199 V. CASTANHEIRA NEVES, “Curso de introdução ao estudo do direito...”, cit., 11.

considerar ao nível da legitimidade das normas (não da sua existência), e não podemos negar que muitas escolas jurídicas enveredaram exactamente por caminhos jus-naturalistas, pelo que um estudo correcto destes problemas não pode esquecer-se de tais componentes.

Por outro lado, uma visão estritamente sociológica do problema das fontes de Direito não nos parece de forma alguma adequada.

Em primeiro lugar, a sociologia desconhece a autêntica pretensão de obrigatoriedade do Direito, ou o seu sentido normativo. Até nos pode explicar (descrever) em que medida é que um determinado acontecimento da vida pode ser assimilado pelo mundo jurídico, a partir da sua ocorrência fáctica, mas não ajuda a compreender porque é que normativamente tal comportamento é obrigatório. Com efeito, não se pode deixar de lado a ideia de que o Direito não é apenas um comportamento sociologicamente observado – ele é muito mais do que isso: é um comportamento sociologicamente observado mas relativamente ao qual existe uma indispensável consciência generalizada de obrigatoriedade. E aqui a sociologia parece parar, não compreendendo que o Direito como ordenação da vida não se assimila ao Direito como ordenação normativa²⁰⁰.

Em segundo lugar, o próprio método (exclusivamente indutivo) utilizado pelas escolas sociológicas pode conduzir a equívocos de análise jurídica. Será certo, devemos admiti-lo, que muitas vezes as realidades jurídicas parecem querer justificar-se em ordem a ideias de repetibilidade sociológica ou fáctica, “natureza das coisas” ou de “normalidade”: por exemplo, pode-se aceitar a vigência de um texto Constitucional, porque alguns esquemas de normalidade se normativizaram (HELLER) e auto-justificaram. Mas tal acontece, não porque tenha de assim ser, mas porque por acaso assim foi. Será mais uma contingência ou um acaso do destino, do que uma inevitabilidade. E mesmo que fosse um caso de inevitabilidade, nada diria que teria de ser assim de aí por diante. Estaríamos a procurar visionar a ideia na matéria, o que só acontecerá por feliz ocorrência da intuição, nunca devendo tal procedimento ser adoptado como método.

200 Uma das mais evidentes manifestações do repúdio da análise unicamente sociológica encontra-se nas violentas manifestações que, de vários quadrantes, se desenharam contra a jurisprudência dos interesses, advogando que, além desta, seria preciso uma jurisprudência da valoração. V., a propósito, LARENZ, Karl, “Metodologia da ciência do Direito”, cit., 69.

Não significa isto que uma visão sob tal enfoque não seja útil. Sê-lo-á certamente se a procura e indagação forem no sentido da busca de fundamentos empíricos para as realidades jurídicas. Todavia, o trabalho do jurista não se deve direccionar — ou não se deve direccionar apenas — nesse sentido. A sua preocupação dominante deverá ser, entendemos, a de encontrar (na medida do possível, e se eles existirem) fundamentos jurídicos, o que deve ser tentado dentro da própria ciência do Direito. Enfim, a sociologia é uma de entre as várias ciências que se ocupam do Direito (e bastante útil) mas não é, como defende EHRLICH, a única.

Se a concepção sociológica de fontes fica, por assim dizer, aquém dos fenómenos jurídicos, a concepção axiológica parece querer ultrapassá-los largamente. Ao misturar problemas como os da origem jurídica de uma norma e fundamentação valorativa dessa mesma norma, empurra a ciência jurídica para caminhos que, além de não serem os seus, podem afigurar-se extremamente perigosos de trilhar.

Admitir que a fonte do Direito é a consciência humana — ainda que tal dificilmente seja feito em exclusivo por algum sector doutrinário, em face da preocupação em distinguir o carácter mediato e imediato dessas fontes —, e ainda que se esteja a falar de uma “consciência colectiva” ou qualquer outro sentimento difuso ou manifestação de carácter “naturalístico”, é abrir a porta ao maior dos males de que podem padecer os fenómenos jurídicos: a incerteza. Os valores em que essa consciência se revia seriam quais? Os valores ditados pela maioria? Pelas classes dirigentes? Pela referida “consciência colectiva”? A procura de *ideia de Direito* que incorporaria todas as normas pertencentes ao ordenamento poderia, além de cair no infinito, ser extremamente inglória. Por outro lado, a própria bandeira das doutrinas jus- naturalistas (a ideia de justo ou de bom) poderia ser atirada para segundo ou terceiro plano caso outros valores, ditados fosse por quem fosse, resultassem erigidos à categoria de fundamentais. Bastava, para que tal acontecesse, que uma qualquer maioria momentânea legitimasse um conjunto de padrões valorativos que, de acordo com as suas visões do mundo, reputasse de ideal. Por fim, a ampla margem de conformação que se deixaria nas mãos dos aplicadores de Direito encerra um outro perigo escondido: o perigo do surgimento do judicialismo extremo (*judicial supremacy*²⁰¹), com os juízes a poderem reclamar um verdadeiro *efeito constitutivo* para as suas sentenças. O preenchimento valorativo das fórmulas abertas usadas pelo

201 V., a respeito, EKINS, Richard, “*Judicial supremacy...*”, cit., 127 e ss.

criador das normas abriria o flanco ao casuísmo que, a prazo, poderia conduzir a uma “tirania dos valores”.

Quanto às concepções jurídicas, a doutrina tem apontado críticas principalmente à visão orgânica das fontes. Esta visão, que deverá assentar na consideração da existência prévia de normas jurídico-organizatórias atributivas de competências²⁰² — pois apenas o órgão considerado competente deverá também ser considerado núcleo produtor — levanta problemas de difícil solução quando se procura, por exemplo, indagar o papel da vontade como entidade susceptível de produção jurídica. Tais problemas passarão principalmente pela consideração de que a vontade das partes não poderá ser considerada um “órgão” como o imporá uma teoria organicista de fontes, não se podendo, todavia, deixar de se considerar a sua relevância na medida em que desencadeia a produção de efeitos jurídicos vários, designadamente no domínio dos contratos. Por aqui já se vê que uma das principais críticas que se pode apontar à visão em análise é a de que não tem sabido direccionar-se convenientemente, não se conseguindo desprender das raízes jusprivatistas que tradicionalmente a acompanham. Por outro lado, um conceito jurídico de fonte de feição tradicional também não resolve o problema de saber o que se deve entender por fonte naqueles casos em que um acto é resultado de actuações conjuntas. Ainda assim, não podemos deixar de aceitar que um enfoque jurídico apresenta a vantagem de estar situado num domínio do conhecimento que nos diz directamente respeito. Tal vantagem, contudo, é meramente aparente se insistirmos na colocação dos problemas nos moldes em que eles têm sido colocados.

Ora, na medida em que nenhuma das visões apontadas parece, na sua pureza, ser capaz de dar resposta satisfatória ao problema de encontrar um conceito operativo de fonte que se mostre imune a críticas, somos levados a concluir que na realidade tal conceito não só deve pressupor a existência e o conhecimento de todas as perspectivas acima referidas — sociológica, axiológica e jurídica — como, mais do que isso, retirar de todas elas as componentes que se compatibilizam com uma análise que se queira juridicamente adequada.

Vejamos em que termos.

202 Acerca destas, v. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1169.

1.2.2. Uma noção operativa de fonte

A compatibilização a que acabamos de aludir apenas será convenientemente compreendida se não perdemos de vista que o Direito não se pode deixar asfixiar por uma concepção positivista-normativista extrema, devendo-se reconhecer que, por um lado é uma realidade marcadamente social e, por outro lado deve ter um conteúdo valioso, de modo a servir de veículo de transmissão de padrões de comportamentos. Por aqui já se subentende que a nossa análise deve partir da consideração de que deve ser dada primazia a uma perspectiva jurídica que, como já foi referido, se direcciona no sentido da identificação daquilo que num ordenamento dado pode ser entendido como Direito e não aquilo que deve ser o Direito (perspectiva jusnaturalista) ou as causas de existência desse Direito (perspectiva sociológica). Todavia, tal perspectiva não se pode reduzir à consideração compendial ou enciclopédica do Direito legislado.

Outro aspecto que deve ser salientado é o seguinte: a identificação das diversas fontes que se integram num ordenamento deve obedecer sempre ao mesmo critério – não pode reconhecer-se a existência de umas fontes em ordem a um critério sociológico, e outras em ordem a um critério axiológico ou jurídico. Quando se diz, por exemplo, que o costume é considerado fonte de Direito está-se, muitas vezes, a mesclar e a confundir critérios diversos²⁰³.

Por outro lado, deve-se evidenciar que quando falamos em “Direito”, estamos a falar de Direito objectivo. Assim, o conceito adequado de fonte de Direito será um conceito entendido na sua concepção publicista, reportando-se ao sentido de núcleo de criação de Direito objectivo, pois se assim o não entendessemos, qualquer contrato também poderia ser designado por fonte de Direito (embora aqui já num entendimento diferente: no de fonte de direitos subjectivos)²⁰⁴. O reconhecimento desse Direito objectivo pode ser efectuado por três formas: por via da produção normativa, por via da aplicação normativa, e por via da produção e aplicação normativas em conjunto. No primeiro sentido, o reconhecimento passa pela consagração de determinada regra num preceito emanado por uma entidade competente. No segundo, o reconhecimento passa pela possibilidade de aplicação de uma determinada regra (ainda que não tenha sido emanada por um órgão competente). No terceiro, haverá reconhecimento se

203 Assim, ROSS, Alf, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 292.

204 Neste sentido, NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit. 7.

uma regra, além de emanada pelo órgão competente, puder ser aplicada. Por exemplo, KELSEN tenta construir um sistema de fontes que permita identificar qual o Direito criado num determinado ordenamento (normativismo), ao passo que ROSS já tenta tal sistema a partir do Direito efectivamente aplicado num determinado ordenamento (realismo)²⁰⁵. No primeiro caso, interessam para a consideração das fontes as normas que foram introduzidas de maneira correcta no ordenamento; no segundo, interessam as normas que os juízes efectivamente aplicam quando estão a dirimir os litígios.

Ambas as visões são extremamente úteis, em face da diversidade de normas que podem compor um ordenamento, e, a partir da consideração de ambas, várias hipóteses de conjugação são possíveis:

- 1) em primeiro lugar, podemos estar perante normas que apenas tenham sido criadas pelo órgão competente mas que, todavia, e por razões diversas, não são aplicadas pelos órgãos competentes para tal (v.g., normas em desuso);
- 2) em segundo lugar, podemos estar perante normas que são efectivamente aplicadas pelos tribunais, mas que não foram criadas por qualquer órgão de feição legislativa, tratando-se, deste modo, de normas não reconhecidas pelo Direito positivo (v.g., normas costumeiras);
- 3) em terceiro lugar, podemos estar perante normas que foram criadas pelo órgão competente e que, além disso, são efectivamente aplicadas pelos tribunais aquando da resolução de litígios.

Se juntarmos a este esquema determinadas componentes de correcção material, as hipóteses de conjugação alargam-se, devendo-se então distinguir:

- 1) normas criadas pelo órgão competente, efectivamente aplicadas e consideradas normas “boas” ou “justas”, isto é com um conteúdo valioso intrínseco;
- 2) normas criadas pelo órgão competente e com um conteúdo valioso, mas que não são aplicadas pelos tribunais;

205 V. ROSS, Alf, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 197.

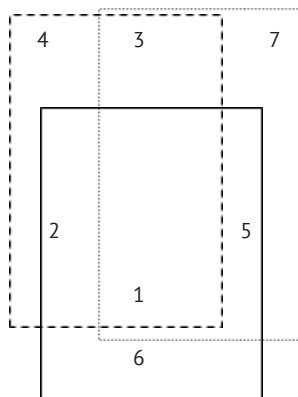
- 3) normas aplicadas pelos tribunais, com um conteúdo valioso, mas não criadas nem reconhecidas pelo poder legislativo;
- 4) normas com um conteúdo valioso, mas não criadas pelos órgãos competentes nem aplicadas pelos tribunais;
- 5) normas criadas pelo órgão competente, aplicadas pelos tribunais, mas consideradas desvaliosas ou “injustas”;
- 6) normas criadas pelo órgão competente, consideradas desvaliosas ou “injustas”, e não aplicadas pelos tribunais;
- 7) normas aplicadas pelos tribunais, consideradas desvaliosas ou “injustas”, e não criadas pelo poder legislativo

Esquemáticamente, teríamos (Rep. III):

————— – normas positivadas

----- – normas valiosas

..... – normas aplicadas



(Rep. III)

A partir da existência de um tão grande número de espécies de normas jurídicas, parece evidente que será difícil encontrar um conceito de fonte

que seja adequado e útil. Ainda assim, e apesar dessas dificuldades, alguns dados podemos ter por adquiridos:

- em primeiro lugar, o de que uma fonte não se identifica com a norma propriamente dita, mas será sempre encarada como um pressuposto de uma norma, mais precisamente um pressuposto dinâmico, pois será indispensável o estabelecimento de uma relação de causalidade (em termos produtivos, modificativos ou extintivos) entre determinada realidade e essa norma; será assim uma realidade que possibilita o conhecimento de algo como sendo Direito²⁰⁶.
- em segundo lugar, deve-se associar ao conceito de fonte a ideia de inexaurabilidade ou potencialidade produtora indefinida. Uma fonte não o será apenas para este ou aquele determinado acto, mas para um complexo indeterminado, e à partida indeterminável, de actos;
- em terceiro lugar, torna-se indispensável que a fonte seja reconhecida pelo ordenamento, não se devendo aceitar a existência de fontes “extra-ordinem”;
- finalmente, em quarto lugar, uma fonte criará algo que, em abstracto, os órgãos aplicadores do Direito (administração e juiz, mas principalmente este último) podem aplicar.

A partir daqui, podemos fixar que, para efeitos da presente investigação, **uma fonte é um núcleo inexaurível de criação de Direito objectivo, reconhecido pelo ordenamento.**

Nos passos seguintes, trataremos de aprofundar esta definição.

206 A ciência jurídica poderia ainda conhecer uma outra noção de fonte: uma noção do tipo fenomenológico, que procure analisar o processo normativo de constituição do Direito e não apenas tentar buscar as suas formas [v., por exemplo, CASTANHEIRA NEVES, “Curso de introdução ao estudo do direito...”, cit., 87, que sobrevaloriza a vigência em detrimento da forma e salienta a circunstância de que há direito vigente sem ser formalmente prescrito (por exemplo, consuetudinário ou jurisprudencial)]. Contudo, para quem analisar os fenómenos jurídicos acentuando as vertentes da criação e aplicação normativas (e não apenas uma delas – como fazem, por exemplo, KELSEN (acentuando a primeira) ou CASTANHEIRA NEVES (acentuando a segunda) – a definição dada revela-se suficiente.

1.2.3. Análise dos elementos constitutivos da noção de fonte

Procuremos densificar cada um dos elementos constitutivos da noção de fonte, começando por averiguar o que pretendemos significar com a expressão “núcleo inexaurível”, em primeiro lugar e “...de criação de Direito objectivo”, em segundo lugar.

a) “Núcleo inexaurível...”

Uma fonte, sendo um núcleo de produção de Direito, não há-de ser um núcleo qualquer – deve ser um núcleo permanente e inexaurível de produção²⁰⁷. Permanente, porque uma fonte tem uma duração temporal indefinida. Inexaurível, porque se trata de um núcleo apto a produzir um número indeterminável de normas e, à partida, tem uma potencialidade produtora infinita, não se reconhecendo a existência de uma fonte de Direito apenas para a prática de um acto ou de um certo número de actos²⁰⁸. Com efeito, a uma fonte está sempre necessariamente associada a possibilidade de produção normativa indefinida, seja em termos de, pura e simplesmente, eliminar a normação anterior, seja em termos de a substituir por uma outra que se lhe afigura mais adequada²⁰⁹.

b) “Núcleo de criação...”

α) A fonte de Direito como facto constitutivo

A compreensão da noção de fonte acima proposta não pode ser satisfatória sem ter presente a ideia de que uma fonte de Direito deve ser entendida no sentido de elemento constitutivo ou facto gerador do Direito, isto é, a

207 Não se deve confundir a inexauribilidade da fonte com a inexauribilidade da norma. Aqui a linha divisória situa-se na consideração de que determinados actos têm uma eficácia (quase) instantânea, na medida em que esgotam a produção dos seus efeitos no momento da sua emanção, enquanto que outros têm uma eficácia duradoura, pois projectam esses mesmos efeitos para momentos distintos – posteriores (prospectividade) ou anteriores (retroactividade) – do da sua emanção, sendo a expressão “norma” reservada apenas para estes últimos (V. CRISAFULLI, Vezio, “*Fonti del Diritto...*”, cit., 951). Veja-se o caso da sentença que condena o devedor ao pagamento de juros moratórios em oposição à lei que pune com pena de prisão o abuso de confiança fiscal, em que, no primeiro caso os efeitos se esgotam no momento da emanção da sentença, e no segundo se diluem até que a lei cesse a sua vigência, por exemplo por revogação ou por declaração de inconstitucionalidade. Não se trata, porém, de um critério absoluto, pois da mesma forma que podem existir leis instantâneas – por exemplo, a lei que procede à privatização de uma empresa de capitais públicos –, também poderão existir sentenças duradouras, como por exemplo, aquela que fixar uma pensão de alimentos a favor de um ex-cônjuge.

208 Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale (vol. I: Il sistema delle fonti del Diritto)*”, UTET, Torino, 1987, 39.

209 V., a propósito, NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 20.

realidade jurídica capaz de desencadear a sua produção. Da mesma forma que os direitos subjectivos nascem e se constituem tendo por base um acontecimento anterior que tornou tal nascimento possível (por exemplo, a lei, um contrato ou até um facto natural), o mesmo se passa com as normas jurídicas ou com o Direito objectivo em geral. Para que este possa ser introduzido num complexo vasto do qual vai passar a fazer parte (um ordenamento jurídico) torna-se indispensável a ocorrência de uma circunstância prévia que o permita e reconheça. Por aqui já se vê que, em rigor, será de afastar a expressão “fonte de reconhecimento”, na medida em que algo que reconhece uma realidade não poderá, em boa verdade, criá-la, não sendo, por isso, uma verdadeira fonte.

Ora, sendo uma fonte de Direito um elemento constitutivo, ela há-de necessariamente materializar-se num elemento constitutivo complexo, uma vez que pressupõe a ocorrência cumulativa de várias circunstâncias para que se possa dar por verificado. Tais circunstâncias são: (i) em primeiro lugar, um requisito material, consubstanciado na existência de um vontade de produção normativa e (ii) em segundo lugar, um requisito orgânico-formal que consiste na existência de uma atribuição anterior (autorização) que possibilite que essa vontade se efective.

- (i) A exigência de uma vontade operativa que dê lugar à produção de Direito é incontornável²¹⁰. Embora muita doutrina não hesite em referir a existência de “fontes involuntárias” ou “espontâneas”²¹¹, tal parece-nos uma contradição nos termos. Tal expressão pretenderia eventualmente abranger aquelas situações em que se daria a produção de Direito sem que, previamente, tivesse havido uma vontade expressa nesse sentido, como seria o caso do costume. Todavia, está-se a dar por adquirido exactamente aquilo que se quer demonstrar: está-se a dizer que, independente de uma determinada manifestação de vontade, o costume cria Direito. Ora, é exactamente aí que reside o problema – é certo que o costume não necessita, neste sentido, de uma vontade prévia para se manifestar, pois apresenta-se como

210 Se tal vontade deve trazer consigo a marca da *impositividade*, no sentido de conseguir criar relações de subordinação, já será mais duvidoso. Basta pensar nas normas de Direito Internacional que, exigindo uma manifestação de vontade – formalizada na celebração de tratados internacionais – desencadeiam o nascimento de relações jurídicas de carácter paritário. Vale isto por dizer que uma concepção voluntarista de fontes não se identifica necessariamente numa concepção imperativista das mesmas. V., a propósito, Norberto BOBBIO, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 186.

211 Por exemplo, SANTIAGO NIÑO, “*Introducción...*”, cit., 148, e mesmo Norberto BOBBIO, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 166 e ss.

uma “convicção espontânea”, mas não é tão certo que ele possa criar Direito, em termos de introduzir no ordenamento jurídico uma norma que se possa reputar de jurídica. Naturalmente que o costume se revela indispensável enquanto reflexo de uma base empírica que, nunca o negamos, é imprescindível ao Direito, podendo ser até uma das origens dos padrões de comportamento que ao Direito cumpre divulgar. Tal não significa, contudo, que o veículo criador e divulgador desse padrão seja o costume. Sê-lo-á sempre a norma que veicula esse costume (a norma constitucional que o consagra, a lei, etc.) que, desta forma, terá sempre, em termos de aplicação normativa, carácter instrumental ou, se quisermos, subsidiário. Sem uma norma autorizada a possibilitar a entrada do costume, com efeitos vinculativos, no ordenamento jurídico, ele ficará sempre de fora e nunca poderá ser encarado como “fonte” de Direito²¹². E o mesmo se diga a propósito de “valores”, “princípios gerais”, etc.

Assente que é requerida uma vontade para que possa haver produção normativa – e, neste sentido, pode-se afirmar quer uma fonte é um acto normativo²¹³ –, associa-se, em geral, a susceptibilidade de atribuir normatividade a um sujeito público inerentemente ligado à

212 Um exemplo bastante expressivo do que acabamos de referir pode ser encontrado no âmbito do ordenamento normativo confessional católico, onde o costume encontra um papel “subsidiarizado” – e não apenas infra-escalonado – por via da intervenção positivística. Com efeito, refere o CIC (*Codex Igleſia Canonica*) não apenas que os costumes vigentes, universais ou particulares, contrários aos cânones – exceptuando os “imemorais” – são suprimidos (can. 5, § 1), mas igualmente que só pode ter “força de lei” o costume que, introduzido por uma comunidade de fiéis, haja sido aprovado pelo legislador (can. 23). Além disso, o costume *contralegem* ou *extralegem* só alcança “força de lei” em casos muitíssimo limitados (v.g., ampla abrangência temporal – cfr. can. 26). V., ainda, art.º 3.º do CC.

213 A distinção entre facto e acto normativo, parece-nos, nem sempre tem sido vertida juridicamente de uma forma adequada. Contudo, apesar da disparidade de abordagens, podem ser apontados dois critérios básicos de distinção: a existência ou não de previsão ou qualificação jurídica anterior; e a existência ou não de uma vontade normativa prévia. No primeiro enfoque, um facto sê-lo-á porque não pressupõe qualquer qualificação anterior, qualquer circunstância necessariamente antecedente que, expressamente ou não, o reconheça como existente para o mundo do Direito, enquanto no segundo sentido poderá perspectivado como realidade não voluntária, que prescinde de vontade normativa prévia. O acto normativo será estruturalmente composto por um elemento volitivo/formal – uma expressão de vontade, uma exteriorização comportamental, uma declaração a que surge indissociavelmente ligada uma forma, imposta pelos quadros de um Estado de Direito (lei, decreto, etc.) – e por um elemento substancial – o carácter normativo, a susceptibilidade, em geral, de conter disposições idóneas a ser qualificadas como normas ou regras de conduta. Ora, é fácil concluir que, no contexto do nosso discurso, apenas nos interessa a expressão “acto normativo” pois uma fonte pressupõe quer uma previsão anterior, quer uma vontade anterior. Um acto-fonte pressupõe sempre uma norma atributiva de competência através da qual o ordenamento jurídico reconhece a determinado sujeito a competência para emanar actos gerais – acompanhada de carácter autoritário e unilateral. O resultado do exercício dessa atribuição é a norma . V., a respeito, Norberto BOBBIO, *Fato normativo*, EDD, XVI, Giuffrè, Milano, 988 e ss; e, num sentido aproximado, CRISAFULLI, Vezio, *Atto normativo*, EDD, IV, Giuffrè, Milano, 238.

função normadora do Estado²¹⁴. Fala-se aqui da actividade normativa como toda a actividade que compreende a criação, modificação ou extinção de normas jurídicas (de carácter *erga- omnes*)²¹⁵. Esta é uma função criadora, dotada de uma importante carácter preventivo, abrangendo na sua tarefa conformadora as dimensões da *novidade* (introdução *ex novum* no ordenamento de um facto potencialmente desencadeador de efeitos jurídicos) e da *generalidade* (susceptibilidade de repetição da *fattispecie*). Opostamente, às funções estaduais aplicativas (administrativa e judicial) estaria ligado o carácter sucessivo²¹⁶, não se podendo, em princípio, em relação a elas falar em carácter criador do Direito.

- (ii) Todavia, essa vontade de produção normativa só por si é insuficiente. Não basta que um determinado órgão pretenda criar ou manifeste a intenção de criar Direito. É preciso que ele esteja autorizado a efectuar essa criação. Essa autorização não tem de ser efectuada por algum órgão em específico, mas sim pelo ordenamento jurídico no seu conjunto que, de uma forma inequívoca, permite que determinada realidade possa ser encarada como “fonte” de Direito e, por isso, o possa criar. Normalmente, consta (deve constar) de um texto com carácter superior e supremo que irradia a sua intenção em todas as direcções do ordenamento, manifestando de forma clara

214 A aderência à vontade estadual pode, contudo, revelar-se de difícil manifestação em algumas situações de indubitável produção normativa. Por exemplo, no âmbito das normas constantes das Convenções colectivas de trabalho — que materializam verdadeiras normas (cfr. NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 182; ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando, “*La relación entre ley y convenio colectivo: a propósito de la vigencia de la ley de jornada máxima de 29 de Junio de 1983*”, in Civitas (REDT), 16, 1983, 521), incorporando uma disciplina que tem “corpo de contrato e alma de lei” (assim, ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 247) — a ideia de que se está perante uma autoregulação poderia deixar antever que o Estado não intervém na criação jurídica. Porém, as coisas não são assim. Na realidade, o que se passa é que tais normas, de modo a poderem funcionar como critério pré-determinativo da função jurisdicional, devem passar pelo crivo da estadualidade, não obstante o seu procedimento genético de formação encerrar uma forte componente autoregulatória, a cargo dos próprios interessados. Do mesmo modo, e em outro segmento de análise, se poderia pensar que os referendos seriam susceptíveis de introduzir no ordenamento jurídico verdadeiras normas que encontrariam a sua fonte directa na vontade do povo e não na vontade do Estado. Contudo, mais uma vez, discordamos. Basta pensar, como o fazemos, que o referendo pode não estar dimensionado constitucionalmente para a produção jurídica, mas apenas para a introdução de uma decisão política [cfr. URBANO, Maria Benedita, “O referendo (Perfil histórico-evolutivo do instituto. Configuração jurídica do referendo em Portugal)”, *Studia Iuridica*, 30, Coimbra editora, Coimbra, 1998, 293]; MIRANDA, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”, tomo V, 3.ª ed., Coimbra editora, Coimbra, 2004, 178-179].

215 Assim, PIZZORUSSO, Alessandro, “*Sistema istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*”, cit., 60.

216 Cfr. V. CRISAFULLI, Vezio “*Atto normativo*”, EDD, IV, Giuffrè, Milano, 238; CARRÉ de MALBERG, R., “*Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés...*”, cit., 71 e ss.

e inequívoca que *aquela facto* é um facto apto a nele introduzir normas. Por isso, se conclui facilmente que não nos estamos a referir a uma autorização rígida, formal e hierarquizada do tipo Kelseniano, em que o órgão superior autoriza o órgão inferior²¹⁷. Trata-se antes de uma atribuição genérica de criação normativa. É o texto da Constituição, da Lei fundamental, que deve dizer quais são os factos que, em abstracto, são idóneos na tarefa de produzir Direito, o que nos leva, logo, a assumir duas importantíssimas conclusões: a primeira é que o problema das fontes é um problema de Direito público e a segunda é que ROSS tinha razão quando dizia que esse problema deve ser localizado positivamente num dado ordenamento, uma vez que as atribuições, naturalmente, variarão de uns para os outros²¹⁸. Neste sentido, se pode dizer, por exemplo, que num ordenamento as fontes são a lei, o decreto e o regulamento, e no outro são as leis, as injunções e os acórdãos.

Contudo, um problema ainda subsiste: se aceitarmos que é a Constituição que atribui a idoneidade para produzir Direito, quem atribui à Constituição o poder para atribuir tal idoneidade? Não correremos o risco de cair num raciocínio de regresso infinito ao tentar buscar uma fundamentação anterior para todos os núcleos de produção? Parece-nos que não, e no sentido de procurar demonstrá-lo apelamos à ideia de auto-referencialidade. Esta última, como veremos numa fase mais adiantada da investigação²¹⁹, desempenha um papel fundamental no desenho de um dos mais importantes nexos normativos — os nexos de reflexividade —, e tem na sua base a postura científica que admite que determinada realidade pode ter origem em si própria (autopoiése). Ora, se tal for também por nós aqui admitido, não se torna difícil constatar que um correcto enquadramento destas questões em sede de caracterização do poder constituinte originário evitará os inconvenientes do raciocínio infinito, bastando aceitar que as normas supremas de um ordenamento recebem legitimidade a partir de si mesmas.

Não pretendemos, contudo, adiantar-nos em demasia relativamente a este assunto, na medida em que ele constituirá objecto das nossas reflexões posteriormente. Por agora, parece-nos suficiente salientar que a consideração do poder constituinte originário como um poder

217 Cfr., a propósito, KELSEN, Hans, “*Der Begriff der Rechtsordnung*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1397.

218 V. ROSS, ALF, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., e SANTIAGO NIÑO, “*Introducción...*”, cit., 152.

219 Cfr. infra, pp. 687 e ss.

inicial — já o dizia SIEYÉS²²⁰ — leva a concluir que todo o ordenamento jurídico tem a sua origem e base num momento primeiro que se afirma como o seu primeiro momento jurídico de vida. Normalmente, no seguimento de um processo revolucionário, assiste-se ao irromper da primeira manifestação jurídica através da criação dos fundamentos do novo ordenamento, mediante declaração de vontade desse poder constituinte originário. As normas por este criadas, com este carácter inicial, constituirão não apenas o germe, mas também o factor de *reductio ad unum* de todo o Direito posterior, numa espécie de regra de reconhecimento *Hartiana*. A partir daqui, e de acordo com os quadros traçados, as fontes então criadas poderão, elas próprias, criar²²¹.

Por último, saliente-se que uma correcta análise do problema das fontes não poderá ser efectuada sem a necessária capacidade de abstracção e a consideração de que o mesmo termo pode ser usado em sentidos diferentes. Por exemplo, é imprescindível distinguir a lei enquanto núcleo produtor (lei em abstracto, e verdadeira fonte de Direito) e lei enquanto documento solene (lei em concreto, e, quando muito, a referida “fonte de reconhecimento”). Assim, utilizando a linguagem comum, dir-se-á no primeiro sentido que a lei pode criar um novo código comercial (e não o podem fazer a doutrina, nem a jurisprudência, nem o costume) e no segundo sentido que a lei comercial apenas prevê quatro tipos societários. Ou que a Constituição pode criar um novo órgão consultivo do Presidente da República (primeiro sentido) e que a Constituição prevê um princípio geral de irretroactividade das normas fiscais (segundo sentido). No fundo, trata-se de trazer à colação a distinção entre fonte e norma e, correspondentemente, entre *teoria das fontes* e *teoria das normas*.

β) A fonte de Direito no quadro de uma adequada teoria

Antes ainda de avançar na dissecação do conceito proposto de fonte, importa reflectir, mesmo que brevemente, sobre o papel que tal conceito pode desempenhar no âmbito de uma adequada e consistente teoria. Contudo, é forçoso esclarecer que não é no quadro de uma tal teoria que a presente investigação se pretende mover, pois, na verdade, pretende-se aqui acolher

220 Cfr. “*Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*”, PUF, Paris, 2005.

221 Em termos fácticos, porém, assiste-se a algumas manifestações espontâneas de criação de Direito que não se subsumem ao esquema referido. Por exemplo, é comum, nos períodos pós-revolucionários, a criação de *normas transitórias* que se destinam a efectuar a ponte entre o anterior *status quo* e o novo.

uma *teoria da norma* e não uma *teoria da fonte*. Ainda assim, não pode deixar de se constatar que esta última desempenha um papel fundamental em qualquer raciocínio jurídico que respeite à ordenação normativa.

Desde logo, porque importa reconhecer que a teoria das fontes não se reduz ao problema de saber quem pode disciplinar normativamente determinada matéria e de que forma o pode fazer, mas irradia o seu alcance em direcção a bastantes outros núcleos problemáticos de relevância indiscutível, salientando-se *ab initio* os atinentes à consideração das diferentes dimensões em que o procedimento normador se pode materializar. A este propósito, com BULYGIN, é possível distinguir uma dimensão ou fase técnica e uma dimensão ou fase política, reconhecendo que a primeira tem lugar no momento da preparação do diploma jurídico em causa e a segunda no momento da respectiva aprovação pelo órgão competente²²². Trata-se aqui de um cruzamento entre Direito e política e entre vinculação e discricionariedade no âmbito do qual a noção de fonte não passa indiferente. De facto, sendo certo que se trata de um acto que introduz no ordenamento, de acordo com os critérios de validade reconhecidos, material normativo, a fonte não pode deixar de ser considerada, nesta perspectiva, como uma manifestação de vontade de um órgão político, que toma as suas decisões segundo critérios vários de oportunidade e conveniência. Tais critérios poderão ser muitas vezes dissonantes em relação aos critérios estritamente jurídicos que subjazem às decisões normativas e, a este respeito, já não é incomum a referência à ideia da autonomização de sub-sistemas a partir da individualização de códigos comunicativos próprios e por vezes contraditórios, conducentes a uma regulação autopoietica.

Para além disso, não pode deixar de se ter em vista as patologias que uma conveniente teoria das fontes deve abordar e resolver, nomeadamente focando os problemas técnico-jurídicos de mais corrente expressão²²³. Entre eles, destacam-se por um lado as questões linguísticas relacionadas com a ambiguidade e/ou vaguidade dos enunciados verbais utilizados pelo criador normativo e, por outro lado, as questões de natureza eminentemente lógica, seja numa perspectiva sistemática — v.g., redundâncias, lacunas, incoerências e incompatibilidades entre os núcleos produtores —, seja numa perspectiva dinâmica — v.g., questões

222 Cfr., em sentido próximo, BULYGIN, Eugenio, “*Teoría y técnica de legislación*”, in *Análisis Lógico y Derecho...*, cit., 410.

223 V. BULYGIN, Eugenio, “*Teoría y técnica de legislación*”, cit., 411 e ss. Cfr., a propósito, supra, 38 e ss.

inerentes à criação e à revogação de fontes²²⁴. Não se trata — é importante assinalá-lo — de questões meramente teóricas e destituídas de interesse ou relevância prática e operativa. Basta pensar nas implicações positivas que uma sustentada “teoria da derrogação” — enquanto “teoria reguladora da destruição do Direito” — pode trazer para o conhecimento do material jurídico, fixando as condições que permitem privar de validade uma determinada fonte.

Mas, ainda assim, insistimos neste ponto: uma teoria da fonte não se confunde com uma teoria da norma, e se muitos dos problemas suscitados podem ter abrangência comum, bastantes outros apenas por uma delas podem ser alcançados e eventualmente resolvidos. O nosso registo, neste contexto, procura situar-se sempre num campo que tenha por referência o resultado da produção (a norma) e não o modo de produção.

c) “... de direito objectivo” (normas jurídicas)

O núcleo referido na alínea anterior deverá ser apto a criar Direito objectivo²²⁵. No sentido que nos interessa, “Direito objectivo” significa “normas jurídicas”, pelo que podemos fixar que, para os efeitos do presente estudo, uma fonte de Direito será um núcleo de produção de normas jurídicas.

Porém, a compreensão do alcance pleno de tal afirmação apenas será conseguido se eliminarmos uma outra ambiguidade — a que respeita ao próprio conceito de norma. Na realidade, constituindo a norma um veículo transmissor de padrões de conduta, chegamos agora ao momento de procurar saber: quando é que a norma será jurídica? A relevância do problema e a circunstância de as diferentes escolas jurídicas preconizarem distintos conceitos de norma — tendo já sido ensaiadas, designadamente, as concepções

224 Cfr. BULYGIN, Eugenio, “*Teoría y técnica de legislación*”, cit., 412, e FAVOREU, Louis (coord.), “*Droit constitutionnel*”, cit., 85.

225 Acerca da distinção entre “norma de coexistência” (*Direito objectivo*) e “faculdade de pretender” (*direito subjectivo*), v. DEL VECCHIO, Giorgio, “*Lições de filosofia do Direito*”, cit., 375 e ss.

imperativista-hipotetista²²⁶, realista²²⁷ ou institucionalista²²⁸ — justifica

226 V. Kelsen, "Reine...", cit., ...; DEL VECCHIO, Giorgio, "Lições de filosofia do Direito", cit., 359, 394; BOBBIO, Norberto, "Il positivismo giuridico", cit., 185 e ss; AUSTIN, John, "Lectures ...", I (lecture I), 86 e ss. Parte-se aqui da qualificação de um determinado comportamento e da posterior formulação de um imperativo (comando), positivo ou negativo, de onde resulta a distinção entre normas perceptivas e proibitivas, as primeiras como as que impõem o cumprimento de actos determinados, e as segundas como as que impõem a sua omissão. Posteriormente, e em termos formais, a transgressão deste imperativo — que pressupõe sempre uma vontade (i) determinada, (ii) pessoal e (iii) capaz de impor uma relação de subordinação (o que não acontecerá, por exemplo, no costume ou no âmbito internacional, casos em que faltarão, respectivamente, os primeiros e terceiro requisitos) — faz entrar novas normas para o sancionar, exigindo do ordenamento jurídico, no seu conjunto, uma marca de homogeneidade e de concatenação, na medida em que a infracção de uma é o pressuposto da outra. Porém, a consideração pura de que, sendo o Direito uma ordem de coacção ("o Direito é, em substância, constituído por imperativos e só por imperativos" ou "o Direito é essencialmente coercível. Isto é: em caso de inobservância, é possível fazê-lo valer pela força"), e, consequentemente, toda a norma jurídica é uma norma que ordena um acto, não capta, em toda a sua essência, o problema de definição subjacente. Desde logo porque, a tese da bilateralidade dos sujeitos que é sua pressuposta — em que a um é atribuída uma faculdade e a outro é imposto um dever — não escapa à crítica do artificialismo que muitas vezes lhe tem sido apontada, tendo em vista a duplicidade de entidades psicologicamente consideradas e, na realidade, olvida-se muitas vezes a existência de um terceiro sujeito, fictício, que "põe" o comando (Povo, Estado, Monarca, etc.) (v. MODUGNO, Franco, "Norma giuridica (teoria generale)", in EDD, XXVIII, 335 e ss.). Além disso, ENGLISH, "Introdução ao pensamento jurídico", cit., 38, bem repara que este imperativismo "não se refere naturalmente a cada uma das proposições gramaticais que se encontram num Código". Muitas vezes elas nem sequer são autónomas e só da combinação de várias resulta um sentido completo. É o caso das definições legais e das permissões, que são regras não autónomas, pois só adquirem o seu sentido em combinação com imperativos que por elas são esclarecidos ou limitados. Todavia, é incontornável que, como defendem os adeptos deste modo de ver, o Direito subsiste e continua a ser Direito mesmo quando violado. Finalmente, deve-se apontar que, linguisticamente, o modo imperativo não é, por assim dizer, indispensável. Não raro — e é mesmo a situação mais frequente — as redacções legislativas utilizam o modo indicativo. V. ainda, com interesse, BOBBIO, Norberto, "Il positivismo giuridico", cit., 132 e 147 e ss. e 185 e ss.. Entre nós, e em sentido crítico, CASTANHEIRA NEVES, "Teoria do Direito" cit., 82.

227 Utilizando a comparação com um jogo de xadrez e realçando o facto de que uma norma apenas o é se for efectivamente conhecida e aplicada, o realismo *Rosseano* (v. "On law and justice", cit., 18), considera que uma norma é válida (existente) se for efectivamente seguida pelos aplicadores de direito, ou seja, se for sentido que é socialmente obrigatória. Trata-se de colocar em evidência a eventual previsibilidade de observância e aplicação de um dispositivo normativo e a consideração de que a juridicidade advém da capacidade de uma norma ser concretamente observada e de obter uma obediência média (obediência essa que pode ser aferida quer em relação à norma em si, quer em relação ao ordenamento em que ela se insere). Nesta perspectiva, aquilo que parece ser uma verdade óbvia só o é se não se tiver qualquer espécie de preconceito. Quem os tiver — estando, por exemplo, preso a considerações de índole histórico-comparativa — dificilmente deixará de concluir que o conceito de norma válida, não sendo um fenómeno empírico, está sempre ligado a considerações de ordem transcendente (a norma como reflexo de uma validade a priori, de um racionalismo abstracto ou de uma vontade divina).

228 Valorizando-se a componente totalizante — e distinguido-se, num plano de abstracção, um momento não normativo ou factual e um momento normativo (deontológico), subordinado ao primeiro — defende-se que não se consegue um conceito adequado da parte sem se saber o que é o todo. Neste contexto, diz SANTI ROMANO que não se pode ter uma ideia exacta dos vários membros do corpo humano sem se saber em que é que este consiste e, por isso, a norma cede lugar à instituição, à estrutura, à organização estável e permanente de qualquer corpo social, não constituindo o Direito, por isso, meras normas, mas um conjunto coordenado de normas (v. "L'Ordinamento Giuridico...", cit., 14). Consequentemente, o ordenamento jurídico não se reflecte na soma aritmética das várias normas jurídicas existentes, mas é sim uma unidade em si, uma unidade não artificial, nem obtida

largamente, na nossa perspectiva, que lhe dediquemos uma fracção sistemática autónoma²²⁹.

α) Norma jurídica e usos linguísticos

Tendo por assente que a fonte é um núcleo de produção de normas jurídicas, naturalmente terá de se aceitar que a fonte *não* é a norma jurídica, mas uma realidade dela distinta. A precisão terminológica impõe-se na medida em que é comum o emprego do termo “fonte” para designar a forma de manifestação ou de reconhecimento – e não verdadeiramente de criação – do Direito, falando-se a tal propósito em *fontes cognitivas*. Numa tal acepção, com efeito, o criador pode-se confundir com a criatura pois, assim entendida, uma lei por exemplo, é ao mesmo tempo núcleo criador e forma reveladora.

Contudo as coisas não se passam assim.

A fonte é fonte porque cria algo, no caso em concreto cria a norma. Pode suceder, como há pouco acabamos de apontar, é que o mesmo termo linguístico seja utilizado para significar quer o núcleo produtor quer o acto produzido, mas tal não quer dizer que as realidades se equivalem. É o que se passa, nomeadamente, com o termo “lei”, que tanto pode ser entendido no sentido de potência criadora como no sentido de acto formal criado por um determinado órgão. No primeiro sentido dir-se-á, por exemplo que “só a lei pode criar um novo tipo de crime ou um novo tipo de imposto”, ao passo que no segundo a oração será mais do tipo “a lei da droga contém molduras

num processo de abstracção, mas concreta e efectiva (*idem*, 13). No plano jurídico, significa isso que, por um lado, devem ser distinguidos dois sentidos na expressão “direito objectivo”, a saber: o direito objectivo enquanto conjunto de normas jurídicas e o direito objectivo enquanto ordenamento, unidade, intuição; significa ainda, por outro lado, que todo o ordenamento jurídico é uma instituição – em face da componente social e estável que encerra – e toda a instituição é um ordenamento jurídico – pois todas elas pressupõem um acervo de normas que a disciplinam. Este último aspecto, aliás, assume uma importância fulcral no âmbito da tentativa de enquadramento das teorias institucionais, pois procuram demonstrar de forma inequívoca que o sociologismo absoluto de DUGUIT – propulsor da ideia de que o direito consubstancia uma realidade existente em si, reflexo de um determinado “ambiente social” – peca ao esquecer que tal “ambiente”, também ele, deriva de acções e encerra uma vinculada componente subjectiva e normativa (se bem que não derive necessariamente da vontade do Estado). Contudo, parece inevitável concluir que a instituição presente no primeiro momento (não normativo) é um facto, é certo, mas é um facto normativo, pois é a consequência de certas regras que a organizam, pelo que a estrutura organizativa e o momento normativo se encontram numa relação de dependência quase recíproca. Neste último sentido, MODUGNO, Franco, “Norma giuridica...”, cit., 341 e 342.

229 Cfr., a respeito, SCHILLING, Theodor, “Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen”, Berlin Vlg e Nomos Vlg., Berlin, Baden-Baden, 1994, 13 e ss.

penais violentas”. Uma das formas de evitar os equívocos linguísticos derivados da plurisignificatividade deste e de outros termos será a referência a eles através de uma noção “própria” e de uma noção “imprópria” do termo, ou através de um conceito “abstracto” e de um conceito “concreto”. No exemplo acima dado, o termo “lei” poderá ser entendido como lei em abstracto (o mesmo que fonte) no primeiro dos sentidos apontados e como lei em concreto (o mesmo que norma) no segundo.

Desta forma, evita-se a equiparação da fonte de Direito à norma jurídica, equiparação essa que, além dos inconvenientes comunicacionais referidos, até se presta a imprecisões perigosas. Basta pensar que uma determinada fonte pode deixar de existir (por exemplo, caducando), mas as normas criadas ao seu abrigo podem sobreviver. Assim, se, eventualmente, se quiser estabelecer um nexo de interdependência entre a fonte e a norma — o que parece não ser aconselhável —, tal não deverá ser feito a partir da forma desta (lei, decreto, etc.), mas, quando muito, a partir dos efeitos jurídicos produzidos²³⁰.

Enfim, o melhor caminho para se encontrar um conceito adequado de norma não pode deixar de passar pela ideia já defendida do convencionalismo linguístico — rejeitando o essencialismo verbal —, em termos de se defender que um conceito adequado de norma é aquele que num determinado contexto se entender que é próprio.

β) Normas jurídicas, enunciados sintéticos e enunciados analíticos

Defendemos atrás a ideia de que o Direito é essencialmente linguagem. Após isso, concluímos que uma fonte de Direito é um núcleo apto a produzir Direito objectivo, isto é normas jurídicas, e que com ele não se confunde, não obstante a corrente equiparação linguística e verbal. Pois bem. Está na altura de reunirmos estes dois pólos de raciocínio e tentar averiguar o que significa uma postura linguística do Direito em termos de concepções de norma jurídica.

À partida, deve ter-se presente que qualquer norma jurídica apresenta uma dupla dimensão, formal e material. Esta última significa que ela incorpora ou materializa um modelo, uma actuação que deve ser seguida, podendo-se dizer que, na maior parte das situações, constitui para os seus destinatários

230 V. MUSACCHIA, Giuseppe, “*Gerarchia e teoria delle norme sulla produzione giuridica nel sistema costituzionale delle fonti*”, in RTDP, 1970, 1, 178.

um padrão orientador de comportamentos²³¹. Deve-se observar que, em relação a algum tipo de regras jurídicas, a verificação desta componente material se torna de difícil constatação. Pense-se, por exemplo, numa norma atributiva de competência ou numa norma autorizativa, em que o padrão comportamental transmitido, em regra, apresenta carácter facultativo. Mas mesmo nestas situações tal padrão existe: está a transmitir-se a ideia de que *aquele* órgão (e não qualquer outro) pode actuar *daquela* maneira (e não de qualquer outra)²³².

Mas para além dessa dimensão material, como dissemos, a norma jurídica apresenta também uma dimensão formal. Sob este ponto de vista, a norma apresenta-se como um veículo de comunicação, um canal transmissor que tem como objectivo difundir um enunciado deontico — recorde-se: um enunciado no qual um determinado comportamento é qualificado como obrigatório, permitido ou proibido²³³ — e induzir um curso de acção ou influenciar um comportamento²³⁴. Linguisticamente, dir-se-á que estamos em presença de um uso prescritivo ou directivo dos enunciados²³⁵, e, por isso, é corrente a equiparação dos termos “norma” e “directiva” ou “prescrição” jurídicas. Naturalmente, e como já foi assinalado, em relação à utilização prescritiva dos enunciados linguísticos — e até tendo em vista o carácter marcadamente descritivo e neutro que a ciência do Direito apresenta — não faz sentido a referência à verdade ou falsidade do seu conteúdo, já que um modelo é ou não seguido, é ou não acompanhado, mas não é, nem pode ser, verdadeiro nem falso.

Este uso directivo ou prescritivo da linguagem (*modalidade deontica*²³⁶) apresenta no Direito uma importância ineliminável, pois é através dele que os destinatários das normas jurídicas se convencem do carácter obrigatório do comportamento transmitido e da superioridade do sujeito emissor.

231 V. SCARPELLI, Uberto, “*Contributo alla semantica del linguaggio normativo*”, cit., 99-100.

232 É o que se passa, nomeadamente, com as normas que incorporam a possibilidade de o órgão legiferante primário autorizar um outro órgão constitucional a disciplinar certa matéria. Nestes casos, a norma autorizativa significa (i) que só o órgão legiferante primário pode autorizar e (ii) que ele só pode autorizar aquele outro órgão e (iii) em relação àquela matéria determinada.

233 Cfr. DICIOTTI, Enrico, “*Il concetto e i criteri della validità normativa*”, cit., 307.

234 Linguisticamente, não tem que se usar o imperativo; pode ser o presente do indicativo (aqui não se fala) ou o futuro (ninguém falará...), o infinito (não se deve falar...), etc. DICIOTTI, Enrico, “*Il concetto e i criteri della validità normativa*”, cit., 306-307; OLIVECRONA, Karl, “*Law as fact*”, cit., 118 e ss..

235 Acerca dos outros usos que a teoria da linguagem conhece, v. SANTIAGO NIÑO, Carlos, “*Introducción al análisis del Derecho*”, cit., 64.

236 Cfr. BULYGIN, Eugenio, “*Sobre la regla de reconocimiento*”, in *Análisis Logico y Derecho*, cit., 383.

Mais uma vez, as autorizações poderiam levantar problemas, pois à primeira vista uma norma jurídica que atribui genericamente a competência para a emanção de uma determinada norma não faz transparecer necessariamente uma relação de superioridade. Todavia, uma análise mais atenta demonstra que as coisas não são efectivamente assim: para se permitir é preciso poder ordenar o contrário; é uma derrogação de uma eventual proibição. Como já foi dito: “a afirmação do permitido nunca é autónoma, mas só tem juridicamente um sentido, quando limita ou define, mediante a indicação de uma excepção determinada, um comando preexistente, uma obrigação ou uma proibição anteriores”²³⁷. Por outro lado, a consideração das normas jurídicas como o resultado mais evidente desse uso prescritivo da linguagem confere-lhes duas importantes características que se torna fundamental assinalar-lhes: a *directividade* e a *especificidade*. A primeira querará significar — como já resulta do que dissemos — que a função primária do Direito (de um ordenamento) consiste em influenciar e / ou dirigir comportamentos²³⁸; a segunda que tal deverá ser feito de uma maneira directa, segura, clara: os deveres jurídicos resultantes das normas são deveres explícitos e indubitáveis²³⁹.

Enfatizando estes aspectos, e adoptando uma postura analítica rigorosa, cumpre distinguir enunciado normativo e norma, podendo-se dizer que os enunciados normativos são entidades linguísticas e que as normas são o sentido expresso por esses enunciados. A distinção não é supérflua ou escusada, na medida em que a mesma norma pode ser expressa por dois ou mais enunciados combinados e o mesmo enunciado por expressar duas ou mais normas, bastando que tenha mais do que um sentido gramatical²⁴⁰. De qualquer modo, numa postura corrente e menos exigente, assumindo um sentido unívoco para determinado enunciado gramatical, pode-se afirmar que norma e enunciado normativo, a maior parte das vezes, identificam-se.

Um problema que a análise linguística pode aqui suscitar é o de saber se um ordenamento normativo é composto unicamente por normas ou se nele

237 Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio, “Lições de filosofia do Direito”, cit., 386. V. ainda PEÑA FREIRE, Antonio, “Las normas sobre la producción jurídica”, in RFDGran, 6, 2003, 120 e ss., e ENGLISH, “Introdução ao pensamento jurídico”, cit., 39.

238 Acerca das funções das normas jurídicas (comandar, permitir, autorizar, derrogar), cfr. Kelsen, Hans, “Derrogation”, in “Die Wiener rechtstheoretische Schule”, cit., 1429.

239 Neste sentido, CALVO GARCÍA, Manuel, “Teoría del Derecho”, cit., 84, 85.

240 Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “Definiciones y normas”, cit., 442.

também se incluem as *definições* que são dadas pelo legislador (*lato sensu*) que, em rigor, não prescreveriam qualquer conduta²⁴¹.

Parece-nos que sim. As definições — típicas ou não típicas (indirectas, condicionais, incidentais ou meta-linguísticas)²⁴² — obrigam os aplicadores a usarem aquele sentido que foi emprestado pelo legislador, que, à partida, é diferente do sentido ordinário e corrente. Caso contrário, não havia necessidade de se verter em positivação a definição referida. A única diferença entre esta e as “outras normas” é que a conduta prescrita é uma conduta verbal ou linguística²⁴³.

De acordo com este modo de ver, as normas propriamente ditas são enunciados sintéticos (cotejáveis com a realidade) e as definições são enunciados analíticos (necessários), pretendendo-se com isto dizer que as primeiras, tendo que cumprir uma função prescritiva, guiar condutas, devem obrigatoriamente ser susceptíveis de aferição ou confrontação empírica e as situações a que elas se referem são sempre contingentes, já que não podem ser necessárias nem impossíveis²⁴⁴, ao passo que com as segundas o mesmo não se passa, pois não se vê necessidade de as aplicar na prática para que sejam operativas.

Ora, se as normas devem ser cotejadas com a realidade, uma conclusão se impõe: tem de se poder cumpri-las ou não cumpri-las, o que quer dizer que normas impossíveis, necessárias, contraditórias e tautológicas não são verdadeiras normas. A este respeito, pode-se dizer que a teoria analítica da norma afasta do seu núcleo dois tipos de enunciados linguísticos²⁴⁵:

- Em primeiro lugar, aqueles nos quais a sua condição de aplicação não se pode dar porque a conduta que se prescreve é de impossível cumprimento, podendo-se individualizar três sub-tipos: a impossibilidade lógica por contradição na própria norma (por exemplo: “Quando um solteiro cometer bigamia...”), a impossibilidade empírica, por previsão de um facto que contraria as leis naturais (ROSS fala aqui em falsa pressuposição fáctica – por exemplo: “O aborto

241 Cfr. MARÍN, Rafael Hernández, “*Definiciones en el Derecho*”, in AnFD, XI, 1994, 367 e ss.

242 Cfr., a respeito da distinção, MARÍN, Rafael Hernández, “*Definiciones en el Derecho*”, cit., 369 e ss.

243 Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Definiciones y normas*”, cit., 440; OLIVECRONA, Karl, “*Law as fact*”, cit., 133..

244 Assim, ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Definiciones y normas*”, cit., 34.

245 Neste sentido, SANTIAGO NIÑO, Carlos, “*Introducción...*”, cit., 289 e ss.

cometido no 15.º mês de gravidez...”) e a impossibilidade normativa, por contrariar o disposto em outra norma jurídica (ROSS fala aqui em falsa pressuposição normativa – por exemplo, “Os menores que adotem um filho...”).

- Em segundo lugar, aqueles nos quais a sua condição de aplicação não se pode dar porque a conduta que a norma prescreve é necessária (normas supérfluas), também aqui se sub-distinguindo a necessidade lógica (por exemplo: “Só se deve castigar por adultério as pessoas casadas”), a necessidade empírica (“Os médicos não devem ressuscitar os mortos”) e a necessidade normativa (uma norma que obriga os funcionários a receber papel selado e norma que obriga os administrados a entregar documentos em papel selado).

x) Fixação de um conceito adequado de norma jurídica

Em face de tudo isto, o que se pode dizer acerca do conceito de norma jurídica?

De acordo com uma orientação que nos parece conveniente e acertada, entendemos que uma norma será jurídica quando se afirmar como um enunciado deontico transmissor de um padrão de comportamentos e dotado de duas características: (i) a objectivação, por um lado e (ii) a sua inserção, por outro.

- (i) Em primeiro lugar, a juridicidade não prescinde de uma vontade objectivada. O contrário, a vontade subjectivada, poderia resultar no arbítrio, na injustiça e na violação dos parâmetros materiais essenciais de um Estado de Direito. Tal vontade objectivada poder-se-á reconduzir a inúmeras manifestações – poderá ser a vontade do povo, da nação, das classes dominantes, etc. – mas, em todo o caso, será uma vontade caracterizada pela heteronomia em relação ao sujeito que pontualmente a emanou. Tal objectivação, sob o ponto de vista da configuração da própria norma criada e tendo em atenção que a norma deve preceder sempre o caso, levará a que a esta sejam reconhecidas as características da generalidade e da abstracção. Generalidade, em referência ao elemento subjectivo da *fattispecie*, será sinónimo de indeterminação de destinatários e a abstracção, em referência ao elemento objectivo da *fattispecie*, significará indeterminação de situações da vida abrangidas. Em poucas palavras, o preceito em que a norma se traduz deverá ser caracterizado pela aplicação indefinida. Não se deverá confundir as

exigências de generalidade e abstracção – um problema de criação normativa – com a existência de actos que produzem efeitos internos e actos que produzem efeitos externos – um problema de aplicação normativa. Em face da existência em cada vez maior número de “ordenamentos jurídicos especiais”, torna-se necessário existir um acervo de normas que, não obstante serem gerais e abstractas, apenas direccionam a produção dos seus efeitos num determinado sentido – o daquele sub-ordenamento. Pense-se, por exemplo, nos regulamentos das forças armadas, de determinados serviços públicos, nas disposições de serviço de um superior hierárquico em relação aos seus subordinados, etc.²⁴⁶

- (ii) Todavia, a vontade objectivada, só por si, não se afigura suficiente. A norma deverá também ser integrada num complexo mais vasto do qual faça parte: um ordenamento jurídico. Não é possível afirmar-se a existência de uma norma se esta não estiver inserida (sistematicamente inserida) num corpo tendencialmente coerente e homogéneo. Por conseguinte, entendemos que só uma concepção integracionista permitirá, com toda a amplitude, captar a sua essência. Não se dispensam as dimensões formal e material acima apontadas, na medida em que a norma não pode deixar de ser uma prescrição que contém um padrão orientador de comportamentos, mas acrescenta-se-lhe uma outra: uma dimensão de integração que faz com que a prescrição em causa só seja efectivamente classificada como “norma jurídica” se puder ser dito em relação a ela que está integrada num complexo vasto do qual outras normas de igual natureza fazem parte. Naturalmente que, para captar esta sua dimensão, o estudioso ou observador da norma deverá recorrer, *prima facie*, à moldura constitucional no qual esta está inserida, pois será ela que, em princípio, conterà os critérios de pertença ao ordenamento dado²⁴⁷.

246 A este propósito, embora nos pareça ser a generalidade indiscutivelmente um requisito do conceito de “norma”, existem sectores da doutrina que têm algumas hesitações. Por exemplo, DEL VECCHIO, Giorgio, “Lições de filosofia do Direito”, cit., 376, entende que tal característica “...não é, em rigor essencial”. Aqui, é curiosa a inflexão de CRISAFULLI que começa por se inclinar no primeiro sentido, mas depois refere que “não é pacífico” (Cfr. “*Atto normativo*”, cit., 249, e “*Fonti del Diritto...*”, cit., 949). Porquê estas hesitações? Evidenciou-se que a norma jurídica se destina a produzir efeitos face a um número indeterminado de destinatários (pessoas ou não) e de situações, em contraposição a outros actos (que não poderiam assim ser classificados) cujos efeitos se projectam apenas em relação a círculos determinados, como por exemplo, os contratos, os actos administrativos e as decisões jurisdicionais (acórdãos e sentenças). Contudo, não se pode deixar de concordar que *alguns* contratos, *alguns* actos administrativos e *algumas* decisões jurisdicionais podem levantar problemas.

247 Cfr. FAVOREU, Louis (coord.), “*Droit constitutionnel*”, cit., 80.

Na sua consideração conjunta, a existência de uma vontade objectivada e a inserção do resultado normativo dessa vontade num corpo complexo levam a concluir pela tendencial estabilidade e repetibilidade das normas jurídicas, ou seja, a possibilidade da sua reaplicação.

Assim sendo, em face destes dados, propomos, numa base analítica e convencional, a seguinte definição de norma jurídica: enunciado deôntico objectivado e inserido num ordenamento.

δ) A questão da pré-determinação da função judicial

Fixado e esclarecido o perímetro da noção de norma jurídica, e antes de prosseguir, procuremos debruçar a nossa atenção sobre um conjunto de reflexões que por vezes são convocadas neste âmbito e que se prendem com a questão da perspetivação da norma como um pressuposto decisório do poder jurisdicional²⁴⁸.

A este respeito, é corrente afirmar-se que uma norma jurídica deverá ser aquele acto que funciona para o juiz como parâmetro deliberatório, isto é, que lhe fornece as coordenadas de resolução do litígio inerente ao caso *sub-iudice*. Por exemplo, num litígio que oponha o contribuinte à fazenda nacional, em que se levanta a questão de saber se a administração tributária poderia lançar mão dos denominados “métodos indirectos de avaliação” (v.g., “métodos indiciários”) o art.º 87.º da LGT constituirá o elemento norteador da decisão do juiz tributário, em termos de saber se a aplicação dos referidos métodos deveria ou não ter sido levada a efeito e em que termos. O mesmo se passa em relação ao art.º 243.º do CC quando se procura indagar se a nulidade do pacto simulatório pode ser oposta a terceiro, ou em face do art.º 410.º do mesmo diploma quando num litígio se levanta a questão de saber se o contrato promessa deve revestir alguma forma especial. Nestes termos, qualquer das disposições apontadas, porque constituem o pressuposto necessário à decisão do juiz, são consideradas normas jurídicas.

Se quiséssemos tematizar em termos mais problemáticos, poderíamos trazer ao discurso uma dúvida que será objecto da nossa reflexão num momento substancialmente mais adiantado do trabalho e que se relaciona com um particular tipo de manifestação normativa ou pseudo-normativa:

248 V. DE OTTO, Ignacio, “*Derecho Constitucional - Sistema de fuentes*”, 2.ª ed., 7.ª reimp., Ariel, Barcelona, 1999, 72.

os resultados das consultas referendárias²⁴⁹. Neste domínio, uma questão que se pode levantar é a de saber se os tribunais estão vinculados aos resultados de tais consultas, em termos de se poder dizer que estes constituem um parâmetro norteador das suas decisões, ou se, diferentemente, apenas estamos perante um acto com conotações políticas. Sem pretender levantar em demasia o véu sobre este debate, sempre podemos adiantar que a resposta tende para o lado negativo, assumindo, é certo, que não estamos a falar de referendos abrogativos²⁵⁰, de resto inexistentes no nosso ordenamento.

O problema, porém, pode colocar-se em termos reversos: poderemos considerar que todas as decisões que sirvam de pressuposto necessário à decisão jurisdicional são normas jurídicas? Uma análise atenta da questão revela que a resposta afirmativa não é adequada, deixando transparecer um carácter demasiado extenso. Com efeito, contratos e actos administrativos também são, nos termos referidos, pressupostos de decisões jurisdicionais e, apesar disso, a maior parte da doutrina não tem hesitado em os não considerar normas jurídicas. Tal dever-se-à ao facto de, em rigor, estes dois tipos de actos constituírem não apenas o pressuposto, mas também, e principalmente, o objecto da decisão, pois podem ser alvo de um juízo de censura (v.g., anulação, declaração de nulidade) que não é possível em relação aos actos normativos em sentido próprio e estrito.

A partir desta última ideia, podemos encontrar uma correcção ou aperfeiçoamento da ideia de pré-determinação normativa da função jurisdicional. Trata-se de aceitar a evidência de que alguns actos que se afirmam, realmente, como critérios norteadores da decisão, não podem, todavia, ser encarados como normas. Isto porque uma norma, para o ser, não deverá ser susceptível de apreciação da sua conformidade por parte do aplicador. Deste modo, o juiz deverá limitar-se a aplicar a lei e nunca a indagar da sua conformidade com um qualquer parâmetro aferidor de validade²⁵¹. Por conseguinte, nunca deverá/poderá declarar uma norma nula ou ineficaz,

249 Cfr., a respeito do tema, URBANO, Maria Benedita, "O referendo...", cit., 293.

250 V., a propósito dos mesmos, ZAGREBELSKY, Gustavo, "*Manuale di Diritto Costituzionale*...", cit., 187 e ss.

251 A insusceptibilidade de aferição da bondade material da norma aplicanda deve, contudo, ser temperada com a possibilidade que determinados ordenamentos — entre os quais o português — reconhecem de controlo concreto da constitucionalidade. Nestes casos, não só constitui um direito, mas um verdadeiro dever, a suscitação, por parte do juiz, da constitucionalidade ou ilegalidade do veículo transmissor de padrão de comportamentos (norma) que está a ser utilizado em concreto (cfr. art.º 204.º da CRP). V., a propósito, e em referência ao ordenamento interno, GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional...", cit., 982 e ss.

pois, se o fizer, já não estaremos em face de um acto normativo. Será o que se passa, por exemplo, com os contratos. Estes constituem pressuposto, é certo, mas também objecto da decisão do juiz²⁵².

1.2.4. Equívocos linguísticos e pseudo-classificação de fontes

Se a noção de fonte de Direito se presta a inúmeros equívocos derivados dos vários enfoques mediante os quais pode ser perspectivada, as respectivas classificações não se prestam a menos. Tradicionalmente, aquilo que muitas vezes tem sido apresentado sob a forma de “espécies” ou “classificações” mais não são do que o resultado da sobreposição dos vários planos em que esta matéria tem sido encarada. Em boa verdade, muitas vezes nem sequer estamos perante fontes de Direito propriamente ditas.

É o que se passa nomeadamente com as denominadas “fontes-facto” e “fontes-acto”. Apelando a um critério que utiliza como ponto de partida a circunstância de existir ou não uma vontade normativa, é corrente tal distinção, numa tentativa de transposição para o âmbito das fontes de Direito da clássica distinção entre facto jurídico e acto jurídico. A tal propósito, dizem-se fontes-facto (ou fontes não voluntárias) aquelas na base das quais não existe especificamente a finalidade de criar uma fonte de Direito, como supostamente seria o caso dos princípios (gerais); já as fontes-acto (ou fontes voluntárias) serão aquelas que — pressupondo um sujeito e uma vontade, quer de acção, quer de declaração — têm na sua génese uma específica vontade de produção normativa. Ora, tendo nós assumido que um dos pressupostos essenciais do conceito de fonte é a existência de uma vontade de produção normativa, será difícil de aceitar a criação de Direito naquelas situações em que tal vontade não existe.

Aliás, face a esta exigência, também parece ser de rejeitar a menção a fontes de cognição e fontes de criação, pois que, em rigor, todas as fontes são

252 Por outro lado, deve ser apontado o que será o parâmetro norteador da decisão judicial. Neste ponto, encontram-se as normas positivadas sempre em primeiro lugar, porque emanadas da autoridade competente para tal e em relação a elas existe uma vontade de produção jurídica determinada. Tudo o resto (costume, natureza das coisas, valores ou dados não escritos, etc.) como não expressam uma vontade desse tipo apenas terão valor subsidiário. Contudo, mesmo a ideia de subsidiariedade não está isenta de críticas, na medida em que se continua a fazer apelo a determinantes não jurídicas (sociológicas ou éticas...) ao dizer-se que tais realidades são fontes subsidiárias para o juiz. A crítica reside no facto de ainda estarmos a misturar os critérios, um para a fonte “principal” e outros para as fontes subsidiárias... Mas ainda assim parece ser a mais adequada, principalmente quando usada na forma de teoria da autorização (*Gestattungstheorie*) — o costume, o direito natural, a doutrina terá força jurídica se e na medida em que autorizado pela lei e aplicado por um juiz. É uma solução formalmente adequada.

fontes de criação, na medida em que o que caracteriza uma fonte é exatamente isso – a capacidade de inovar, de introduzir, de criar. Uma mera fonte de cognição seria aquela que, não criando Direito algum, se limitava a reconhecê-lo, a declarar a sua existência, como seria supostamente o caso dos textos normativos em relação à norma em si. Contudo, bem vistas as coisas, relativamente a esse texto, devendo-se aceitar que é de facto o veículo de transmissão do padrão de comportamentos em causa, já levanta algumas reservas a sua consideração como fonte, ainda que “de cognição”, pois, na realidade, algo que se limita a (re)conhecer não cria.

Outra suposta classificação que merece reparos é a que distingue as fontes em “típicas” e “atípicas”, as primeiras significando aquelas que são objecto de uma previsão normativa anterior (constitucional ou legal) e as segundas significando aquelas que o não são, existindo, por assim dizer, a partir de um mero facto jurídico. Uma fonte atípica, nesta asserção, seria o costume, na medida em que este arrancaria a sua juridicidade da ocorrência repetida de um determinado comportamento e não de uma qualquer abrangência por um tipo jurídico. Contudo, o equívoco parece manifesto. Se dissemos que uma fonte, para o ser, além de uma manifestação de vontade, necessita da existência de uma atribuição prévia por parte do ordenamento jurídico – o que pressupõe naturalmente uma previsão sob forma jurídica – não se vê como se poderia, em coerência, aceitar a existência de fontes independentes de pré-tipificação. Em todo o caso, convém alertar para o facto de que, por vezes, encontramos certos núcleos de produção normativa que, por estarem “espalhados” de uma forma a-sistemática pelo ordenamento e por revestirem carácter manifestamente excepcional em termos de criação de Direito, podem ser predicados com o qualificativo “atípico”: lembremo-nos apenas, e a título exemplificativo, dos resultados das consultas referendárias, de alguns decretos presidenciais ou de algumas resoluções²⁵³.

Finalmente, admitindo-se, como o fizemos, que uma fonte é um núcleo de produção normativa de carácter inexaurível, não nos parece que seja de aceitar a contraposição entre fontes duradouras e fontes provisórias²⁵⁴.

253 Cfr. o que dizemos *infra*, pp. 597 e ss.

254 Quando muito, na nossa perspectiva, poderá ser feita referência a normas de eficácia duradoura e normas de eficácia permanente, sem que tal colida com a classificação da respectiva fonte, sempre permanente. Por exemplo, a Constituição italiana prevê, no seu art.º 77.º que “quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni”. Tais decretos perdem a sua eficácia jurídica se não forem convertidos em lei nos 60 dias subsequentes à sua publicação. No mesmo sentido, a Constituição brasileira (art.º 62) prescreve o seguinte: “em caso de

A aceitar-se tal dicotomia, a inexaurabilidade passaria a ser encarada como uma contingência do conceito de fonte, o que, nos termos que referimos, nos parece de discordar.

Ainda assim, e apesar das dificuldades apontadas, podemos ensaiar – com propósitos meramente expositivos e não de individualização de qualquer regime jurídico particular que possa ser directamente relacionado –, algumas classificações.

Dissemos atrás que uma fonte de Direito consistia num núcleo de produção normativa. Ora, atendendo à origem desse núcleo, podem ser distinguidas fontes internas e fontes externas. As primeiras são aquelas fontes que, sendo identificadas por um determinado ordenamento jurídico, ganham corpo através de órgãos desse mesmo ordenamento. Ao invés, as fontes externas são aquelas que, sendo identificadas num determinado ordenamento como aptas a nele introduzir normas jurídicas (Direito objectivo), materializam-se através de órgãos que não pertencem a esse ordenamento, mas a um outro.

É o que se passa quando um determinado ordenamento recebe e reconhece normas de direito material estrangeiro na sequência de um reenvio para estas efectuado pelas suas próprias normas. Com efeito, naquelas situações em que um aplicador de Direito tem diante de si uma relação jurídica plurilocalizada, levanta-se o problema de saber qual a norma que deve ser aplicada para resolver o litígio em questão, acontecendo muitas vezes que o ordenamento do foro não se reconhece materialmente – apesar de se reconhecer processualmente – competente para o decidir. Nestes casos, é frequente o recurso – através da solução do reenvio – a normas de Direito material estrangeiro que, melhor do que outras, serão as adequadas para a justa composição dos interesses em litígio. Tais normas, provenientes de fontes externas (pois além de nascerem de um órgão de produção integrado em outro ordenamento, estão sujeitas a referências unificadoras diferentes), não sendo incorporadas no ordenamento do foro, são por este reconhecidas (*referência recognitiva*) e aplicadas apenas àquele caso, constituindo uma situação em que a referência pré-determinante da função jurisdicional é, por assim dizer, alheia ao sistema em que aplicador está integrado.

relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (...). Também estas medidas provisórias “perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação”.

Ora, se esta é uma situação relativamente fácil de identificar e de caracterizar, podendo-se assumir sem reservas a existência de uma fonte externa de produção normativa, já maiores problemas poderão levantar as referências (i) ao Direito Internacional, (ii) ao Direito Europeu Comunitário e (iii) ao Direito Natural.

Vejam os porquê e em que termos.

- (i) Começamos pelo Direito Internacional. À partida, deve-se logo referir que não é absolutamente pacífico que exista o que se possa designar por “Ordenamento jurídico Internacional”. O problema não passará tanto, repare-se, pelos problemas conceituais levantados por uma “linguística analítica” e que levam à consideração de um acervo de normas como constituindo um ordenamento, mas antes pelas diversas posições doutrinárias a respeito das relações entre as normas internas e as normas internacionais. Desde logo, o problema não se colocará se for adoptada uma posição monista acerca de tais relações, uma vez que havendo um único ordenamento não faz sentido a referência a normas externas e, conseqüentemente a fontes externas. Estas só existirão, por conseguinte, se for aceite o dualismo de ordenamentos. Neste caso, podem ser susceptíveis de aplicação pelos órgãos internos de um ordenamento normas que não tenham sido criadas no âmbito deste. Tal passa pela consideração da existência de “fontes próprias” de Direito Internacional, o que também não é absolutamente seguro, pois não apenas as normas dos tratados internacionais podem ser vistas numa concepção voluntarista que as conceba como produto de actuação normativa interna, como mesmo as outras eventuais manifestações normativas — como os princípios gerais de Direito, a equidade ou o costume — podem não ser aceites como fontes. Todavia, se o forem, são inegavelmente fontes externas de produção jurídica.
- (ii) Quanto ao Direito Comunitário as questões levantadas poderão ser ainda mais complexas. Mesmo que assumida uma postura inicial de dualismo ordenamental — o que foi desde o início assumido de uma forma unilateral pela jurisprudência dinâmica do TJCE —, tal não conduz necessariamente à consideração da existência de fontes externas. Basta, para que tal aconteça, que não se aceite o carácter originário da produção normativa europeia comunitária, entendendo-se esta como (ainda) uma projecção da norma interna de cada Estado-membro, que, em termos pré-determinados, autorizaria os órgãos comunitários a criar Direito. Contudo, um entendimento

razoável destas questões passará pela consideração de que a autorização referida — que, inegavelmente existe e deve existir — será antes uma autorização geral para a prossecução das finalidades que as instituições comunitárias devem prosseguir e não tanto para a emanação, em concreto, de normas jurídicas. Algumas destas, de resto, até necessitam de transposição para a ordem interna, o que seria descabido se estivéssemos em face de normas já de si internas.

- (iii) Finalmente, o Direito Natural conduz o analista do Direito a um quase insolúvel problema ontológico: existirá um “ordenamento jurídico natural”? Os autores de matriz jusnaturalista não hesitam em afirmar a existência de um “juízo de consciência” ou “sentimento de justiça” pré-existente ao dado, ao positivo. Isto é de extrema importância, pois se assim for pode-se afirmar a existência de fontes derivadas desse Direito natural, reconhecendo-o ou, numa visão mais moderada, entender que tais fontes só existirão se o Direito positivo as reconhecer.

Em outro plano discursivo, podemos falar num diverso tipo de fontes. Como dissemos, um dos elementos constitutivos da noção de fonte é a existência de uma autorização prévia da parte do ordenamento jurídico e tal autorização, também o dissemos, não se materializa numa hierarquia rígida e pré-determinada mas antes numa autorização global do ordenamento no sentido de possibilitar que um determinado núcleo produtor emane normas jurídicas. Ora, em função da quantidade de núcleos produtores que se podem debruçar sobre determinado núcleo material de produção jurídica pode-se distinguir fontes concorrenciais e fontes reservadas.

Pode-se ainda colocar o problema (sistemático) do valor recíproco das respectivas normas, em termos de se dever distinguir normas que têm entre si o mesmo valor e normas que têm valor reforçado. Já não se tratará, contudo, de uma classificação respeitante ao núcleo de produção, mas ao produto da sua vontade legiferante.

Uma referência final merecerá um tipo de fontes que assume uma importância crescente um face da descentralização normativa que caracteriza os ordenamentos actuais: as denominadas “fontes delegadas”²⁵⁵. Estas mais não são do que fontes — autênticos núcleos de produção normativa, portanto — sujeitas a uma autorização especial que acresce à autorização genérica

255 V., por exemplo, BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 167.

do ordenamento (a “norma de reconhecimento”²⁵⁶) e sem a qual as respectivas normas se consideram inválidas ou inexistentes. O caso mais comum é o dos regulamentos administrativos. Ninguém negará que estes introduzem no ordenamento jurídico verdadeiras normas jurídicas, mas muitas vezes tal só sucede se estiverem ancorados numa prévia autorização legal. Configuram-se, deste modo, como fontes sujeitas a “condição”: a condição de serem previamente autorizados por lei.

1.2.5. A desconsideração da função jurisdicional, da vontade negocial privada e do costume como “fontes”

Da noção de fonte de Direito por nós proposta pode-se induzir que muitas manifestações jurídicas que tradicionalmente são encaradas como modos de produção normativa não podem, no âmbito da presente investigação, ter tal acolhimento. Tal sucede, em boa verdade, porque encaramos o problema da produção normativa de um ponto de vista marcadamente publicista, o que, em consequência, arreda da consideração quaisquer fontes que não se revejam nos crivos constitucionais ou que tenham na sua génese um pretenso impulso privatista. Tal não implica, sub-entenda-se, que ignoremos que o Direito se manifesta inúmeras vezes por formas não normativas, como as contratuais por exemplo, mas significa apenas que o nosso objecto de cogitação e análise continua, como deve, a ser sempre o mesmo: as normas jurídicas.

Mas a este respeito entendemos que considerações suplementares deverão ainda ser tecidas, de modo a afastar quaisquer equívocos e dúvidas nos alicerces da construção que estamos a efectuar, importando, nomeadamente, sublinhar porque é que, na nossa óptica, os acórdãos, as manifestações privadas de vontade e os costumes não podem ser considerados fontes.

Debrucemo-nos, então, individualizadamente sobre tais tópicos.

1.2.5.1. A função jurisdicional

O estudo comparativo das fontes de Direito nos vários ordenamentos poderia levantar o problema de saber se os tribunais “criam” Direito e, desse modo, a jurisprudência poderia ser classificada como núcleo de produção normativa e fonte de Direito. Apesar de o nosso estudo ser primordialmente orientado para o ordenamento jurídico português, assumindo-se assim

256 Cfr. *infra*, pp. 132 e ss. e *passim*.

como um estudo localizado e “positivado”, não podemos deixar de concordar com a conclusão de que o problema merece destaque no âmbito de uma abordagem rigorosa da ciência do Direito e, como tal, cumpre indagar se, ao menos em abstracto tal possibilidade pode ser válida.

Desde logo, importa referir que podemos encontrar vários sentidos possíveis para preencher o enunciado linguístico “criação jurisprudencial de Direito”²⁵⁷. Tanto podemos estar a fazer referência à susceptibilidade de criação de uma norma particular (*ad-hoc*) nas situações em que não existe previsão normativa para disciplinar uma determinada situação (lacuna), como podemos estar a aludir à criação judicial de normas gerais vinculativas sob a forma de precedente, como podemos ainda estar a pensar nos casos em que o juiz, através da sentença aplica a lei e cria um mandato particular válido para aquele caso em concreto, como, por fim, podemos ter em vista a susceptibilidade de funcionar como legislador negativo através da expulsão de normas *desconformes* do ordenamento. Ora, será tendo em atenção todos estes possíveis sentidos – nem todos eles merecedores da nossa adesão – que procuraremos centrar a retórica nos passos seguintes.

O primeiro ponto a colocar em evidência é este: os tribunais são acima de tudo órgãos aplicadores de normas jurídicas. Têm por função, no âmbito dessa tarefa, dirimir os litígios, aplicando ao caso em concreto as normas que lhes pareçam adequadas, num ambiente de textura aberta, de ponderação e adequação valorativa, e muitas vezes de discricionariedade. O resultado dessa função applicativa é um acto de carácter individual e concreto que, longe de criar o Direito (embora o possa adequar), se limita a declará-lo e a aplicá-lo. Nesta medida, parece que a jurisprudência não pode ser considerada fonte de Direito, dada a sua insusceptibilidade de se apresentar como um núcleo de criação de Direito objectivo²⁵⁸. Tal como a autonomia da vontade, apenas criará direitos subjectivos ou pretensões jurídicas individuais, o que não se coaduna, de forma alguma, com uma noção adequada de fonte. Por outro lado, o juiz não pode alterar ou revogar a norma pré-existente, nas situações em que com o seu conteúdo não concorda.

Contudo, o problema, ou melhor a sua resolução, não é tão linear quanto estas considerações parecem fazer querer. É que existem dois factores que

257 V., a propósito, ITURRALDE, Victoria, “*Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law: El caso español*”, in AnFD, XII, 1995, 402 e ss; PATTARO, Enrico, “*Filosofia del Diritto*”, cit., 198 e ss.

258 Em sentido contrário, todavia, SANTIAGO NIÑO, “*Introducción...*”, cit., 149.

poderiam levar a considerar a produção judicativa como fonte de produção normativa. São eles a consideração dos princípios gerais de Direito e da equidade²⁵⁹ como parâmetro de conformação da resolução de litígios individuais e a susceptibilidade de algumas decisões jurisdicionais poderem ter uma eficácia mais ampla que a mera eficácia *inter partes*.

Vejamos separadamente cada uma destas realidades.

a) a suposta criação jurisprudencial de Direito

Como já temos vindo a dizer, e como teremos oportunidade de observar aprofundadamente numa fase mais adiantada da investigação, as normas jurídicas devem estar agrupadas num corpo tendencialmente completo. A ausência de completude, ou por outras palavras, a falta de norma para aplicar a um caso em concreto coloca o juiz numa posição difícil e quase incontornável em face da proibição que sobre ele impende de pronunciar o *non liquet*. Em tais situações, estamos em face de uma lacuna no ordenamento jurídico.

Admitindo que as lacunas são algo de patológico no ordenamento — o que não é líquido —, e que não são eliminadas através de uma intervenção legislativa pronta e eficiente, surge a necessidade de as suprir, principalmente em face das exigências de resolução de um litígio em concreto, ou seja, surge a necessidade de as preencher ou integrar. Servindo-nos da lição de BOBBIO²⁶⁰, podemos afirmar a existência de duas formas básicas de integração de lacunas: a chamada auto-integração, em que se vai procurar a solução para o espaço em branco dentro do próprio ordenamento — recorrendo, por exemplo, à analogia com um caso similar relativamente ao qual exista disciplina jurídica adequada (analogia *legis*), ao precedente, à equidade ou aos princípios gerais de Direito (analogia *juris*) —, e a hetero-integração, em que a solução se vai buscar fora do ordenamento em que a lacuna se verifica, como seria o caso, por exemplo, do recurso ao Direito natural (para quem admita tratar-se de um ordenamento próprio) ou a um ordenamento estrangeiro.

Pois bem. Em alguns destes casos, nomeadamente quando o juiz — nos casos em que a lei lho permite, pelo que sempre estaríamos a falar de uma

259 Cfr. art.º 4.º do CC.

260 BOBBIO, Norberto, “Teoria dell’ordinamento giuridico” in *Teoria generale del Diritto*, Giappichelli ed., Torino, 1994, 242 e ss.

fonte delegada — procede à integração de uma lacuna através do recurso à equidade ou aos princípios gerais de Direito, não estará ele, efectivamente, a criar uma norma jurídica e, por conseguinte, a criar Direito?

A análise linguística dos conceitos pode ser aqui, mais uma vez, de extrema utilidade. Se pela expressão “criar Direito” entendemos a susceptibilidade de fazer nascer uma solução jurídica nova para um determinado caso, solução essa que não existia, então teremos de concordar que o juiz, realmente, cria Direito. Se, porém, entendemos que “criar Direito” significa criar Direito objectivo, isto é normas jurídicas, então seremos forçados a concluir que o juiz não cria norma alguma, valendo a sua solução integradora apenas para aquele caso. Evidentemente que a expressão deve ser entendida neste último sentido, pelo que deve ser negada a possibilidade de criação de Direito por via jurisprudencial²⁶¹.

Deve-se salientar que esta conclusão é também atingida nas situações em que, não havendo lacuna, existe todavia um amplo espaço de conformação que o juiz pode exercer. Na verdade, mesmo quando goza de um dilatado âmbito de liberdade no momento da aplicação da norma ao caso em concreto — o que o ordenamento nem sempre permite (pense-se, por exemplo, nas normas tributárias e fiscais) —, ele assume uma função meramente recognitiva de uma disposição normativa já existente²⁶².

Ainda assim, não podemos fechar os olhos à relevância desta temática, e é até conveniente relevar o facto de que, como muito bem refere BULYGIN²⁶³, apesar de os juizes não criarem normas, muitas vezes eles estabelecem enunciados definitórios — isto é, que determinam a extensão de um conceito — e por essa forma contribuem para a formação do material normativo.

261 Problema diverso será o de saber se a equidade seria, ela própria, a fonte do Direito eventualmente criado ou se, diferentemente, se deveria considerar como tal fonte o *juízo* dela decorrente (a decisão jurisdicional concreta). Tudo passaria pela resolução do problema de saber se as sentenças teriam, em tais casos efeitos declarativos ou efeitos constitutivos, entendendo por exemplo BOBBIO (“*Il positivismo giuridico*”, cit., 175) que a resposta adequada seria a segunda pois, caso contrário “dever-se-ia admitir a equidade como fonte de direito também em referência ao legislador, que também não produz as normas às cegas, mas inspirando-se nas exigências de justiça, do bem social, etc...”. A respeito da equidade, v. ainda AUSTIN, John, “*Lectures on jurisprudence (or the philosophy of positive law)*”, II (lecture XXXIII), cit., 576 e ss.

262 Neste sentido, GORLERO, Maurizio P. “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 7.

263 Cfr. “*Sentencia judicial...*”, cit., 369.

b) As decisões dos tribunais superiores dotadas de força obrigatória geral

Uma das tradicionais notas caracterizadoras das funções jurídicas aplicativas – administrativa e jurisdicional – reside na circunstância de os respectivos órgãos, ao efectivarem o Direito, isto é, ao declará-lo a um caso em concreto, se limitem exactamente a isso: a declará-lo, não lhes sendo reconhecidas prerrogativas criadoras. Tal sucede, entre outras considerações, devido ao facto de esses órgãos, ditos executivos, não terem legitimidade para questionar a conformidade ou a desconformidade da norma aplicanda com qualquer parâmetro, jurídico ou não.

Ora, se isso em certos ordenamentos é verdade para os órgãos administrativos, é-o menos para os tribunais. Estes, quaisquer que sejam, na sua tarefa continuada de afirmação e efectivação do Direito, estando num primeiro momento apenas obrigados a aplicar as normas criadas pelos poderes constitutivos – constituinte e legislativo –, estão por vezes, num segundo momento, vinculados também a um dever de fiscalização e de controlo dessas normas, devendo-as somente aplicar na medida em que entendam que elas são susceptíveis de aplicação, sob o ponto de vista da sua validade *lato sensu*. Entendendo que um determinada norma infringe o disposto em outra norma de hierarquia superior (v.g., constitucional ou reforçada), então constitui dever *ex officio* proceder à sua desaplicação. É que se passa, como se sabe, no ordenamento normativo português, no âmbito do qual, nos feitos submetidos a julgamento, “não podem os tribunais aplicar normas que infringem o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”²⁶⁴.

Pois bem, neste quadro de prerrogativas gerais de sindicância das normas jurídicas, os tribunais superiores (num sentido amplo) desempenham um papel que não se esgota com a mera desaplicação ou desbancamento da norma desconforme com um parâmetro. Muito mais do que isso, eles têm frequentemente poderes de eliminação definitiva, afastando tais normas do ordenamento jurídico²⁶⁵. Duas situações merecem aqui especial menção, em referência ao ordenamento constitucional português: as prerrogativas do Tribunal constitucional de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral²⁶⁶ e os poderes do Tribunais administrativos e tributários

²⁶⁴ Cfr. art.º 204.º da CRP.

²⁶⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*La giustizia costituzionale*”, Il Mulino, Bologna, 1977, 145 e ss, em particular 167 e ss.

²⁶⁶ Cfr., art.º s 281.º e 282.º da CRP.

de declaração, também com força obrigatória geral, da ilegalidade de normas administrativas e tributárias²⁶⁷. Do mesmo modo, deve ser mencionado que, embora não integrado na ordem jurisdicional interna – mas com ela intimamente relacionado numa relação de cooperação –, o TJCE dispõe de poderes de anulação das normas europeias²⁶⁸.

Então, nestes casos, cabe perguntar: faz sentido falar em relação a tais tribunais – que, indubitavelmente, exercem prerrogativas inseridas na função jurisdicional²⁶⁹ –, em poderes de criação normativa? Não estarão nestes casos os tribunais a introduzir no ordenamento jurídico uma norma nova, materializada na inexistência da norma anterior, vinculando de uma forma geral (com “força obrigatória geral”) todas as entidades públicas e privadas²⁷⁰? Enfim, não serão estes actos formalmente jurisdicionais e materialmente legislativos²⁷¹?

O argumento parece sedutor. Contudo, dois contra-argumentos parecem obstar a tal conclusão: por um lado, dificilmente se poderá falar em jurisprudência em algumas destas situações, face à inexistência de caso em concreto, como é o que sucede com a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral prevista no art.º 282.º da CRP²⁷²; por outro lado, se encarmos – como, de resto, o devemos fazer – um tribunal como um órgão que “administra a justiça em nome do povo”, pouco espaço restará para a sua consideração como órgão criador, legiferante, embora não legislativo, pois a fórmula “administração da justiça” encerra inequivocamente propriedades marcadamente aplicativas. De resto, a própria configuração democrática²⁷³ – ainda que indirecta – das funções normadoras dificilmente toleraria a transformação do juiz numa espécie de pretor. A circunstância de, excepcionalmente, um tribunal ou um conjunto determinado de tribunais terem prerrogativas de controlo normativo e de emanarem actos com conteúdo inegavelmente próximo dos actos normativos não poderá

267 Cfr. art.º s 38.º, alínea c); 49.º, n.º 1, alínea e), sub-alínea i) do ETAF; e 72.º e ss. do CPTA.

268 Cfr. 173 e 174 TCE.

269 Assim, CUGURRA, Giorgio, “*Considerazioni sull’attuale sistema degli atti pubblici*”, in RTDP, 1972, 1, 96.

270 V., a propósito, MÜLLER, Friedrich, “*Richterrecht (Elemente einer Verfassungstheorie)*”, in *Schriften zur Rechtstheorie*, 119, Duncker & Humboldt, Berlin, 1986, 98-99.

271 PIZZORUSSO, Alessandro, “*Sistema istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*”, cit., 142.

272 Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal constitucional como fontes do Direito”, in “Nos dez anos da Constituição”, Jorge Miranda (org.), INCM, Lisboa, 1986, 254.

273 V. MÜLLER, Friedrich, “*Richterrecht...*”, cit., 100.

transformar em regra o que, sem margem para dúvidas, deve ser encarado como uma excepção^{274 275}.

1.2.5.2. *A vontade negocial privada*

Outro núcleo problemático que nos poderia levantar dúvidas ressalta do impulso privatístico manifestado pelos diversos ordenamentos. Torna-se importante sublinhar que não estamos aqui (ainda) a fazer referência às normas privadas que são absorvidas por meio de instrumentos públicos de normação – como acontece com algumas “normas técnicas” recebidas pela lei ou pelo regulamento e cuja consideração teremos ocasião de efectuar numa fase mais avançada²⁷⁶ – mas tão somente às manifestações absolutamente privatísticas de produção de efeitos jurídicos.

Na realidade, não se pode negar que a vontade negocial privada é susceptível de assumir relevância no mundo jurídico através da criação, modificação ou extinção de direitos e deveres da mais diversa natureza. Por exemplo, através dos seus vários corolários, o princípio da autonomia da vontade – na vertente de liberdade negocial – atribui aos sujeitos com capacidade jurídica, e dentro dos limites legais, a faculdade de celebrar os negócios e contratos que quiserem, com quem quiserem, dando-lhes o conteúdo que quiserem e apondo-lhes as cláusulas acessórias que entenderem. Nasce, desta forma, direitos e deveres recíprocos, de uma heterogeneidade enorme e que não têm o respectivo assento em qualquer acto público que os outorgue, mas numa manifestação voluntária e livre das entidades privadas. Basta pensar no dever de entrega de uma coisa móvel em virtude da celebração de um contrato de compra e venda, ou no direito a exigir o pagamento do salário em consequência da celebração de um contrato de trabalho ou ainda o direito a exigir a não abertura de um estabelecimento comercial em consequência da assunção de uma obrigação de

274 Assim, GORLERO, Maurizio P., “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 7; MÜLLER, Friedrich, “*Richterrecht...*”, cit., 98; CUGURRA, Giorgio, “*Considerazioni sull’attuale sistema degli atti pubblici*”, 98.

275 Duas outras situações poderiam neste contexto merecer referência: a faculdade do STJ de emanar acórdãos uniformizadores de jurisprudência e a do TJCE de, a título prejudicial, fixar um determinado sentido interpretativo (cfr. art.º 177 TCE) a dar a certo preceito europeu comunitário. Contudo, parece-nos, quer num caso quer no outro estamos menos em presença de criação de verdadeiras normas do que da determinação de um *indirizzo* hermenêutico que, aliás, não deverá ter força vinculativa, atento o princípio da independência (funcional) dos juizes, que não devem prestar obediência a directivas ou instruções superiores. Em todo o caso, não podemos deixar de concordar com o entendimento de que se tratam de importantes meios jurídicos de conseguir atingir, nos casos em concreto, a justiça material reclamada pelos princípios da igualdade (em relação a situações anteriores) e da segurança jurídica. Cfr., a propósito, CALVO GARCÍA, Manuel, “*Teoría del Derecho*”, cit., 130.

276 Cfr. infra, pp. 401 e ss.

não concorrência. E tais efeitos até se podem produzir para além de um simples nexos subjectivo bilateral: os estatutos de determinadas associações privadas impõe deveres de cumprimento localizado que também não se espelham em qualquer norma pública e que possuem um âmbito de abrangência por vezes bastante alargado.

A partir destas considerações, poder-se-ia pensar que também a vontade negocial, privada, atento este seu carácter constitutivo, poderia ser encarada como um núcleo de produção normativa e como uma fonte de Direito. O próprio KELSEN o reconhece ao afirmar a existência de “normas” criadas pela autonomia da vontade, nas suas várias manifestações e SANTIAGO NIÑO afirma neste contexto a existência de um fenómeno de descentralização da capacidade de editar normas²⁷⁷.

Contudo, cremos, as coisas não se passam assim. A consideração da vontade privada como fonte de Direito pressuporia a conclusão de que ela seria capaz de introduzir Direito objectivo, isto é *normas*, no ordenamento jurídico o que, manifestamente, não é o caso. É capaz, isso sim, de introduzir no mundo do Direito – e não no ordenamento jurídico, uma vez que este é um conjunto de normas – pretensões merecedoras de tutela, mas pretensões sem a marca da generalidade e abstracção que qualquer norma jurídica reclama. Por outras palavras, a autonomia da vontade consegue criar direitos subjectivos, mas não consegue criar Direito objectivo. Por isso, dificilmente se pode conceber a vontade negocial como um núcleo inexaurível de produção normativa, pois falta-lhe exactamente esta última referência: a susceptibilidade de produção normativa²⁷⁸.

Além disso, naquelas situações em que algumas regulações privadas são reconhecidas ou transformadas pelo Estado e, por essa via, introduzidas no ordenamento normativo²⁷⁹, estamos sempre em face de normas que, em última instância têm nesse mesmo Estado o seu fundamento genético.

277 V. SANTIAGO NIÑO, “Introducción...”, cit., 150.

278 V., neste sentido, NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 7.

279 Cfr. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, “*Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch (Zur Qualitäts- Gewährleistung durch Normen)*”, in AöR, 130, 1, 2005, 60; DABIN, Jean, “*La philosophie de l’ordre juridique positif*”, cit., 42.

1.2.5.3. *O costume*

Já atrás tivemos oportunidade de nos debruçar, numa outra perspectiva, sobre o problema da relevância dos padrões *tradicionais* de comportamento (ou exemplos) como substracto de uma marca de juridicidade, falando em *costume* para abranger, de uma forma genérica, aqueles comportamentos repetidos e reproduzidos durante longos períodos de tempo e que se introduzem na consciência colectiva, formando uma convicção de obrigatoriedade da sua observância²⁸⁰. Agora chegou a altura de direccionar a nossa atenção para tal fenómeno, mas não sob o ponto de vista comunicacional, como então fizemos, mas sob o ponto de vista mais estrito da produção normativa. Será que tais padrões de comportamento, baseados em comportamentos anteriores, criam Direito? Por outras palavras, poderá o costume ser considerado fonte de Direito?

A coerência com todas as conclusões que fomos tirando até aqui a respeito de outras realidades com relevância jurídica e, acima de tudo, a coerência lógico-linguística com a noção de fonte que atrás apresentamos²⁸¹ aponta-nos, se não nos empurra mesmo, para a resposta negativa. Com efeito, constituindo uma fonte um facto constitutivo de produção normativa de carácter complexo – englobador de uma vontade de produção e de uma autorização genérica prévia – não nos deixa espaço para outra conclusão.

É que, em rigor, não existe qualquer vontade de produção normativa e, como já tivemos ensejo de referir, não parece ser de aceitar a existência de “fontes involuntárias” ou de “fontes espontâneas” de criação de Direito, em vista do alto grau de incerteza quer tal introduziria num ordenamento. E isto a despeito de existir uma qualquer atribuição de produção anterior. A este respeito, os próprios autores que admitem que o costume é “fonte” dizem que o é apenas quando tal atribuição exista – isto é, o costume para ser considerado fonte (e posteriormente norma) deve ser admitido pelos órgãos primários do sistema²⁸² –, pelo que, em termos efectivos, a fonte

280 V. supra, p. 61 e HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 147-148. V., ainda, ORESTANO, Riccardo, “*Dietro la consuetudine*”, in RTDP, 1963, 3, 521 e ss.

281 V. supra, pp. 96 e ss.

282 Assim, SANTIAGO NIÑO, “*Introducción...*”, cit., 150-151. Em sentido diverso, porém, DEL VECCHIO, Giorgio, “Lições de filosofia do Direito”, cit., 419, e NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 9. O mesmo se passa no âmbito do Direito canónico. V. LOMBARDÍA, Pedro, “*Ley, costumbre y actos administrativos en el nuevo Derecho canónico*”, in Prudentia Iuris, 10, 1983, 28. V., ainda, o que dissemos supra, nota 213 (p. 102).

sempre continuaria a ser um facto complexo, do qual a lei (que não tem aqui mera eficácia recognitiva, mas constitutiva) também faz dele parte, e não o costume em si. Sem tal atribuição anterior o costume nada vale juridicamente e o costume, quando muito, configura-se como uma mera fonte subordinada e reconhecida²⁸³, se admitirmos esta categoria.

Assim, e procurando responder à questão de saber qual será o fundamento de juridicidade das normas consuetudinárias, não se pode deixar de concluir — diferentemente do que defendeu a *Escola histórica* com a “convicção jurídica popular” (SAVIGNY, PUCHTA) — que ele reside numa fonte diferente do próprio costume²⁸⁴: a lei em certos ordenamentos, ou a decisão judicial em outros²⁸⁵.

1.3. A colocação do problema em referência ao ordenamento português

Após termos fixado em bases analíticas o primeiro conceito operativo que vai permitir escorar a construção a que nos propomos, chegamos agora a um outro momento chave de toda a investigação: a identificação das realidades jurídicas que, diante dos dados colhidos no ordenamento normativo português, podem ser catalogadas como núcleos de produção normativa ou fontes de Direito. Pretendemos aqui, a partir da noção exposta, fazer a ponte com a realidade positivo- localizada, averiguando de que forma tal noção pode, de uma maneira consequente, ser objecto de um juízo conveniente de adequação prática.

1.3.1. A norma de reconhecimento

A primeira ideia a salientar é a seguinte: a identificação das fontes de produção normativa num dado ordenamento não depende de considerações comparativísticas com outros ordenamentos ou de dados históricos que possam impelir para um ou para outro sentido, mas sim da correspondente determinação por parte de uma norma genérica de reconhecimento²⁸⁶. Está já a ver-se que recebemos aqui a influência importante da escola jurídica Oxoniense, e em particular de HART, que assume claramente a já muito

283 V. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 172-174.

284 V. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 172 e ss; GORLERO, Maurizio P. “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 10. Cfr. art.º 3.º do CC.

285 V., ainda, MÜLLER, Friedrich, “*Richterrecht...*”, cit., 111 e ss.

286 V. SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung von Normen...*”, cit., 28.

aceite bipartição entre normas primárias e secundárias²⁸⁷. No âmbito destas últimas, como é sabido, as “regras de reconhecimento” (*rules of recognition*) – existindo ao lado das regras de alteração (*rules of change*) e das regras de julgamento (*rules of adjudication*) – são aquelas que permitem a “identificação concludente das regras primárias de obrigação” e a descoberta dos critérios de identificação do Direito válido²⁸⁸.

Ora, esta norma genérica de reconhecimento – que segundo cremos, tem verdadeira natureza normativa e não “meramente conceptual”, como defende BULYGIN²⁸⁹ – deve estar expressamente consagrada no seu local próprio: a Constituição. Deve ser aqui, e não em qualquer outro local, que o tema das fontes em especial e da produção normativa em geral deve encontrar o seu assento positivo bem assim como a resolução das dúvidas que sobre ele incidam, parecendo claro que uma concepção juspublicista de fontes apenas deste modo poderá ser convenientemente enquadrada. Sucede, porém, que no ordenamento constitucional português, por razões várias que não importa agora mencionar, a referida norma de reconhecimento está deslocada do seu assento natural e encontra-se no Código civil, mais precisamente no seu art.º 1.º, o que, ainda assim, não contraria o que dissemos acima. Na verdade, esta última norma deve ser considerada uma norma materialmente constitucional, pelo que a deslocação referida acaba por não lhe retirar a natureza intrínseca. Ponto é que se assuma, neste contexto, a primazia do conteúdo sobre a forma.

Pois bem, aceitando que é a disposição apontada a que deve servir de farol na tarefa de identificação dos núcleos válidos de produção normativa, surge logicamente a questão que tem estado desde o início subjacente ao discurso: quais são esses núcleos? Quais são as fontes de Direito reconhecidas constitucionalmente no ordenamento português?

A identificação da norma de reconhecimento, só por si, não permite uma resposta esclarecedora à questão suscitada, na medida em que ela deve ser alvo de uma interpretação correctiva que a torne consentânea com uma análise do ordenamento que se queira actual e proveitosa. Interessa, designadamente, ter em vista que a menção às “normas corporativas” deve-se entender como inoperante, atento o seu manifesto carácter

287 V. HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 104 e ss.

288 Cfr. BULYGIN, Eugenio, “*Sobre la regla de reconocimiento*”, cit., 387.

289 Cfr. “*Sobre la regla de reconocimiento*”, cit., 387 e ss.

desactualizado²⁹⁰, inaplicável mesmo às normas emanadas das actuais organizações representativas de interesses ou profissões (v.g., “ordens”), reclamantes sempre de transposição normativa estadual. Ora, tido em vista tal elemento de correcção, importa atentar nos enunciados linguísticos ali vertidos, a saber:

- 1) “São fontes imediatas do Direito as leis”; e
- 2) “Consideram-se leis todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes”.

Ora, apesar de estas alusões comportarem o vício de se parecerem referir à forma de conhecimento e não tanto à criação (“consideram-se leis todas as todas as disposições...”), apresenta-se como razoável concluir que a concepção de fontes de Direito acolhida pelo CC (“lei”) não difere substancialmente da que foi por nós proposta: núcleo autorizado (= providas dos órgãos estaduais competentes) de criação de “disposições genéricas” (= Direito objectivo).

Contudo, esta norma genérica de reconhecimento apenas identifica as fontes em abstracto, o que, no caso do nosso ordenamento se limita a significar “lei”. Problemas diversos e posteriores são os de saber o que significa “lei” para estes efeitos e quem pode — e de acordo com que formas e procedimentos —, proceder à sua criação. Entramos assim num segundo degrau da indagação, no âmbito do qual procuraremos averiguar quais são os concretos núcleos de produção normativa. Para tal, necessitamos da identificação e auxílio de um outro tipo de normas: as normas sobre a produção²⁹¹.

1.3.2. As normas sobre a produção normativa: fontes e tipos normativos

Com efeito, são as normas sobre a produção normativa — ou, como já referimos, normas sobre normas ou normas ao quadrado — quem, após a identificação genérica das fontes efectuada pela regra de reconhecimento, vai proceder à sua identificação concreta, dizendo se, num certo ordenamento, existem leis, decretos, regulamentos, tratados, etc.

290 Neste sentido, v., por exemplo, OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “O Direito – Introdução e teoria geral (uma perspectiva luso-brasileira)”, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1993, 263 e 325.

291 V. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 164; GORLERO, Maurizio P., “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 8; NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 1992, 9.

Um enfoque adequado destas questões exige, mais uma vez, a consideração de que o problema da norma^{ção} sobre a norma^{ção} é um problema eminentemente constitucional²⁹². É o poder constituinte, enquanto reflexo da soberania interna, quem deve criar as fontes e, posteriormente, distribuir entre as diversas fontes criadas os poderes constituídos de produção normativa. Pode é suceder que, por razões várias ligadas a circunstancialismos histórico-localizados, o poder constituinte se divorcie dessa tarefa e que seja o próprio poder constituído, nomeadamente o legislativo, a tratar dela, o que leva a que, em termos práticos, as normas sobre a produção revistam formalmente o invólucro de legislação ordinária. Tal não lhes retira, contudo, dignidade constitucional. Continuamos a falar de estruturas fundamentais da sociedade e do Estado, pelo que em todo o caso estamos em presença de normas materialmente constitucionais, e, entre outras consequências, aponta-se a de que, mesmo quando determinado procedimento normador esteja previsto na lei, as outras leis devem obediência, a não ser que a primeira seja, ela própria, inconstitucional. Estamos aqui em presença de um fenómeno de reflexividade normativa, sob a forma de circularidade normativa abstracta – fenómeno que, como veremos numa fase mais adiantada da investigação²⁹³, e não obstante os inconvenientes de natureza lógica, não é de repudiar –, o que significa que uma norma fixa os pressupostos de criação de um conjunto de normas de natureza idêntica.

Neste particular âmbito, as normas sobre a produção desempenham um triplo papel identificador, na medida em que devem ser elas a reconhecer (i) o sujeito competente para a norma^{ção}, (ii) o *nomen juris* a aplicar ao núcleo da produção normativa, e (iii) o procedimento adequado para a introdução do resultado normativo no agregado do qual fará parte. Queremos com isto significar o seguinte:

- (i) em primeiro lugar, deve o ordenamento considerado, através das *rules of change* – que são, como se sabe, um outro tipo de normas secundárias²⁹⁴ – conferir a determinado órgão o necessário poder de criação de Direito. Estas regras atributivas de competência²⁹⁵

292 Assim, MODUGNO, Franco, “*Sulla posizione costituzionale dei Patti lateranensi*”, in RTDP, 1969, 3, 868-869 e, em especial, nota (1).

293 Cfr. infra, pp. 687 e ss.

294 Cfr. HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 104 e ss.

295 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1169, e MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 57 e ss.

individualizam, de acordo com critérios precisos (v.g., hierarquia, matérias, território) determinado sujeito jurídico (v.g., Parlamento, Governo, Autarquia, Região) e conferem-lhe prerrogativas de produção jurídica, reconhecendo que pode introduzir no sistema componentes que o vão mais tarde integrar (normas jurídicas);

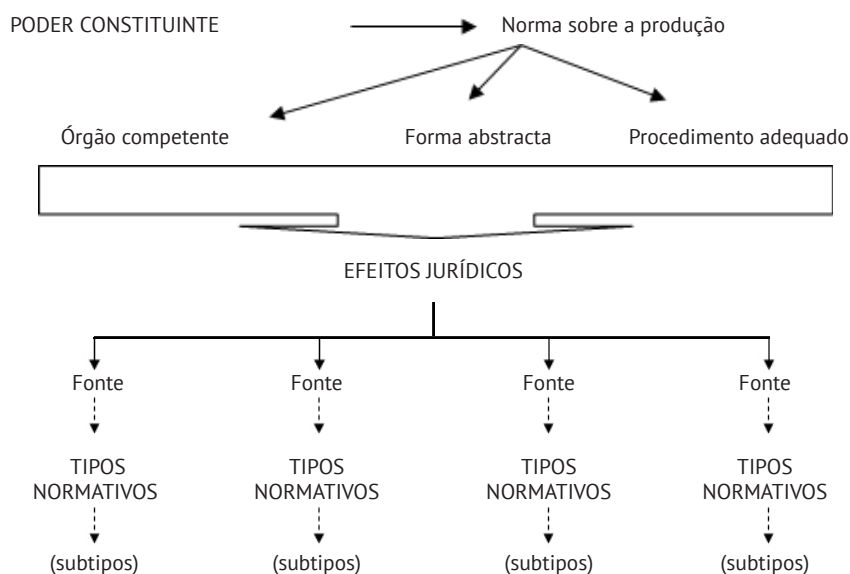
- (ii) em segundo lugar, deve esse ordenamento proceder ao estabelecimento da nomenclatura a que a produção jurídica autorizada se reconduz, dizendo se o núcleo de produção deverá revestir a forma abstracta de lei, decreto, regulamento, etc.²⁹⁶;
- (iii) finalmente, em terceiro lugar, o ordenamento deverá ainda estabelecer de uma forma clara qual o modo de introdução da produção jurídica autorizada, o que significa que precisa de delimitar rigorosamente quais os actos que, em abstracto, são indispensáveis para a conclusão do procedimento normador (iniciativa, discussão, aprovação, referenda, etc.).

Competência, forma e procedimento são, por conseguinte, as três coordenadas de identificação das fontes num ordenamento normativo, numa tarefa que, insistimos, deve estar a cargo do poder constituinte e deve, por tal motivo, revestir dignidade e forma constitucional. Assim, é a Constituição quem identifica a fonte “Constituição”, a fonte “Lei”, a fonte “Tratado internacional”, a fonte “Regulamento”, etc., devendo-se ter por adquirido que a fonte não se confunde com o resultado da sua produção que muitas vezes utiliza a mesma designação.

Ora, nas situações em que determinada competência, forma abstracta e procedimento se associam a uma determinada aptidão de produção de efeitos jurídicos (eficácia, no sentido de mutação da realidade jurídica pré-existente) desencadeada por uma fonte, surge um tipo normativo. É o caso, por exemplo, do tipo “norma constitucional” ou do tipo “norma legal”, que mais não significa do que a representação jurídica de uma espécie produtora prevista ao nível das normas de produção. Por isso dissemos acima que, por exemplo, a fonte “Constituição” não se confunde com a norma “Constituição”, nem a fonte “Lei” se confunde com a norma “lei”. Assim, quando o ordenamento procede à identificação e distinção dos dois tipos normativos, está a querer dizer que uma norma que se insere num primeiro

296 Importa observar que, como salientaremos em breve, esta forma abstracta não se confunde com a forma concreta do acto produzido.

tipo é criada por um certo órgão, reveste uma particular forma, obedece a um singular procedimento de aprovação e é apta a produzir certa espécie de efeitos jurídicos, distintos dos da norma de um segundo tipo. Por isso, umas normas dispõem de eficácia activa (capacidade revogatória e derogatória) e outras não; umas normas são dotadas de eficácia passiva (resistência revogatória e derogatória) e outras não; por isso ainda pode a norma constitucional constituir um parâmetro aferidor da validade da norma legal e não o contrário. Cada um destes tipos pode posteriormente desdobrar-se, mediante autorização nesse sentido, em diversos sub-tipos (Rep. IV).



(Rep. IV)

Ora, em face destas considerações, quais são então os núcleos de produção normativa que se inserem na designação de “lei” adoptada pela norma genérica de reconhecimento? Quais são as fontes constitucionalmente reconhecida no ordenamento português?

1.3.3. O catálogo das fontes constitucionalmente admitidas

A resposta à questão colocada exige, à partida, a consideração de um importante aspecto: é que, em rigor, não existe um rol ou uma tipificação positivada de tais núcleos em termos de se poder dizer com exactidão quais são eles. Terá de se proceder a um trabalho de interpretação dos diversos dados fornecidos pelo ordenamento, principalmente em sede constitucional, e, a partir daí, estabelecer determinadas coordenadas e tentar assentar conclusões válidas.

Seleccionamos, sem pretensões de exaustividade, mas apenas de clareza expositiva, os seguintes dados:

- 1) todos os actos normativos — emanados por qualquer entidade pública, interna ou externa — devem estar juridicamente subordinados à Constituição, que, desta forma, se assume como a norma positivada suprema do ordenamento²⁹⁷;
- 2) são expressamente admitidas fontes não internas, pois encontram-se reconhecidos quer actos normativos internacionais em sentido próprio, quer actos normativos oriundos dos órgãos específicos de organizações internacionais várias, particularmente da União Europeia²⁹⁸;
- 3) também são reconhecidas manifestações infra-estaduais de produção normativa, seja por parte das Regiões autónomas — com prerrogativas legiferantes e regulamentares — seja por parte das Autarquias locais — com prerrogativas regulamentares²⁹⁹;
- 4) a lei afirma-se como a fonte que reveste o maior carácter de habitualidade no âmbito da produção normativa genérica³⁰⁰;
- 5) é possível individualizar dentro de cada tipo normativo produzido por cada fonte vários sub-tipos, em função, quer da sua proveniência orgânica, quer da forma que revestem ou do procedimento adoptado, quer ainda dos diferentes tipos de efeitos que são aptos a produzir³⁰¹;

297 Cfr. art.º s 3.º, n.º 3 e 277.º, n.º 1 da CRP.

298 Cfr. art.º 8.º da CRP.

299 Cfr. art.º s 227.º, n.º 1, alíneas a) a d) e 241.º da CRP.

300 Cfr. art.º s 112.º, 164.º, 165.º e 198.º da CRP.

301 Cfr., por exemplo, art.º s 8.º, n.º s 1 e 2; 112.º, n.º 1; 227.º, alíneas a) a d); e 241.º da CRP.

- 6) a jurisprudência constitucional tem ensaiado um conceito de norma amparando-se no carácter público da produção normativa e na generalidade e abstracção dos preceitos³⁰².

A partir destas coordenadas, parece-nos ser de aceitar, em modo conclusivo, o seguinte catálogo de fontes ou núcleos de produção normativa existentes no ordenamento português:

- *Constituição*;
- *Lei*;
- *Norma internacional*;
- *Norma europeia*; e
- *Regulamento*.

Reiteramos a ideia de que cada uma destas fontes pode ser apta a produzir diferentes tipos normativos, que, por sua vez se poderão desdobrar em diversos subtipos. Por exemplo, a fonte “lei” pode produzir leis propriamente

302 Como é sabido, a CRP não é particularmente esclarecedora quando se propõe resolver a questão de saber *o que* pode ser sujeito a controlo da constitucionalidade. Abstraindo-nos, por motivos óbvios, de tecer considerações acerca do controlo por omissão e colocando de parte o controlo preventivo — em que se constata uma tentativa clara de restrição do objecto de controlo a certas categorias jurídicas nos n.ºs 1 e 2 do art.º 278.º — a conclusão é que foi utilizada pelo legislador constituinte uma fórmula ampla quer em sede de controlo sucessivo concentrado, quer em sede de controlo sucessivo difuso. De facto, ou se alude à possibilidade de o TC declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de “quaisquer normas” [(art.º 281.º, n.º 1, alínea a)] ou à possibilidade de recurso para o TC de decisões dos tribunais que “recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade” [art.º 280.º, n.º 1, alínea a)] ou “cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo” [art.º 280.º, n.º 1, alínea b)]. O ponto comum é a ideia de norma, o que necessariamente redundará na seguinte consequência lógica: o TC só pode, em matéria de controlo da constitucionalidade, apreciar normas. Em face do carácter demasiado lato da fórmula constitucional, tem-se tentado levar a cabo um esforço de precisão conceitual para tentar averiguar o que se deve, afinal, entender por norma para efeitos de controlo da constitucionalidade, no que tem sido um trabalho ao mesmo tempo doutrinário e jurisprudencial. Em comum, as duas visões têm a aceitabilidade, com mais ou menos precisões, de duas coordenadas essenciais: o carácter público da produção normativa e a generalidade e abstracção do preceito. A este respeito, quer a doutrina, quer o órgão máximo da nossa jurisdição constitucional têm acentuado a ideia de um “conceito funcional de norma”, isto é, um conceito de norma jurídica adaptado (=funcionalizado) para efeitos de controlo da constitucionalidade. V., a propósito da temática do objecto de controlo da constitucionalidade, entre bastantes outros e no seguimento — de resto, como em alguns deles assinalado — de pareceres da Comissão constitucional, os acórdãos do TC n.ºs 150/86, in ATC, 7, I, 287 e ss.; 156/88, in ATC, 11, 1057 e ss.; 472/89, in ATC, 14, 7 e ss.; 196/91, in ATC 19, 299 e ss. 146/92, in ATC, 21, 613 e ss.; 132/93, in ATC, 24, 755 e ss.; e 172/93, in ATC, 24, 451 e ss. Cfr., em sentido diverso, MIRANDA, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II, 3.ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 1996, 413/414, para quem (...) “se um acto sob forma de lei tiver conteúdo não normativo, *maxime* se for um acto administrativo, escapa, logicamente, ao regime de fiscalização”. Trata-se de colocar em relevo a desnecessidade de generalidade e abstracção materiais, bastando a generalidade e abstracção do ponto de vista formal, de modo a que possam ser sujeitos a controlo da constitucionalidade os actos materialmente administrativos vertidos em diploma legislativo e as leis-medida.

ditas, decretos leis ou decretos legislativos regionais; do mesmo modo, a fonte “norma europeia” pode produzir directivas ou regulamentos; a fonte “Norma internacional” pode produzir “princípios gerais” ou normas convencionais. Por outro lado, é também importante salientar – adiantado uma ideia que nos será extremamente útil – que a construção escalonada de um ordenamento jurídico estabelece-se entre os tipos e não entre as fontes, na medida em que a mesma fonte pode produzir muitos actos diversos e também com diversa projecção de efeitos jurídicos.

1.4. Breve referência à tipologia das normas jurídicas

Após termos identificado aqueles que, de acordo com a nossa óptica, constituem os núcleos de produção normativa autorizados pelo ordenamento constitucional português, e antes de avançarmos no sentido de refinar o segundo conceito operativo que nos merece atenção – o conceito de competência das competências – será proveitoso, para terminar este ponto, fazer uma breve incursão num campo que se nos afigura, permita-se-nos a expressão, colateral: o dos diferentes resultados da produção normativa.

Não pretendemos fazê-lo porque meramente “vem a propósito” ou devido a simples motivações retóricas. Muito mais do que isso, importa desde agora fazer alusão a tal tópico de uma forma conglobada e sistematizada, na medida em que muito do que assentarmos presentemente em termos definitórios e classificatórios ser-nos-à de uma extrema utilidade em momentos ulteriores, evitando deste modo uma abordagem esparsa ou avulsa ao sabor das conveniências conjunturais. Fixaremos assim ideias de um modo unitário para não necessitarmos, depois e a cada passo, de repetições fastidiosas.

A este propósito, a concepção *integracionista* referida, defendendo que uma norma jurídica será uma prescrição (padrão de comportamento) inserida num agregado mais vasto (ordenamento), arrasta o discurso para um segmento de análise que não podemos contornar e que está relacionado com a nota da pluralidade que caracteriza toda a realidade jurídica e que já leva a que se possa falar em *inflação legislativa*³⁰³. Num momento mais avançado deste trabalho teremos oportunidade de nos debruçar em específico

303 A propósito, v. JhbRsRt, 9 (“*Gegentendenzen zur Verrechtlichung*”), e TEUBNER, Gunther, “*Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*” (trad. Portuguesa de ENGRÁCIA ANTUNES, José e FREITAS, Paula, “Juridificação – Noções, características, limites, soluções” in RDE, XIV, 1988), 17 e ss., em especial 23 a 26.

sobre esta problemática, pelo que nos dispensaremos por agora de grandes adiantamentos³⁰⁴. Neste instante, porém, importará efectuar uma análise, por assim dizer, micro-jurídica, que tenha as normas – e não o ordenamento na sua globalidade – como objecto e que procure captar não apenas um enfoque sincrónico ou estático, mas igualmente um enfoque diacrónico ou dinâmico. No primeiro caso, apreciando as normas num determinado momento, historicamente localizado; no segundo, apreciando-as sob o ponto de vista da sucessão temporal³⁰⁵.

Estamos a referir-nos, como se intui, às classificações das normas jurídicas. Neste particular, não empreenderemos uma listagem exhaustiva das mesmas – até porque, fazendo-o, deslocaríamos em demasia o curso da investigação –, mas procuraremos apenas fazer referências àquelas que, de acordo com o nosso ponto de vista, assumem uma importância maior em momentos futuros de reflexão. Por conseguinte, elegemos quatro critérios que nos parecem relevantes e cuja análise se mostra indispensável: a natureza, a finalidade, a técnica utilizada pelo normador e o âmbito de eficácia.

1.4.1. Quanto à natureza: princípios e regras

Uma das mais úteis divisões que se podem estabelecer no contexto da tipologia das normas jurídicas é a que faz apelo à diferença entre princípio e regras³⁰⁶. Quer uns, quer outras pertencem à categoria mais ampla “norma”³⁰⁷ pelo que em ambos os casos faz sentido falar em carácter prescriptivo ou em previsão de padrões de comportamentos. Contudo, algumas visões jurídicas extremistas mostram tendência em negar a existência desta distinção, reconhecendo no Direito, consoante os casos, um mero conjunto de princípios (no sentido de valores, dados, dimensões axiológicas) ou um mero conjunto de regras positivas, escritas e empíricas. A nossa visão das coisas tende a superar estes extremos, admitindo que o material jurídico-normativo se apresenta como uma realidade biforme e estruturalmente heterogénea.

304 Cfr. *infra*, pp. 216 e ss.

305 Cfr., a respeito das visões apontadas, BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “*Sobre el concepto de Orden Jurídico*”, cit., 397.

306 V., a propósito, PENSKI, Ulrich, “*Rechtsgundsätze und Rechtsregeln...*”, cit., 105 e ss; ZAGREBELSKY, Gustavo, “*El Derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*”, ed. Trotta, Madrid, 1995, 109 e ss.

307 Neste sentido, ALEXY, Robert, “*Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*”, ARSP, 25 (“*Conditions of validity and cognition in modern legal thought*”), 1985, 14.

Não pretendemos aqui apresentar um rol indiscriminado dos diversos critérios³⁰⁸ que têm sido adiantados para identificar e separar os princípios e as regras, até porque, na verdade, a distinção, sendo útil, não afasta a juridicidade ou a normatividade de qualquer um deles. Interessa-nos apenas reconhecer que, ao nível das consequências jurídicas, algumas diferenças são assinaláveis e implicam um regime jurídico- normativo distinto que justifica a separação.

Quais podem, então, ser essas diferenças?

Desde logo, a proximidade em relação à ideia de Direito. Sem embargo do reconhecimento de determinadas dimensões indisponíveis e pré- supostas, aliadas geralmente à ideia de dignidade da pessoa humana, na criação de um ordenamento normativo são necessariamente feitas determinadas escolhas valorativas ou axiológicas que vão constituir como que o substracto ideológico de todas as soluções normativas futuras. A *Ideia de Direito* que é acolhida neste momento inicial serve de trave-mestra a toda a edificação posterior, sendo ilícito (no sentido de desconforme) e valorado negativamente todo o comportamento que a contrarie. Num certo sentido, pode ser afirmado que tal *Ideia de Direito* vai receber consagração (expressa ou implícita) através dos princípios que o ordenamento acolhe e, nesse mesmo sentido, tais princípios encontram-se numa relação de proximidade muito mais intensa do que as regras que, enquanto densificações, encontram-se mais distanciadas de tal fundamento inicial. Numa visão ortodoxa, dir-se-á mesmo que os princípios terão necessariamente um conteúdo relacionado com as ideias de *bondade* e de *justiça* enquanto as regras poderão ser axiologicamente neutras, apresentando um conteúdo puramente técnico ou instrumental.

Numa óptica diversa — relativamente à qual não podemos deixar de apontar algumas reservas —, os princípios e as regras distinguem-se em atenção à sua estrutura e conteúdo. Os primeiros teriam carácter conformador e substantivo, na medida em que incorporariam determinados valores ou bens jurídicos que, de acordo com determinadas opções de fundo, constituiriam o substracto ideológico de todo o ordenamento; contudo, não imporiam comportamento (actuante ou omissivo) algum. Diferentemente, as regras, seriam caracterizadas pela sua natureza primariamente prescritiva, uma vez que se evidenciariam por impor, permitir ou proibir determinado comportamento.

308 Cfr., a respeito, ALEXY, Robert, "*Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*", cit., 14 e bibliografia aí referida.

Em segundo lugar, e do ponto de vista do aplicador de Direito (v.g., órgãos administrativos e órgãos jurisdicionais), observa-se que determinadas normas apenas poderão ser aplicadas às factuaisidades (“casos em concreto”) se forem em relação a elas objecto de intermediação normativa, enquanto que outras serão *directamente aplicáveis*, independentemente de qualquer mediação concretizadora³⁰⁹. Em geral, estas considerações pressupõem a estratificação do ordenamento jurídico em degraus (*Stufenbau Theorie*) e a aceitação do pressuposto de que a norma superior será concretizada através de uma ou várias normas inferiores. Pense-se, por exemplo, na norma constitucional que será densificada pela norma legal ou na norma legal que será densificada pela norma regulamentar. Nesta ordem de ideias, os princípios, tal o seu elevado grau de abstracção, careceriam sempre de mediação normativa, enquanto que as regras, por natureza mais densas, seriam directamente aplicáveis³¹⁰.

Uma das mais correntes formas de distinguir os tipos em questão passa pela consideração do seu carácter positivado ou não positivado. Consiste em averiguar se determinada norma jurídica necessita ou não necessita de positivação, no sentido de redução a escrito, e a conclusão apresentar-se-á evidente: os princípios não carecem de tal positivação, enquanto que as regras teriam sempre natureza positivada-escrita. Não significa isto que se possa tirar a conclusão apressada de que os princípios nunca são escritos e as regras são-no sempre. Embora a segunda asserção seja correcta, a primeira não o é. Existem muitos princípios que, embora não necessitando, se encontram previstos nos vários textos de Direito positivo³¹¹.

Por último, também é corrente no quadro da distinção que estamos a levar a cabo a consideração de um critério que remete para a ideia de conflito de normas. Com base em tal ideia, constatar-se-ia que os princípios são mandados de optimização (*Optimierungsgebote*) e susceptíveis de ser harmonizados e, como tal, de coexistir em situações conflituantes. Pelo contrário, as regras apresentar-se-iam como normas jurídicas absolutamente excluentes, mandados definitivos (*definitive Gebote*)³¹², no sentido em que

309 Cfr., a respeito, por exemplo, art.º 18.º, n.º 1 da CRP.

310 V., a propósito, PENSKI, Ulrich, “*Rechtsgundsätze und Rechtsregeln...*”, cit., 105; SANTIAGO GUERRA FILHO, Willis, “Notas em torno ao princípio da proporcionalidade”, in *Perspectivas Constitucionais*. Nos 20 anos da Constituição de 1976, I, Coimbra editora, Coimbra, 250.

311 Uma afloração desta ideia pode ser encontrada no art.º 277.º, n.º 1 da CRP.

312 Cfr. ALEXI, Robert, “*Zur Kritik des Rechtspositivismus*”, cit, 21; *Idem*, “*Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*”, cit., 19.

seria impossível a sua coexistência em casos de conflitos, estando subordinadas a uma lógica de afastamento ou de “tudo ou nada” (*Alles-oder-Nichts-Kriterium*)³¹³.

1.4.2. Quanto à finalidade: normas primárias e normas secundárias

Outro enfoque que merece a nossa atenção tem o seu apoio na consideração das diversas finalidades que o criador das normas reconhece às mesmas, levando a distinguir as normas de comportamento e as normas sobre a produção jurídica (rep. V). Assim, em primeiro lugar, podem-se identificar determinadas normas cujo escopo principal é reger as relações sociais através da transmissão e imposição de específicos padrões de comportamento que se consideram adequados (“não roubar,” “não matar,” “pagar os impostos,” “votar,” “preservar o ambiente,” etc.); são normas, como se vê, através das quais se exige que os seus destinatários “se façam ou se abstenham de fazer” certas acções³¹⁴. Além destas, é possível individualizar no ordenamento outras normas que versam sobre a produção jurídica³¹⁵. É importante salientar que, embora em rigor também imponham comportamentos determinados — modo de votação, modo de publicidade, etc. — não se referem aos comportamentos primários resultantes das relações sociais, revestindo por isso um substracto empírico muito menos denso.

Estas normas sobre a produção jurídica são na realidade meta-normas pois têm por objecto outras normas (regras comportamentais) — mais uma vez, recordamos a sugestiva expressão de BOBBIO: *regolamentazione al quadrato*³¹⁶ — respeitando à sua criação, aplicação, modificação ou extinção³¹⁷. Numa bipartição que nos parece cómoda e útil, podemos nelas distinguir, por um lado as que conferem poderes e, por outro lado, as que regulam procedimentos (poderes e procedimentos *jurídicos*, naturalmente). As primeiras, por sua vez, ainda se podem distinguir em duas sub-espécies: aquelas que apenas conferem poderes indiscriminadamente — poder para vetar, poder para referendar, poder para suscitar o controlo da constitucionalidade, etc.³¹⁸ — e as normas de competência, que já se referem a um núcleo material

313 V. ALEXY, Robert, “*Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*”, cit., 16.

314 Assim, HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 91.

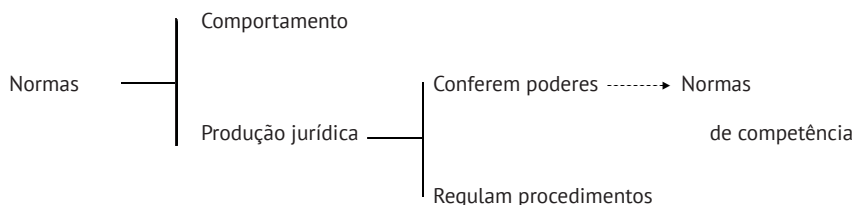
315 V., sobre estas, PEÑA FREIRE, Antonio, “*Las normas sobre la producción jurídica*”, cit., em particular 144 e ss.

316 Cfr. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 164.

317 Cfr. HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 104 e ss.

318 Cfr., por exemplo, art.º s 136.º, 278.º ou 281.º, n.º 2 da CRP.

determinado ou a um conjunto determinado de núcleos materiais (pressupondo, assim a atribuição de um poder e o elenco de certas matérias)³¹⁹. Estas últimas, finalmente, podem-se configurar como normas de reserva competencial ou normas de limitação do conteúdo normativo, caso em que um particular órgão se deve circunscrever a determinado patamar da intervenção normadora (v.g., “bases”, ou “princípios gerais”). Já as normas de procedimento podem ser descritas como aquelas que disciplinam o exercício de um poder jurídico³²⁰.



(Rep. V)

1.4.3. Quanto à técnica utilizada: normas directas e normas indirectas (remissivas)

Quanto à técnica utilizada pelo normador, podemos discernir dois tipos de resultados de produção: as normas directas e as normas indirectas, partindo-se aqui da consideração de que todo o ordenamento deve ser informado por um princípio genérico de *economia de meios*, e que se devem evitar as repetições legislativas improfícuas ou desprovidas de fundamento razoável³²¹.

No primeiro tipo de normas (directas), o legislador refere expressamente os respectivos elementos constitutivos — previsão e consequência —, estipulando de uma forma imediata quer os comportamentos que constituem objecto do padrão transmitido, quer os efeitos jurídicos que pretende ver reconhecidos, seja em termos constitutivos, seja em termos modificativos ou extintivos; já nas normas indirectas, os elementos constitutivos de determinada norma são encontrados por referência a outra ou a outras

319 Cfr., por exemplo, art.º s 164.º, 165.º ou 198.º, n.º 2 da CRP.

320 Cfr., por exemplo, art.º s 167.º, 168.º, 136.º ou 140.º da CRP.

321 Cfr., a respeito, BAPTISTA MACHADO, João, “Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis”, Almedina, Coimbra, 1970, 300.

normas³²². Nestas situações, no âmbito das quais as normas também se podem designar por remissivas, o legislador, observando que pode assacar o mesmo tipo de efeitos a várias *fattispecie* diferentes, opta por não os referir a propósito de cada uma delas e adopta um técnica que lhe permite um tratamento unitário e sistemático satisfatório. Neste sentido, pode o criador normativo procurar redigir partes gerais ou comuns nos códigos e leis³²³ ou pode recorrer a reenvios³²⁴, que podem assumir a configuração de reenvios intra-sistemáticos ou extra-sistemáticos³²⁵.

1.4.4. Quanto ao âmbito de eficácia

a) âmbito temporal: norma anterior e norma posterior

Utilizando como parâmetro de observação o âmbito temporal de aplicação, conseguimos individualizar séries sucessivas de normas que se vão acumulando gradualmente e que potencialmente podem ser chamadas a disciplinar determinada situação jurídica. Constatamos assim que a nota do pluralismo que caracteriza os ordenamentos normativos se manifesta, quer num sentido espacial, quer num temporal. Tal poderá acontecer em uma de duas situações: ou naqueles casos em que, abstractamente, as normas mais antigas ainda coexistem com as mais recentes (i. é, a norma antiga conserva a sua vigência no presente) ou quando as normas presentes têm pretensões a regular situações (matérias) mais antigas e originam problemas de combinação que urge resolver. Na primeira das situações apontadas, como teremos ocasião de averiguar, aplica-se um princípio regulador básico de acordo com o qual a norma mais recente prefere à norma mais antiga, devido ao facto de expressar a vontade legislativa mais actual e, presume-se, mais conveniente. Admitir o contrário seria sinónimo de entrevar a evolução do ordenamento e acreditar que o legislador actual actuaria inutilmente. Esta preferência da norma mais recente, em rigor, é bastante mais do que isso – é um verdadeiro afastamento. Com efeito, a norma nova revoga – expressa ou tacitamente – a norma antiga que sobre a mesma matéria se debruça, afastando-a, expulsando-a do agregado normativo e impedido que ela volte a produzir efeitos.

322 Em sentido aproximado, BAPTISTA MACHADO, João, “Âmbito de eficácia...” cit., 300.

323 Cfr., por exemplo, art.º s 12.º e ss, e, em particular, 17.º da CRP.

324 Cfr., por exemplo, art.º 166.º da CRP.

325 Cfr., a respeito, SCHILLING, Theodor, “Rang und Geltung von Normen...”, cit., 304.

Na segunda das situações referidas, estamos em face do problema da produção retroactiva de efeitos jurídicos. Trata-se de uma situação na qual a norma actual tem vontade de expandir os seus efeitos, não apenas em relação às situações presentes e futuras (como acontecia em cima), mas também às situações passadas. Também aqui, se no passado existir uma norma para disciplinar o caso, poderá haver conflito, que, em princípio, será resolvido impedindo a produção retroactiva de efeitos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e protecção das expectativas, verdadeiro sub- princípio densificador do Princípio do Estado de Direito³²⁶.

b) âmbito espacial: norma de abrangência territorial ampla e norma de abrangência territorial restrita

No que diz respeito à projecção de efeitos numa perspectiva espacial, é possível individualizar normas que são detentoras de uma abrangência territorial dilatada, reclamando a pretensão de se aplicar a todo o espaço de um ordenamento (ou até a vários ordenamentos), e normas que possuem uma abrangência territorial limitada, circunscrevendo a sua irradiação a determinado sub-espço, perfeitamente localizado. Nestes casos, tanto se podem estabelecer entre ambas uma relação de hierarquia (em qualquer dos dois sentidos – supremacia da norma territorialmente mais ampla ou da territorialmente mais restrita), como relações de paridade ou coordenação. No primeiro caso, a norma inferior poderá ser declarada inválida quando viole as prescrições da norma superior³²⁷; no segundo pode-se verificar a preferência aplicativa da norma preterida, que, todavia, conserva a sua vigência³²⁸.

c) âmbito material: norma geral e norma especial

Em termos de abrangência material, as normas podem possuir um âmbito mais ou menos aberto, em função da variedade dos padrões de comportamento a que, em abstracto, podem dar cobertura. Assim, pode-se dar a circunstância de duas normas terem a mesma situação fáctica por referência, mas com latitudes de inclusão diferenciadas: uma apenas se refere a essa

326 Assim, GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional...", cit., 257 e ss.

327 Pense-se, por exemplo, nas regras *supreme law of the land* prevista no art.º VI, cláusula 2.ª, da CEUA ("This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land") ou *Bundesrecht bricht Landesrecht*, positivada no art.º 31 da GG.

328 Cfr., por exemplo, art.º 228.º, n.º 2 da CRP ("Na falta de legislação regional própria sobre matéria não reservada à competência dos órgãos de soberania, aplicam-se nas regiões autónomas as normas legais em vigor").

precisa situação, e a outra, além desta, refere-se a outra ou outras. Nestes termos, estamos perante uma conexão normativa que a doutrina tradicionalmente designa por especialidade, e que convoca uma coordenação entre ambas, o que passa pela preferência aplicativa da norma especial em relação à norma geral, sem expulsão desta do ordenamento normativo.

d) Escalonamento: norma superior e norma inferior

Finalmente, merece-nos saliência um enfoque das normas jurídicas que as capte na sua vivência escalonada. Trata-se aqui de reconhecer — com suporte nas concepções normativistas puras de acordo com as quais o fenómeno jurídico é, por natureza, um fenómeno estratificado (*Mehr-Ebenen-Rechts*) — que as partes integrantes de um ordenamento não estão todas situadas ao mesmo nível e em relações de equiordenação, mas antes se podem perspectivar de acordo com uma visão pluridimensional, distinguindo-se as normas superiores ou supra-ordenadas e as normas inferiores ou infra-ordenadas.

Na realidade, podem-se estabelecer entre as diferentes normas eixos unilaterais de subordinação ou de obediência, em termos de se afirmar que a norma superior é dotada de uma força jurídica prevalecente e deve ser encarada como uma norma preferente em relação à norma inferior (*Vorrang und Nachrang*)³²⁹.

Torna-se proveitoso desde já destacar a ideia de que o escalonamento — que, num certo sentido, não funcional, se pode considerar sinónimo de hierarquia — pressupõe a concorrência da produção normativa, o que equivale a dizer que o escalonamento em rigor apenas se estabelece quando várias fontes podem disciplinar o mesmo padrão de comportamentos³³⁰. Se, porventura, estivermos perante situações de reservas competenciais — no âmbito das quais apenas uma fonte é autorizada — a questão jurídica que se coloca não será a de saber qual a norma superior, mas sim qual a norma

329 Cfr. HAVERKATE, Görg, "Materiale und formale Hierarchien im Recht. Anmerkungen zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht", in *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer Vlg., Heidelberg, 2002, 1178.

330 V., a propósito, NACCI, Paolo Giocoli, "Appunti sulle fonti normative...", cit., 17; SCHROEDER, Werner, "Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung", in *AöR*, 129, 1, 2004, 28. Naturalmente que estamos aqui a referir-nos ao que ZAGREBELSKY ("Manuale di Diritto Costituzionale...", cit., 66) designa por concorrência vertical, isto é a possibilidade de duas normas de grau diferente poderem disciplinar o mesmo núcleo material. Já nos casos de concorrência horizontal (dentro do mesmo grau), vale, em princípio a regra "*lex posteriori...*".

competente³³¹ que, em princípio, prevalecerá sempre³³². Esta ideia será extremamente útil em momentos ulteriores da investigação, particularmente, quando nos debruçarmos sobre os problemas dos conflitos normativos e da oposição entre normas internas e normas europeias por exemplo.

Ora, dissemos acima que o escalonamento implica a atribuição de uma força jurídica prevalecente a certas normas. Pois bem, de que forma se materializa tal prevalência? Quais os seus contornos jurídicos?

Sem querer adiantar em demasia assuntos e problemas que serão objecto da nossa atenção no futuro, sempre podemos afirmar que, de um modo genérico, podem ser três esses efeitos:

- (i) em primeiro lugar, os actos normativos superiores podem possuir a capacidade para revogar, derogar, modificar, interpretar ou suspender os actos normativos inferiores ou ainda para afastar a sua aplicação ao caso em concreto (desbancamento);
- (ii) em segundo lugar, os actos normativos superiores possuem sempre uma resistência jurídica em relação aos actos normativos inferiores, na medida em que não podem por eles ser revogados, derogados, modificados, interpretados, suspensos ou desbancados;
- (iii) finalmente, os actos normativos superiores podem ser revestidos de um especial papel de conformação, sendo-lhes reconhecido um eventual carácter directivo ou paramétrico, em termos de impor formas e conteúdos às normas inferiores e de constranger uma vinculação material da parte destas, que se considerarão inválidas quando desconformes.

Em termos de consequências jurídicas, constata-se que os actos infraordenados possuem um poder normativo de menor força, traduzido na impossibilidade de estabelecer uma disciplina contrária à norma superior³³³, podendo ser abstracta ou concretamente afastados por esta ou considerados inválidos e potencialmente expulsos do ordenamento por parte dos órgãos jurisdicionais. Na tentativa de corporizar um pouco o discurso, basta pensar nos princípios da constitucionalidade³³⁴ ou da legalidade³³⁵

331 V. CRISAFULLI, Vezio, “*La legge regionale nel sistema delle fonti*”, in RTDP, 1960, 2, 801 e ss.

332 Assim, CUOCOLO, Fausto, “*Rapporti fra leggi statali e leggi regionali...*”, cit., 68 e 83.

333 V. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 219.

334 Cfr., a propósito, ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 57 e ss.

335 Cfr., a respeito, ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 49 e ss.

como duas das expressões mais significativas do escalonamento nos ordenamentos actuais.

2. Segundo conceito: competência das competências

2.1. Enquadramento e sequência

O segundo conceito operativo que nos propomos dissecar poderá parecer, à primeira vista, deslocado ou desencaixado. Com efeito, a temática da competência das competências raramente foi abordada a propósito dos problemas inerentes à ordenação normativa, tendo antes encontrado o seu ambiente preferencial de localização ao nível da teorização do Estado e da soberania, realidade com a qual, aliás, convive proximamente. Todavia, um olhar mais atento e profundo pode-se encarregar de demonstrar o contrário: a competência das competências constitui como que a chave da resolução de muitos dos problemas da ordenação, pela simples razão de que é através da sua consideração que fixamos em termos inequívocos quem dispõe do poder último de ordenar.

Na realidade, a construção escalonada de um ordenamento jurídico — que leva assumida a ideia de que uma norma só é jurídica se integrada num ordenamento, bem assim como a clara delimitação dos núcleos de produção normativa e a sua coerente articulação em termos de unidade, sistematicidade e completude — não se efectua sem a identificação, em bases claras, dos pressupostos que presidem ao estabelecimento de uma hierarquia entre actos diversos. Cada ordenamento é um edifício complexo, formado por uma pluralidade de actos, e todos de diferente natureza: sob o ponto de vista espacial, distingue-se o Direito local, regional, nacional, e europeu-comunitário; sob o ponto de vista temporal, distingue-se o Direito novo e o Direito antigo; sob o ponto de vista da formulação, o Direito escrito e o Direito não escrito; e, sob o ponto de vista da colocação recíproca, o Direito infra- e supra colocado ou o Direito preferente e não preferente. Ora, independentemente de se saber se deve ou pode ser adoptado um escalonamento formal — aquele que é estabelecido a partir da diferenciação da competência legiferante³³⁶ — ou um escalonamento material — aquele que

³³⁶ Se quisermos adiantar um pouco algo daquilo que o estabelecimento de uma formal diferenciação do núcleo legiferante poderia preconizar, basta pensar, por exemplo, que o princípio do primado do Direito europeu comunitário reflecte a tentativa de estabelecimento de uma hierarquia formal, com o legislador europeu no cume. Cfr., a propósito, HAVERKATE, Görg, "*Materiale und formale Hierarchien...*", cit, 1178.

é estabelecido a partir da diferenciação da bondade material da respectiva medida – importa colocar em evidência que a pedra de toque reside em saber quem pode estabelecer tal escalonamento, com que limites o poderá fazer e se o escalonamento previamente estabelecido poderá ser alterado. Como refere GLAESER³³⁷: “*Eine Normenhierarchie die verschiedene Rechtsquellen in Verhältnis zueinander setzt, bedarf der Begründung, sie existiert nicht per se*”. Tudo se resume, em verdade, a uma questão de competência para a produção normativa e de competência acerca da fixação dessa competência³³⁸.

Aqui chegados, e colocando mais uma vez a tónica na vertente linguística dos conceitos, devemos alertar para um possível equívoco para o qual uma abordagem superficial poderia fazer resvalar: é que perspetivando um ordenamento de um ponto de vista global, poderia surgir, em relação a um ente maior, uma noção de “competência total”, que se identificaria com a soma das competências dos vários órgãos que se integram num tal complexo. A competência do todo seria assim identificada com a soma algébrica das competências das partes e, com referência ao Estado, dir-se-ia que a competência deste seria igual ao conjunto das competências dos seus órgãos. A aproximação feita nestes termos, todavia, pode ser perigosa e conduzir a uma *ilusão algébrica*, pois neste particular não é verdade que a competência do todo seja igual à soma das várias competências das partes integrantes. Esse todo – seja ou não o Estado – tem, além das competências resultantes dessa soma, a competência para alargar ou diminuir as suas próprias competências, isto é uma competência das competências (*Kompetenz- kompetenz*) ou – como lhe chama ZIPPELIUS – a soberania das competências³³⁹.

337 V. GLAESER, Alexander, “*Souveranität und Vorrang*”, in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*, Von Bogdandy (org.), Springer Vlg., Heidelberg, 2003, 207.

338 Neste sentido, quase se poderia afirmar que os problemas sobre os quais indagamos seriam problemas que extravazam a análise jurídica e revelam-se mais como problemas políticos e de afirmação de poder, levando a dizer, com SCHNEIDER, que *Kompetenzfragen sind Machtfragen*. Todavia, não é assim. Na realidade, estamos em face de um verdadeiro problema jurídico (- constitucional), na medida em que, enquanto parcelas de poder decisório, as competências não prescindem de pré-ordenação, estabelecida em bases normativas. Tratando-se de um corpo por natureza quantitativo, uma competência há- de pressupor uma norma ou um acervo de normas prévias que delimitem e fixem o conjunto de poderes ou situações de vantagem em que ela própria se vai materializar, de modo a que sejam eliminados os espaços de incerteza e insegurança no momento da criação e aplicação normativas. Num qualquer ordenamento jurídico, tal pré- ordenação ganha corpo através de um sistema regulativo de competências, isto é, um conjunto minimamente unitário e coerente de normas, teleologicamente orientado para a sua arrumação por critérios primariamente jurídicos, e é claro que não será indiferente a localização subjectiva do poder de criar e alterar tal sistema.

339 Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsche Staatslehre*” (trad. Portuguesa: “Teoria geral do Estado”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993), 77.

Contudo, não nos devemos adiantar em demasia. A questão de saber quem é titular dessa competência das competências – que constitui, em nossa perspectiva, uma questão prejudicial em relação aos problemas do escalonamento de um ordenamento jurídico e do estabelecimento de uma hierarquia normativa – não poderá ser abordada, e muito menos poderá ser cabalmente resolvida, sem a apresentação de uma prévia moldura, no âmbito da qual (i) se estudem os ambientes jurídicos nos quais este problema tem sido suscitado e (ii) se proceda à fixação do respectivo conceito em bases analíticas, procurando, mais uma vez – no seguimento das traves de pensamento que procuramos estabelecer na Introdução à presente investigação –, uma definição que seja, ao mesmo tempo, formalmente correcta e materialmente adequada. Apenas após isso, serão possíveis adiantamentos conclusivos válidos.

Desta forma, aos dois aspectos referidos dedicaremos, pela ordem indicada, os pontos seguintes, evidenciando desde já que sentiremos a necessidade de proceder a um desvio metodológico, introduzindo neste passo componentes de ordem histórico-evolutiva que, em outros, nos dispensamos de efectuar. Tal deve-se, apenas e só, à natureza doutrinalmente virgem do assunto, esperando que não seja entendido como um desequilíbrio interno do curso da investigação.

2.2. As sucessivas vagas de discussão: da teorização federalista às pretensões competenciais europeístas

Como deixamos já insinuado, a actual discussão sobre o conceito, o enquadramento, e a titularidade da competência das competências não poderá ser convenientemente apreendida sem a captação dos ambientes e núcleos jurídico-teoréticos no âmbito dos quais os problemas foram suscitados e se desenvolveram. A este propósito, não será incorrecto afirmar que a abordagem do tema se pode rever em três sucessivas e desiguais – tendo em conta o respectivo enquadramento e relevância doutrinal – vagas de discussão jurídica:

- a primeira, ténue, surgiu, no fim do séc. XIX e início do séc. XX, com ALBERT HAENEL e PAUL LABAND, a propósito dos primeiros passos do Estado alemão e da Constituição da Federação dos Estados germânicos do norte (a *Verfassung des Norddeutschen Bundes* de 16 de Abril de 1867);

- a segunda, que se prolongou durante os três primeiros quartos do séc. XX, aconteceu no contexto da teorização e enquadramento jurídico do Estado federal, e dos problemas de delimitação de núcleos de actuação deste em face dos Estados federados e vice-versa;
- finalmente, a terceira, a actual, ganha corpo no ambiente de guerrilha jurídica e da discussão das relações tensas entre o ordenamento da União Europeia e os ordenamentos dos Estados-membros.

Procuremos analisá-las sucessivamente.

a) A primeira vaga – o nascimento do conceito

α) A redução do problema à “questão da soberania” e às alterações constitucionais

Na medida em que os conflitos normativos convocam muitas vezes problemas ligados à separação de competências, desde muito cedo se entendeu que os círculos de actuação de um sujeito público em face de outro deve ser um círculo perfeitamente determinado e delimitado. Tal balizamento da esfera de actuação normativa pública surge, a maior parte das vezes, determinado de uma forma heterónoma, em termos de quase se poder afirmar que existe neste ponto uma regra essencial: ninguém pode criar ou alterar a sua própria competência.

Numa altura em que o movimento constitucional repousava num quase incontestável substracto positivista, e em que se aceitava que era ao Estado que cumpria criar o Direito – equiparando-se a criação normativa à criação legal e estadual –, parecia evidente aceitar o princípio de que ninguém podia ter competência que não fosse atribuída pelo legislador estadual e que não fosse por este delimitada³⁴⁰. Tal conclusão era válida para todas as pessoas públicas (físicas ou não³⁴¹), independentemente dos fins que estas prosseguissem, e para os diversos âmbitos da sua actuação. Não valia todavia, para o próprio Estado³⁴². Este, na medida em que se admitia que podia criar e moldar as suas próprias esferas de acção, titulava um poder que, de uma forma inquestionável, o diferenciava de todos os outros. Ora, neste

340 Assim, HAENEL, Albert, “*Die Vertragsmäßigen Elemente der Deutschen Reichesverfassung*”, Vlg. von H. Haessel, Leipzig, 1873, 147.

341 A referência a pessoas “físicas”, neste contexto, como o fez HAENEL, Albert, “*Die Vertragsmäßigen Elemente ...*”, cit., 147, deve ser entendida como relativa aos órgãos das pessoas colectivas, na medida em que apenas em relação a estas o termo “competência” parecerá apropriado.

342 V. HAENEL, Albert, “*Die Vertragsmäßigen Elemente...*”, cit., 148.

poder do Estado de determinar as suas próprias competências entendia-se que residia a sua auto-suficiência e um dos pontos nucleares da sua soberania³⁴³, e neste sentido — em que se defendia que o núcleo do poder e da soberania repousava num órgão central (Rei ou Parlamento) — se pode falar numa competência das competências ilimitada e típica dos Estados soberanos unitários e hierarquizados.

Contudo, desde cedo se procurou transpor este raciocínio para esquemas de análise que tivessem por referência o Estado não unitário, transposição essa que foi motivada pela necessidade de delimitação recíproca das esferas competenciais da totalidade ordenada e das partes integrantes, embora inicialmente tudo se tenha perspectivado como um problema de alteração da Constituição. Neste quadro, merecem saliência os esforços de HAENEL no sentido de encontrar um modelo revisional normativamente esclarecedor e adequado, que arrancasse as suas premissas de uma das hipóteses seguintes³⁴⁴:

- (i) exclusão de alteração constitucional por parte do ente Estadual maior, criando-se, por via disso, uma *reserva de revisão* a favor dos entes Estaduais menores, exercida por meio da conclusão de instrumentos normativos internacionais³⁴⁵;
- (ii) cooperação entre o ente Estadual maior — seja mediante a criação de órgãos *ad hoc* especificamente criados para o efeito, seja mediante a intervenção dos órgãos ordinários — e os entes Estaduais menores³⁴⁶;

343 V. HAENEL, Albert, “Die Vertragsmäßigen Elemente...”, cit., 149.

344 Assim, HAENEL, Albert, “Die Vertragsmäßigen Elemente...”, cit., 149 e ss.

345 Prevendo tal modelo estará, por exemplo, o artigo V da Constituição dos Estados confederados da América, saída do acto de dissenso dos Estados do sul. Essa Constituição, aprovada em Montgomery, em 11 de Março de 1861, prevê no referido artigo (secção I) o seguinte:

“Upon the demand of any three States, legally assembled in their several conventions, the Congress shall summon a convention of all the States, to take into consideration such amendments to the Constitution as the said States shall concur in suggesting at the time when the said demand is made; and should any of the proposed amendments to the Constitution be agreed on by the said convention, voting by States, and the same be ratified by the Legislatures of two-thirds of the several States, or by conventions in two-thirds thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the general convention, they shall thenceforward form a part of this Constitution. But no State shall, without its consent, be deprived of its equal representation in the Senate”

346 Será o caso, por exemplo, do artigo V da Constituição Norte-Americana de 1787. Refere tal artigo:

“The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be

- (iii) exclusão da possibilidade de revisão por parte dos entes Estaduais menores, prevendo-se uma competência exclusiva dos órgãos do ente Estadual maior³⁴⁷.

Paralelamente, poderiam ser apontadas duas concepções fundamentais da consideração do Estado federal em face dos estados federados³⁴⁸:

- (i) o Estado federal é uma continuação ou complemento dos Estados federados, nos domínios em que a força destes não seja suficiente. O Estado federal é visto como um meio de auxílio dos Estados federados;
- (ii) o Estado federal é independente, sendo-lhe atribuídas não só as tarefas que os Estados federados não conseguem prosseguir sozinhos, como também tarefas próprias que ele, a um nível mais elevado, melhor conseguirá prosseguir.

Naturalmente que a estas concepções correspondem modos diversos de alteração da Constituição e das competências por esta previstas e disciplinadas: no primeiro caso, as prerrogativas de alteração estão nas mãos do

valid to all Intents and Purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress"

347 Poder-se-á aqui enquadrar o § 196 da *frankfurter Reichsverfassung*. Trata-se da famosa "*Paulskirchen-Verfassung*", de 28 de Março de 1849, e cujo preceito referido prevê o seguinte:

"[1] Abänderungen in der Reichsverfassung können durch einen Beschluß beider Häuser und mit Zustimmung des Reichsoberhaupts erfolgen.

[2] Zu einem Beschluß bedarf es in jedem der beiden Häuser:

- 1. der Anwesenheit von wenigstens zwei Dritteln der Mitglieder;*
- 2. zweier Abstimmungen, zwischen welchen ein Zeitraum von wenigstens acht Tagen liegen muß;*
- 3. einer Stimmenmehrheit von wenigstens zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder bei jeder der beiden Abstimmungen.*

[3] Der Zustimmung des Reichsoberhaupts bedarf es nicht, wenn in drei sich unmittelbar folgenden ordentlichen Sitzungsperioden derselbe Reichstagsbeschluß unverändert gefaßt worden. Eine ordentliche Sitzungsperiode, welche nicht wenigstens vier Wochen dauert, wird in dieser Reihenfolge nicht mitgezählt."

Ainda segundo HAENEL ("*Die Vertragsmäßigen Elemente...*", cit., 151), será igualmente o caso do artigo 78 da Bismarcksche Reichsverfassung, de 16 de Abril de 1871, nos termos do qual:

"[1] Veränderungen der Verfassung erfolgen im Wege der Gesetzgebung. Sie gelten als abgelehnt, wenn sie im Bundesrathe 14 Stimmen gegen sich haben.

[2] Diejenigen Vorschriften der Reichsverfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältniß zur Gesamtheit festgestellt sind, können nur mit Zustimmung des berechtigten Bundesstaates abgeändert werden"

348 Cfr. HAENEL, Albert, "*Die Vertragsmäßigen Elemente...*", cit., 154 e ss.

Estados federados (mediante a conclusão de tratados) no segundo caso, estão nas mãos do Estado federal.

β) A federação dos Estados germânicos do Norte (*Norddeutschen Bundes*)

Em termos político-constitucionais, foi a propósito do art.º 78.º da VNB (*Verfassung des Norddeutschen Bundes*³⁴⁹) – mediante a qual os signatários acordam no estabelecimento de uma federação (“Federação dos Estados do Norte”) com o objectivo de proteger o território federal e o seu Direito vigente, bem assim como o bem estar do povo alemão – que a expressão *Kompetenz-kompetenz* começou a ser utilizada³⁵⁰. Prescrevia aquele artigo, sistematicamente integrado na secção XIV (disposições gerais), que as alterações à Constituição deveriam ser efectuadas mediante uma maioria de dois terços dos votos do *Bundesrathe*³⁵¹. Tudo foi tratado como se de uma questão de soberania se tratasse (“*die oberste, höchste, nur sich selbst bestimmende Macht*” – sublinhado nosso), defendendo-se que na determinação do poder para determinar as suas próprias competências está o *Kernpunkt* da soberania³⁵².

Neste contexto, foram lançadas as sementes da discussão sobre quem tem competências para alterar as normas organizatórias previstas num pacto fundacional: se o ente público maior (Estado Federal), se os entes públicos integrantes (Estados federados). A aceitar-se a primeira solução, estava-se a admitir que, após a criação da federação, os Estados federados abandonavam definitivamente toda uma série de poderes jurídicos (soberanos) que até então detinham; nomeadamente, não lhes seria lícito, posteriormente, alterar os arranjos organizatórios e competenciais estabelecidos na Constituição. Aceitando-se a segunda, a soberania das competências continuava do lado dos Estados federados e estes poderiam, a qualquer altura, modificar os termos estabelecidos que, desta forma, não seriam irrevogáveis.

349 V., a propósito das componentes históricas da formação dessa federação, LABAND, Paul, “*Deutsches Reichstaatsrecht*”, cit., 1 e ss., em especial 7 e 8, e ZIPPELIUS, Reinhold, “*Kleine deutsche Verfassungsgeschichte*”, C. H. Beck, München, 1996, 114-116.

350 Assim, HAENEL, Albert, “*Deutsches Staatsrecht*”, I (“*Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt*”), Duncker & Humboldt, Leipzig, 1892, 772.

351 Cfr., a propósito, o art.º 78.º da *Verfassung des Deutschen Reiches (Bismarcksche Reichsverfassung)* de 16 de Abril de 1871.

352 Cfr. OETER, “*Föderalismus*”, in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*, Von Bogdandy (org.), Springer Vlg., Heidelberg, 2003, 82. A propósito da identificação de soberania e de competência das competências, cfr. MERKL, Adolf, “*Hans Kelsen System einer reinen Rechtstheorie*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1245. Para maiores desenvolvimentos, HAENEL, Albert, “*Die Vertragsmäßigen Elemente...*”, cit., 156 e ss.

Tal discussão, contudo, não deu origem a conclusões importantes e só mais tarde foi aprofundada³⁵³.

b) Primeira transposição: o momento da teorização federalista

Os maiores contributos e impulsos doutrinários no sentido de estudar a figura em análise apenas foram dados no âmbito da teorização do Estado, em particular do Estado federal enquanto exemplo de sistema político escalonado (*mehrstufige politische System*³⁵⁴). Neste âmbito, quer a propósito da tentativa de enumeração de “características” do Estado soberano – v.g., independência externa e susceptibilidade de determinar as suas próprias competências – quer a propósito da distinção entre federações (*Bundestaat*) e confederações de Estados (*Staatenbund*)³⁵⁵, o recurso à expressão *Kompetenz-kompetenz* é corrente. Talvez por isso, a questão de saber onde reside a competência das competências tem sido quase exclusivamente debatida nos círculos jurídico-doutrinários de língua germânica.

Em todo o caso, o problema adquire alcance teórico universal. Quer se faça referência a províncias (Argentina³⁵⁶, Canadá³⁵⁷), Cantões (Suíça³⁵⁸),

353 Cfr., ainda, WALDECKER, Ludwig, “*Deutsches Verfassungsrecht*”, Ferdinand Hirt in Breslau, 1926, 32.

354 V. BLECKMANN, Albert, “*Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*”, Crl Heymanns Vlg, Köln, 1993, 633 e ss.; NETTESHEIM, Martin, “Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz”, in *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, 369. V., ainda, SCHAMBECK, Herbert, “*Österreichs Föderalismus und Subsidiaritätsprinzip*” e, numa aproximação recente, “*Die Bundestaatlichkeit als historische Erbe und Zukunftsaufgabe*”, ambos in *Der Staat und seine Ordnung (Ausgewählte Beiträge zur Staatslehre und zu Staatsrecht)*, Verlag Österreich, Wien, 2002, respectivamente, 361 e 335 e ss; FAVOREU, Louis, “*Droit constitutionnel*”, cit., 421 e ss.

355 V., John, “*Lectures on jurisprudence (or the philosophy of positive law)*”, I (lecture VI), cit., 257; SCHAMBECK, Herbert, “*Die Bundestaatlichkeit als historische Erbe und Zukunftsaufgabe*”, in *Der Staat und seine Ordnung (Ausgewählte Beiträge zur Staatslehre und zu Staatsrecht)*, Verlag Österreich, Wien, 2002, 335 e ss.; ERVELING, Ulrich, “*Zur konsensualen Willensbildung in der föderal verfassten Europäischen Union*”, BRENNER, HÜBER, MÖSTL (org.), “*Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*”, cit., 1056; SCHÖNBERGER, Christoph, “*Die Europäische Union als Bund (Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund – Bundestaat Schemas)*”, in AöR, 129, 1, 2004, 81 e ss. Cfr., por último, WAHL, Rainer, “*Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?*”, in JZ, 2005, 19, 919.

356 Cfr. art.ºs 5.º e 121.º e ss.

357 Cfr. introdução ao *The British North America Act*, 1867; v. ainda, *The British North America Act*, 1871, Section 2 (Establishment of Provinces).

358 Cfr., por exemplo, art.º 1.º da Constituição da Suíça.

Länder (Alemanha³⁵⁹ ou Áustria³⁶⁰), Estados (Brasil³⁶¹ ou EUA³⁶²), sujeitos (Rússia³⁶³) ou outras designações³⁶⁴, a ideia a reter é a de que o Estado não unitário, mais ainda do que o Estado unitário, é uma fórmula jurídica disciplinada por estritas regras³⁶⁵. Trata-se de uma totalidade ordenada, tendencialmente igualitária³⁶⁶, na qual as partes integrantes, ou entes menores, mais do que meras corporações territoriais autónomas (*Gebietskörperschaften*), consideram-se juridicamente verdadeiros Estados³⁶⁷.

Tradicionalmente, o Federalismo — que pode ser encarado quer como uma combinação de forças centrípetas (pense-se, por exemplo, na transição de uma confederação para uma Federação, como na formação dos Estados Unidos da América) quer como uma combinação de forças centrífugas (como sucede, por exemplo, quando os *Länder* reclamam mais autonomia em relação ao *Bund*) — prossegue a dupla função de assegurar a pluralidade no quadro de um modelo unitário (*Vielfalt in der Einheit*) e de buscar a unidade no meio da diversidade (*Einheit in der Vielfalt*)³⁶⁸, podendo, no seu âmbito, ser concebidos três modelos teóricos de repartição das funções do Estado³⁶⁹:

- (i) em primeiro lugar, cada uma das tradicionais funções do Estado está atribuída ora ao Estado federal, ora aos Estados federados, independentemente das matérias consideradas (por exemplo, estando a função legislativa atribuída ao primeiro e as funções aplicativas aos segundos);
- (ii) em segundo lugar, pode-se colocar o acento tónico nas matérias a distinguir, de modo a conceber que, no que diz respeito a um determinado núcleo material, as funções legislativa e aplicativas são todas tituladas por um só dos entes;

359 Cfr., por exemplo, art.º 28 da GG.

360 Cfr. art.º 2 (2) da B-VG.

361 Cfr. art.ºs 1.º e 18.º e ss. da Constituição de 1988.

362 Cfr., por exemplo, art. I, sec. 3, da Constituição dos EUA.

363 Cfr. art.º 5.º (1) da Constituição russa de 1993.

364 Cfr., por exemplo, art.º 1.º da Constituição belga de 17 de Fevereiro de 1994.

365 Assim, INSENSEE, Joseph, “*Der Bundestaats – Bestand und Entwicklung*”, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 719.

366 A propósito, v. BVerGE, 13, 54 (78) (*Neugliederung Hessen*).

367 V., por exemplo, BLECKMANN, Albert, “*Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*”, cit., 391 e ss.

368 V. SOMMERMANN, Karl-Peter, “*El federalismo cooperativo*”, in “*The spanish Constitution in the european constitutional context*”, Francisco Segado (org.), Dykinson, Madrid, 2003, 2281.

369 V. KATZ, Alfred, “*Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht*”, 15.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2002, 128.

- (iii) finalmente, pode-se conceber que para cada uma das funções do Estado, as competências são repartidas tendo em atenção certos núcleos materiais (por exemplo, o Estado federal tem a competência legislativa numa determinada matéria, mas a função administrativa respeitante a essa mesma matéria pode ser titulada pelo Estado federado).

O problema que analisamos, contudo, situa-se num momento logicamente (e, a maior parte das vezes, cronologicamente) anterior: o de saber quem vai proceder à repartição em um ou em outro sentido. Neste particular, o princípio que tem merecido maior acolhimento é o de que é o ente público maior quem pode determinar quais as suas competências e quais as competências do ente menores (*Länder, Kantone*)³⁷⁰, em regra porque ele é quem pode alterar a Constituição.

Num quadro assim dimensionado, não se torna difícil compreender que a delimitação e a solução das questões competenciais depende largamente do estatuto que a Constituição desempenha no âmbito de um ordenamento composto. Aqui, essa Constituição é dimensionada de acordo com um duplo ponto de vista³⁷¹: por um lado, ela incorpora a *Constituição do Estado federal*, aquele conjunto de disposições jurídicas que se poderá designar por Direito organizatório do Estado (*Staatsorganisationsrecht*), podendo afirmar-se – na medida em que o tem por referente apenas a ele – que se opõe à Constituição dos Estados federados; por outro lado, incorpora a *Constituição da Federação* (*gesamtstaatlichen Verfassung*), enquanto factor de unidade dos dois níveis de estadualidade, reclamando um primado ou preferência (*Vorrang*) em relação à Constituição de cada um dos Estados federados. Ora, conteúdo essencial desta última Constituição (da Federação) é a repartição competencial entre os dois níveis, em particular a *Kompetenz-kompetenz*³⁷².

Esta constitucionalização da soberania competencial tem como consequência a ideia de que o poder do Estado, particularmente no que diz respeito à delimitação das suas próprias esferas de actuação (*Organhoheit*)³⁷³, se afirma como uma potencialidade, embora não como uma potencialidade ilimitada. Significa isto que devem com rigor ser distinguidos os termos

370 V. ZIMMERLI, Ulrich, “*Neue Bundesverfassung und föderalistische Strukturen*”, in GAUCH, THURER (org.) *Die neue Bundesverfassung*, Schulthess Zürich, 2002, 88. V. ainda HECKER, Wolfgang, “*Staats- und Verfassungsrecht (Hessisches Landesrecht)*”, Nomos vlg, Baden-Baden, 2002, 26.

371 Assim, INSENSEE, Joseph, “*Der Bundestaats – Bestand und Entwicklung*”, cit., 720.

372 Neste sentido, INSENSEE, Joseph, “*Der Bundestaats – Bestand und Entwicklung*”, cit., 720.

373 SEIDLER, Gustav, “*Theorie und Methode im Staatsrecht*”, Springer, Wien, 1997, 62.

“competência das competências” (*Kompetenz-kompetenz*) por um lado, e “omnicompetência” (*Omnikompetenz*) por outro, sendo a primeira, como muito bem refere LUCAS PIRES, ela própria uma competência “constituída, vinculada e limitada”³⁷⁴. Aliás, poder-se-ia dizer que “quem detém uma soberania das competências assim limitada, encontra-se na situação de um poder criado ou legitimado por poderes ou normas de hierarquia superior, e, conseqüentemente, por estes limitado, isto é, na situação de um poder constituído” (ZIPPELIUS)³⁷⁵.

Por outro lado, tal constitucionalização do conceito pode levar a que a competência das competências seja encarada como uma das vertentes do princípio da unidade do Estado, nomeadamente, no seio das exigências de existência de uma única ordem constitucional vinculante para todos os poderes públicos e privados; de essa ordem constitucional só pode ser modificada “nacionalmente”; e de existir um único sistema de órgãos constitucionais e uma única nacionalidade.

c) Segunda transposição: a europeização do conceito

Como dissemos, hoje o conceito de competência das competências está a ser transposto para o âmbito das problemáticas inerentes à delimitação dos núcleos competenciais da União Europeia, o que suscita ainda mais dificuldades. Efectivamente, o questão tem sido reinventada e a discussão recebeu um novo impulso — se bem que, principalmente, nos ordenamentos onde estes problemas já vinham sendo discutidos — a propósito do estado das relações entre a União Europeia e os seus Estados-membros, e em particular no âmbito dos seguintes núcleos problemáticos³⁷⁶:

- (i) quem detém a competência para criar e ordenar as competências das instituições europeias comunitárias?
- (ii) pode o TJCE, unilateralmente, afirmar um primado do Direito Europeu comunitário e arrogar-se à competência de verificar a sua infracção? Em caso afirmativo, quais os fundamentos e consequências desse primado?

374 Assim, LUCAS PIRES, Francisco, “Competência das competências”: competente mas sem competências?”, in RLJ, 3885, 355.

375 ZIPPELIUS, Reinhold, “Teoria geral do Estado”, cit., 78.

376 V., a propósito, ÖHLINGER, Theo, “*Verfassungsrecht*”, 2.ª edição, WUV – Universitätsverlag, Wien, 1995, 80.

(iii) pode o Direito da união europeia excluir as possibilidades de controlo das suas normas por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais (“Tribunais Constitucionais”)? Que tribunal é competente para decidir os conflitos de normas?

O problema, contudo, não se resume a estes núcleos e adquire um alcance muito mais vasto: será que a UE se pode construir com base num modelo unitário? Ou até com base num modelo federal unitário (“*unitarischen Bundestaates*”)³⁷⁷?

Parece que não será de todo incorrecto afirmar que a resolução destes e de outros problemas passa pela resolução do problema de saber como devem as competências ser repartidas – e por quem – entre os diversos ordenamentos internos e o ordenamento comunitário. Como acertadamente diz PERNICE³⁷⁸:

“Die Frage, wer in Europa was tun soll, also die Frage nach einer klaren Zuordnung und Abgrenzung der Kompetenzen der Europäischen Zuständigkeiten ist eine der Kernfragen im europäischen Verfassungsverbund. Ihre Klärung gehört zu den Voraussetzungen der Akzeptanz und der Funktionsfähigkeit der Europäischen Union”

Estas questões ganham um particular relevo se forem trazidas à análise as inquietações que podem surgir a propósito do carácter auto- sistémico da construção comunitária e da sua “jurisprudência dinâmica” que procura afirmar que é o Direito da União Europeia quem detém a capacidade de determinar as fronteiras com os outros ordenamentos jurídicos³⁷⁹.

Em especial, as principais angústias surgem a propósito das normas emanadas das instâncias comunitárias e do problema de saber se elas terão como parâmetro aferidor da sua legitimidade jurídica (formal e material) a Constituição dos Estados- membros e como actor de controlo um órgão jurisdicional integrante da ordem Constitucional interna. Em termos simples, o que se indaga é se, para efeitos de controlo, as normas comunitárias devem ser consideradas como equivalentes a “leis internas”. Nesta medida, ficam à partida excluídas do âmbito da análise a aferição da legitimidade

377 Cfr. OETER, “*Föderalismus*”, cit., 92.

378 V. PERNICE, Inglof, “*Die Europäische Verfassung*”, in *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Spinger Vlg., Heidelberg, 2002, 1327.

379 V., a propósito, LUCAS PIRES, Francisco, “*«Competência das competências»: competente mas sem competências?*”, cit., 355.

das normas internas em face dos Tratados³⁸⁰; as questões de violação desses mesmos tratados por normas comunitárias, pois tais questões constituirão objecto de actuação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), e as questões de compatibilidade das normas emanadas de órgãos internos com a Constituição interna, uma vez que este é um evidente domínio abrangido pela competência dos tribunais internos.

Todas estas questões impulsionam o debate político e jurídico. Este último — que é aquele que verdadeiramente, no âmbito de um trabalho de base jurídico- normativista como este pretende ser, tem espaço de análise — suscita uma clivagem que importa desde já conhecer os contornos, de modo a que, futuramente, a abordagem desta e de outras questões se encontre facilitada e se afigure, de um ponto de vista jurídico- constitucional, proveitosa. Debrucemo-nos, por conseguinte, sobre as linhas orientadoras essenciais desta discussão jurídica, adoptando um conveniente enfoque dual, que passa pela apreciação dos argumentos pró- e contra-europeístas.

α) Posição europeísta

Neste e em outros contextos, e de acordo com uma abordagem metódica a vários títulos inovadora, o Direito europeu comunitário tem conseguido a sua afirmação principalmente a partir da jurisprudência “dinâmica” (função quase-legislativa; papel de *creative law making*³⁸¹) do seu órgão jurisdicional máximo — o TJCE. O papel deste tem sido tão relevante que há já quem afirme que, por causa da sua actividade, estamos em presença de um segmento jurídico que constitui uma espécie de galáxia em constante expansão — com uma crescente fome de competências (*Kompetenzhungers*³⁸²) —, sem se vislumbrar para já quais os seus limites. A partir de determinada altura, ao impulso jurisprudencial acrescenta-se a dinâmica doutrinária que as questões do Direito comunitário têm suscitado, e assiste-se a uma verdadeira “revolução copernicana”³⁸³.

380 Questão controvertida será a de saber se esses tratados podem constituir parâmetro aferidor da validade de tais actos. Um entendimento literal e restritivo do postulado da separação dos ordenamentos parecerá desembocar quase necessariamente na resposta negativa, assim como conduzirá a tal conclusão a separação em termos de operatividade entre as categorias da validade e da aplicabilidade jurídicas. Cfr. TREMPs, Pérez, “*Constitution española y Comunidad Europea*”, Civitas, Madrid, 1994, 59.

381 V. CHITI, Mario, “*I signori del Diritto comunitario: La Corte di giustizia e lo sviluppo del Diritto amministrativo europeo*”, in RTDP, 1991, 3, 797.

382 Assim, HAVERKATE, Görg, “*Materiale und formale Hierarchien...*”, cit, 1202.

383 V. HALTERN, Ulrich, “*Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende*”, in AöR, 128, 4, 2003, 512 e ss; e WAHL, Rainer, “*Die Zweite Phase des öffentlichen Rechts in*

O postulado primeiro em que assenta toda a lógica comunitária é o de que os tratados instituem uma ordem jurídica autónoma que é integrada na ordem jurídica dos Estados-membros³⁸⁴ e que o Direito a partir daí criado procede de uma fonte jurídica própria (e não da ordem interna ou internacional)³⁸⁵. Assumir esta ideia terá como inevitável consequência a refutação de todas as argumentações que vão no sentido de considerar quer o monismo ordenatório, quer a consideração da origem interna (v.g., constitucional) do Direito comunitário, no que, levado ao extremo, poderá desembocar na afirmação da sua auto-referencialidade e autopoiése. Ora, considerando-se que a ordem jurídica comunitária não é nem parte integrante das ordens internas, nem uma ordem internacional no sentido clássico³⁸⁶, tentou-se procurar regras de articulação, designadamente ao nível da harmonização da produção jurídica e da tentativa de solução dos conflitos potencialmente existentes entre ambas³⁸⁷. A regra fundamental preconizada foi, como se sabe, a do primado (*primauté, Anwendungsvorrang*) do Direito Europeu comunitário, em termos de se afirmar que as disposições dos tratados e os actos das instituições vinculam todos os poderes do Estado e têm por efeito tornar inaplicável, desde a sua entrada em vigor, qualquer norma de Direito interno contrária e impedir a formação válida de novos actos incompatíveis. Assim sendo, os órgãos nacionais estão juridicamente investidos no dever de assegurar a protecção dos direitos conferidos pelas normas da ordem jurídica comunitária, sem que necessitem

Deutschland (Die Europäisierung des öffentlichen Rechts)", in *Der Staat*, 38, 4, 1999, 496 (aliás, um dos sintomas dessa revolução nota-se no facto de a própria revista *Der Staat* ter mudado o seu sub-título). V., ainda, numa síntese clara e elucidativa, VON BOGDANDY, Armin, "Europäische Prinzipienlehre", in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*, Von Bogdandy (org.), Springer Vlg., Heidelberg, 2003, 149 e ss.

384 Veja-se uma primeira afloração desta premissa no acórdão do TJCE de 15 de Julho de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, in CJTJCE, 1962-1964, 555. V. igualmente as conclusões proferidas no âmbito do processo relativo ao mesmo acórdão por MAURICE LAGRANGE, *idem*, 566.

385 Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, CJTJCE, 1969-1970, 625 e ss. V., ainda, NETTESHEIM, Martin, "Kompetenzen", in *Europäisches Verfassungsrecht*", cit., 421.

386 Cfr. o reconhecimento desta ideia, por exemplo, em BVerfGE 37, 271, 277/278 (*Solange I*), onde se pode ler:

"Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, daß das Gemeinschaftsrecht weder Bestandteil der nationalen Rechtsordnung noch Völkerrecht ist, sondern eine eigenständige Rechtsordnung bildet, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließt"

V. ainda IGLESIAS, Rodríguez, "Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung", NJW, 1999, 1, 1.

387 Poder-se-á aqui colocar em questão se a criação de *Kollisionsnorm* de carácter geral será viável quando estejamos em face de conflitos de normas jurídicas provenientes de núcleos produtores diversos. V., a propósito, ENOCH ROVIRA, "Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana", Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986, 121 e ss.

de solicitar ou esperar a eliminação — por exemplo, por revogação ou por declaração de inconstitucionalidade — das normas de Direito interno que pudessem constituir um obstáculo³⁸⁸.

E no que diz respeito à competência das competências? Como deve ser enquadrado, nesta óptica, o problema da sua titularidade e quais os tópicos a ter em atenção na respectiva resolução?

No seguimento dos fragmentos argumentativos referidos, não se torna difícil concluir que, nesta perspectiva, será a UE quem se entende que deve ter a última palavra em matéria de arranjos competenciais³⁸⁹. Nomeadamente, deve-se ter em conta o carácter definitivo das limitações de soberania que os Estados-membros aceitaram e a irrenunciabilidade das situações jurídicas por si assumidas. Em termos práticos, a assunção desta visão conduz a uma *superjurisdição* do TJCE que se arroga, também ele, ao poder de fixação e determinação das suas próprias prerrogativas de controlo dos actos normativos e de solução dos conflitos normativos.

β) Posição nacionalista

No quadrante oposto, vamos encontrar sectores doutrinários e jurisprudenciais — com o *Bundesverfassungsgericht*, o *Verfassungsgerichtshof* e a *Corte Costituzionale* a assumirem papel de destaque — que tentam resgatar as velhas teorias da soberania indivisível e estadual, afirmando sem hesitações que o Estado e só o Estado é, senão o criador, pelo menos o legitimador do Direito (*Ohne Staat, kein Recht*³⁹⁰) e que apenas ele pode assegurar uma adequada e eficaz protecção das posições jurídicas individuais, designadamente em termos de conformidade formal (constitucionalidade e legalidade) e material (igualdade e proporcionalidade) das normas jurídicas³⁹¹. Daqui retiram-se várias consequências lógicas:

388 Acórdão do TJCE de 9 de Março de 1978, SIMMENTHAL, in CJTJCE, 1978, 250. V., também aqui, as conclusões proferidas no âmbito do processo relativo ao mesmo acórdão por GERHARD REISCHL, CJTJCE, 1978, 258.

389 Cfr. NETTESHEIM, Martin, “Kompetenzen”, in *Europäisches Verfassungsrecht*, cit., 425.

390 V. KIRCHHOF, Paul, “Der Deutsche Staat in Prozeß der europäischen Integration”, in INSENSEE e KIRCHHOF (org.), *HdbStR*, VII, 868 e ss.

391 Além dos problemas referidos no texto, bastantes outro foram levantados, em particular no acórdão do VfGH de 30/08/94, disponível em <http://www.vfgh.gv.at/>. Salientemos apenas alguns deles:

- a) violação do art.º 4.º do Tratado de Viena de 1955 (StV Wien, 1955), garantidor da integridade e independência da Áustria;
- b) violação do dever de neutralidade da Áustria (*Neutralitätsgesetz*). A contra-objecção do Governo austríaco relaciona-se com o facto de, para alguns autores, nem se pode dizer

-
- que este seja um princípio fundamental da B-VG e, mesmo que o seja é um princípio que tem vindo a sofrer uma "tendência para a diluição" (*Tendenz zur Aufweichung der Neutralität*);
- c) violação do princípio da determinabilidade do conteúdo das leis, na medida em que a lei constitucional que autoriza a adesão consubstancia uma verdadeira "delegação legislativa" (*formalgesetzliche Delegation* e *generelle Handlungsermächtigung*), retirando ao povo as possibilidades de saber o conteúdo das consequências do processo de integração, ao que se deveria acrescentar a falta de publicidade do conteúdo total dos actos comunitários (v.g. tratados constitutivos e suas alterações), pelo que o povo estaria a votar uma lei cujo conteúdo que desconhece. Neste particular, o *Bundesregierung* argumenta que mesmo que tal seja verdade sempre existem instrumentos não formais (*nicht förmlichem Wege*) reconhecidos dos tratados;
 - d) violação do princípio da soberania popular, uma vez que entre a publicação do procedimento de consulta e a realização deste mediou um prazo de reflexão muito curto (aproximadamente um mês). Contra-argumenta-se com as dificuldades inerentes à fixação de um critério jurídico para determinar o que se deveria entender por "prazo adequado";
 - e) violação do princípio da igualdade de oportunidades no processo eleitoral e do dever de neutralidade (*Neutralitätspflicht*) do estado, designadamente através da atribuição por via orçamental, de verbas para a campanha do "sim", enquanto a campanha do "não" teve a publicidade a suas expensas; Além disso, criou-se um "*Europatelefon*", o que possibilitou uma "permanente publicidade" dos defensores da adesão. O Governo responde que só poderia ter uma posição, exactamente a que defendesse a adesão! De todo o modo, terá sido fornecida aos eleitores uma informação objectiva;
 - f) violação do princípio da Estado federal, designadamente, por causa do problema da perda de competências dos *Länder* – a UE não tem em consideração a estrutura federalista de alguns dos seus membros.

De salientar que em relação a todas estas questões o VfGH não se pronunciou, tendo-o apenas feito, como já foi referido, em relação às questões inerentes ao procedimento de consulta popular. Um outro argumento frequentemente usado por estes sectores doutrinários é o de *défice* democrático, expressão significativa da ideia de que ao nível comunitário os fundamentos democráticos de legitimação dos esquemas de poder não estariam ainda suficientemente enraizados (cfr., a propósito, BLECKMANN, Albert, "*Das europäische Demokratieprinzip*", in JZ, 2001, 2, 55 e ss.; GRIMM, Dieter, "*Braucht Europa eine Verfassung?*", in JZ, 1995, 12, 582; WAHL, Rainer, "*Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?*", cit., 922 e ss; LINDSETH, Peter, "*Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism: The example of the European Community*", CoLRw, 99, 3, 1999, 633 e ss.). Salienta-se a carência de legitimidade democrática das instituições comunitárias e de mecanismos de responsabilização dos órgãos com funções legislativas. Aliás, esta ideia arrasta o processo de integração para a violação de dois importantes bastiões do arsenal constitucional dos Estados- membros: por um lado, a violação do princípio democrático propriamente dito e, por outro, a violação do princípio da separação dos poderes. A violação do princípio democrático deriva do facto de, ao nível comunitário, as principais decisões não serem tomadas por órgãos democraticamente eleitos, mas antes por membros "nomeados" ou "escolhidos", no que parecerá consubstanciar uma clara marginalização da soberania popular. Como consequência de tal falta de legitimidade democrática surge um outro nódulo problemático: assiste-se, ao nível europeu comunitário, à particular e insólita circunstância de órgãos com funções executivas (como o Conselho) desempenharem verdadeiras funções legislativas, numa inequívoca violação do princípio da separação dos poderes (princípio esse, de resto, acolhido pela própria União no art.º 6.º do TUE), no que se transforma num confuso "labirinto decisório". Por outro lado, salienta-se a existência de *défice* de responsabilização pois o Direito comunitário não conheceria normas sobre a responsabilidade por parte dos seus órgãos políticos. Outro factor importante reside na circunstância de que, em consonância com a premissa da soberania estadual, o poder dos centros comunitários de produção jurídica se legitima através dos Estados membros, uma vez que estes é que são os *Herren der Verträge*, o que levará a concluir pela ilegitimidade democrática das decisões pela simples circunstância de que está ausente o "povo europeu" (não reconduzível ao Estados

- (i) o Direito estadual, não sendo único (reflexos da globalização), é, todavia, dotado de supremacia em termos de validade, sobre o restante Direito;
- (ii) as limitações jurídicas do poder, e as inerentes garantias das liberdades individuais, não poderão deixar de ser tarefas acometidas ao Estado; e
- (iii) uma eventual perda da estadualidade — a favor das instituições europeias comunitárias (que ainda não conhecem, por exemplo limites nítidos entre poder legislativo, administrativo e poder judicial) —, acarretará também a perda de tal arsenal garantístico (constitucional)³⁹².

Todavia, e como já resulta do exposto, esta “reserva de estadualidade” ao nível da produção e protecção jurídicas não impedirá a aceitação de normas

membros). V., a propósito, KIRCHHOF, Paul, “*Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*”, in *EuR*, 1991, 1, 14; *Idem*, “*Die Zukunft der Demokratie im Verfassungstaat*”, in *JZ*, 2004, 20, 981 e ss; GAUDIN, Hélène, “*Amsterdam: l’échec de la hiérarchie des normes?*”, *RTDEur*, 1999, 35 (1), 3; BUCHWALD, Delf, “*Zur Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union*”, in *Der Staat*, 37, 2, 1998, 210 e ss. Por fim, um dos argumentos mais utilizados: o de que a comunidade “*does not take rights seriously*”, em termos de assegurar uma adequada e eficaz protecção dos direitos fundamentais. São principalmente dois os motivos invocados:

- (i) a UE ainda não tem um catálogo jurídico de direitos fundamentais;
- (ii) a protecção dispensada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades é insuficiente, pois este órgão jurisdicional, por um lado, não aprecia os direitos num critério de protecção individual, e por outro lado, não toma como critério de decisão um determinado direito fundamental.

Por outras palavras, a comunidade pode violar a seu bel-prazer posições jurídicas subjectivas garantidas como direitos fundamentais consagrados nas constituições dos vários Estados- membros. Por estas razões, conclui-se que a tarefa de protecção dos direitos fundamentais na ordem interna só pode ser assegurada pelo tribunal constitucional, pelo que, inevitavelmente, os princípios elementares das Constituições devem ser respeitados pelo Direito comunitário, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que não se pode deixar de reconhecer que a tarefa de protecção dos direitos fundamentais previstos nas várias constituições não pode, naturalmente, ser levada a cabo por qualquer outro tribunal e, se os tribunais constitucionais se alheassem, estaríamos perante uma importante lacuna de jurisdição. Destas considerações nasceu a conhecida fórmula jurisprudencial *Solange I* [cfr. BVerGE, 37, 271 (280)]: enquanto o processo de integração não progrida suficientemente em termos de dispensar uma protecção adequada de direitos fundamentais — por exemplo, em termos de existência de um catálogo legal dos mesmos — o catálogo constitucional é o adequado. Por isso, os recursos contra actos de direito comunitário são admissíveis quando se conclua que, na interpretação dada pelo TJCE se viola algum Direito Fundamental. Se a resposta for afirmativa, não deve declarar a sua inconstitucionalidade, mas a sua inaplicabilidade. No sentido da consideração desta fórmula como um eventual princípio materialmente constitucional, v. CORNILS, Matthias, “*Art 23 Abs. 1 GG: Abwägungsposten oder Kollisionsregel? (Zur Frage «vorbeugenden» Grundrechtsschutzes gegenüber der Mitwirkung der deutschen Vertreter an Rechtssetzungsakten des Rats der Europäischen Union)*”, in *AöR*, 129, 3, 2004, 337 e ss. Acerca da consideração do TJCE como órgão jurisdicional, BVerGE, 73, 339 (*Solange II*).

392 Neste sentido, KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat in Prozeß...*”, cit., 870.

emanadas de outros centros ou núcleos produtores, pois, no que respeita particularmente ao Direito europeu comunitário, será de aceitar uma tese de dualismo de ordens jurídicas, em termos de afirmar que esse Direito não é nem uma parte da ordem jurídica interna nem Direito internacional, mas antes uma ordem jurídica independente que repousa num sistema autónomo de fontes³⁹³. Contudo, estes quadrantes de pensamento defendem que essa aceitação não poderá ser incondicional e acrítica, mas antes exige um pensar adequado, estruturado, racional de todo um esquema de organização e articulação das várias fontes, de modo a que estas não se sobreponham nem no momento da produção nem no momento da aplicação jurídicas.

Tendo presente estas considerações, enfrenta-se o problema da “transfereência de soberania” por parte dos Estados-membros a favor de instâncias internacionais de poder³⁹⁴, e tal problema deve ser teoricamente enquadrado num outro mais amplo que é o da necessidade de abertura ao exterior por parte das várias Constituições³⁹⁵, assumindo-se, desde logo, um dado essencial: tratar-se-à sempre de uma decisão tomada ao nível constitucional uma “decisão normativa básica” um “*indirizzo politico*”³⁹⁶.

Desta forma, a justificação de aplicabilidade do Direito europeu comunitário na ordem jurídica dos Estados-membros radicarà numa norma de natureza constitucional e de finalidade habilitante ou autorizativa. Tal norma constitui uma ponte (*Brücketheorie*) que o liga ao Direito interno (constitucional), e, na medida em que esta ponte não seja transposta, faltar-lhe-à legitimidade na ordem jurídica interna³⁹⁷.

Além disso, continuam estes sectores argumentativos, deve ser salientado o facto de que as comunidades, diferentemente do que acontece em relação ao Estados, têm o seu fundamento (constituente) num acto exterior a si, mais precisamente num acto de Direito público internacional dos Estados-membros — a adesão operada por via constitucional — obrigando à busca do fundamento de validade das suas normas em tais actos, pelo que são

393 Cfr. BVerGE, 37, 271 (277) (*Solange I*).

394 V., a propósito, BVerfGE 58, 1 (*Eurocontrol I*), e BVerfGE 59, 63 (*Eurocontrol II*).

395 Cfr., para uma primeira aproximação, WAHL, Rainer, “*Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen*”, JuS, 43, 12, 2003, 1145 e ss.

396 V. *Sentenza Corte Costituzionale* de 18 de Dezembro de 1973 (*Frontini*).

397 Neste sentido, KIRCHHOF, Paul, “*Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen*”, JZ, 1998, 20, 966, e TREMP, Peréz, “*Constitution española y Comunidad Europea*”, cit., 56 e ss.

os Estados-membros, e não a própria comunidade, quem são responsáveis por esta e pelo seu desenvolvimento (tese *Herren der Verträge*). Só este primado dos Estados membros — que é visto por certos sectores críticos como uma “interpretação civilística”, na medida em que baseada na vontade dos contraentes³⁹⁸ — é que evita uma violação dos princípios densificadores da ideia de Estado de Direito e de Democracia, assim como das respectivas e necessárias garantias (jurisdicionais) essenciais. Foi, aliás, no âmbito da tentativa de assegurar tais esquemas garantísticos que alguns órgãos integrantes das jurisdições nacionais, com destaque para o *Bundesverfassungsgericht*, procuraram cercear os ímpetus expansionistas do TJCE com a criação de uma jurisprudência *garantística*³⁹⁹.

A partir de todas estas considerações, defende-se que, em rigor, a integração europeia é uma manifestação do poder constituinte⁴⁰⁰ (originário ou derivado) e será ela própria encarnação de um poder constituído — o poder de integração —, pelo que as decisões jurídicas básicas, nomeadamente ao nível competencial, não poderão deixar de estar nas mãos dos Estados-membros.

2.3. Delimitação conceitual e a dupla natureza do conceito

2.3.1. Estrutura normativa e esquema competencial: as regras de alteração

Como resulta do que já temos vindo a afirmar, a percepção do complexo de ligações normativas que compõem um ordenamento e do seu carácter escalonado não pode ser feita se não for estabelecida, em termos inequívocos, a titularidade da competência das competências. Isto porque só um esquema competencial ordenado e coerente, mais do que elucidar acerca de *quem* pode agir, possibilita a solução dos conflitos que entre os diversos actos, provenientes de diversos actores, a prática jurídica origina. Ora, parece evidente que a correcta captação deste problema apela à apreensão de coordenadas de natureza estrutural que passam, mais uma vez, pela clara distinção de dois tipos de normas jurídicas: as normas sobre comportamentos (primárias) e as normas sobre outras normas (secundárias).

398 V., a respeito, BRYDE, Brun-Otto, “*Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*”, in *Der Staat*, 42, 1, 2003, 66.

399 V., por exemplo, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*); BVerfGE 102, 147 (*Bananenmarktordnung*).

400 Assim, KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat in Prozeß...*”, cit., 877.

Em outro contexto, já tivemos oportunidade de mencionar que qualquer ordenamento jurídico constitui a união de dois diferentes tipos de regras: as denominadas regras primárias ou regras de comportamento e as regras secundárias “relativas” às primeiras ou “parasitas”⁴⁰¹. A consideração da estrutura dual de um ordenamento jurídico, nos termos apontados, resulta da circunstância de as regras de comportamento – aquelas que mais intuitivamente são apreendidas pelos diversos destinatários jurídicos – se revelarem muitas vezes normas incertas, estáticas e ineficazes⁴⁰², na medida em que utilizam conceitos polissémicos e indeterminados – tornando-se, por via disso, de difícil aplicação –, cristalizam condutas e tornam-se desactualizadas, e não contêm em si o *grau de convencimento* necessário a torná-las efectivamente respeitadas. Nesta medida, essas regras primárias são complementadas por um segundo tipo de regras, que as têm como referência ou objecto e, por isso, são denominadas correntemente como “regras secundárias”⁴⁰³, ganhando corpo no seio destas últimas as regras de reconhecimento (*rules of recognition*), as regras de alteração (*rules of change*) e as regras de julgamento (*rules of adjudication*).

Tais regras secundárias serão aquelas que, no âmbito da nossa investigação, assumirão uma relevância incontornável, por dois motivos, sucessivamente considerados:

- por um lado, porque é através da identificação e arrumação de tais regras que são lançadas as bases sólidas para a construção de uma aceitável e conveniente teoria de resolução de conflitos normativos;
- por outro lado, porque esta última teoria não dispensa o correcto enquadramento, em termos jurídico-constitucionais, dos poderes normativos, o que pressupõe e exige uma adequada teoria geral das diversas estruturas organizatórias normativas, estabelecidas pelas regras referidas.

Aqui chegados, procuremos refinar a análise e centrar o discurso.

Em termos de organização estadual, se aceitarmos o princípio da hierarquia, podemos perspectivar o esquema organizacional – o conjunto das normas organizatórias (*regras de alteração*) – como uma pirâmide, em que

401 V. HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 91 e 230.

402 Cfr. HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 102, 103.

403 V. HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, Cit., 104 e ss.

no cume estão concentradas as competências de direcção⁴⁰⁴. A repartição das competências Estaduais – que, em geral, tanto pode constar de um texto constitucional (num certo capítulo ou de forma avulsa)⁴⁰⁵, de determinadas leis reforçadas (v.g., leis constitucionais, como no caso do ordenamento austríaco) ou até de normas ordinárias (que se configuram como normas materialmente constitucionais) – constitui, neste prisma, o cerne problemático de qualquer Estado (composto ou não, embora se deva reconhecer que é no quadro do primeiro que os problemas ganham maior relevo), e a sua perspectivação juridicamente adequada depende do reconhecimento de uma realidade óbvia e quase dogmática: a competência para repartir as competências é um poder real. É a competência das competências⁴⁰⁶.

Em termos definitórios, a *Kompetenz-kompetenz* diz respeito ao poder de auto e hetero-organização, sem dependência de vontade alheia. Neste sentido, tem sido definida como (i) o poder de dispor da competência própria e da competência alheia (FUNK: *Befugnis zur Disposition über eigene und fremde Zuständigkeiten*)⁴⁰⁷; (ii) a competência para determinar o perímetro e o conteúdo das competências (*Umfang und Inhalt der Kompetenzen*) próprias e alheias (STORR)⁴⁰⁸; ou (iii) a susceptibilidade de um órgão alterar a sua própria competência, com exclusão da vontade de qualquer outro órgão (KRAUTZBERGER)⁴⁰⁹. Numa concepção mais restrita significará o direito de autodeterminação competencial do Estado, a possibilidade deste determinar as suas próprias competências⁴¹⁰.

Convém desde já salientar que o problema da titularidade da competência das competências não é tanto o problema de saber quem pode criar as competências ou alterar as competências já criadas – este problema é resolvido, por exemplo, pelo poder constituinte, originário ou derivado.

404 Assim, HERZOG, Roman, “*Allgemeine Staatslehre*”, cit., 189.

405 Acerca da Constituição como um esquema de “repartição de tarefas”, cfr. HEINZ, Karl Eckhart, “*Delegation und Mandat (Eine rechts- und verfassungstheoretische Untersuchung)*”, in *Der Staat*, 36, 4, 1997, 505.

406 V., a propósito, ÖHLINGER, Theo, “*Verfassungsrecht*”, cit., 94 e ss.

407 Assim, FUNK, Bernd-Christian, “*Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*”, cit., 2000, 147.

408 Assim, STORR, Stefan, “*Staats- und Verfassungsrecht (Thüringer Landesrecht)*”, Nomos vlg, Baden-Baden, 1998, 34.

409 Assim, KRAUTZBERGER, Michael, “*Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private*”, Duncker & Humboldt, Berlin, 1971, 46.

410 Quanto à União Europeia, para uma aproximação, v. NETTESHEIM, Martin, “*Kompetenzen*”, in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*, Von Bogdandy (org.), Springer Vlg., Heidelberg, 2003, 425.

O problema da titularidade da competência das competências, é, mais do que isso, um problema de saber quem tem a *última palavra* em termos de decisão competencial. E esta é o próprio titular do poder constituinte originário (o povo) quem a tem⁴¹¹. Contudo, a análise deste tópico no momento revela-se, porque extemporânea, desajustada e imprudente. De imediato, cumpre somente destacar que a competência das competências, sendo um poder para ordenar competências, assume uma dupla configuração:

- por um lado, assume-se como um poder de acção conferido pelo ordenamento jurídico; e,
- por outro lado, representa um verdadeiro princípio de repartição competencial.

Vejam os em que termos.

2.3.2. A competência das competências como situação jurídica activa – a delimitação do perímetro de competência (*Kompetenzumfang*)

Os domínios temáticos que temos vindo a abordar não seriam analiticamente apreendidos se não se tivessem em atenção nomeadamente, os seguintes núdulos problemáticos:

- (i) quem, de entre os vários titulares de competências, está autorizado a repartir as competências e de que forma essa repartição é realizada?
- (ii) pode o Estado reservar-se a decisão da fixação das suas próprias competências (isto é, em termos gerais, das tarefas por si a prosseguir e dos correspondentes poderes para o fazer) sob o ponto de vista orgânico, formal e material?
- (iii) em que medida a repartição de competências constitucionalmente estabelecida pode ser alterada⁴¹²?

Tendo em atenção estes e outros pontos de análise, pode-se dizer que a competência das competências se dimensiona como uma situação jurídica activa titulada por um sujeito habilitado.

411 Neste sentido, STORR, Stefan, “*Staats- und Verfassungsrecht ...*”, cit. 34.

412 Cfr., a propósito, ADAMOVICH, Ludwig “*Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*”, 6.ª edição, Springer Verlag, Wien, 1971, 151; SCHMIDT, Rolf, “*Staats-organisationsrecht*”, 2.ª edição, R.S. Verlag, Bremen, 2001, 25.

Trata-se de uma situação jurídica activa na medida em que o seu exercício se vai materializar num conjunto de actuações que, na sua globalidade, se podem configurar como posições de vantagem. Entre essas actuações ganham relevo os poderes de criação de órgãos públicos, de dotar esses órgãos públicos de instrumentos de actuação necessários à prossecução dos seus fins, de alterar esses instrumentos de actuação quando se entender conveniente, de dirimir os litígios decorrentes de actuações diversas, etc. Numa palavra: competências.

O exercício deste poder supremo de organização competencial vai-se materializar, em relação a cada actor público- constitucional em concreto, na delimitação das suas esferas de actuação, em termos de se poder dizer que eles podem (são competentes) ou não podem (não são competentes) actuar num determinado domínio material, ficando deste modo delimitado o seu *perímetro de competência*, ou seja, o círculo dentro do qual ele pode actuar.

As competências – constituintes e não constituintes – atribuem-se preferencialmente através de tipos de normas especiais que as têm como objecto: as regras jurídico-organizatórias⁴¹³. Trata-se de normas que, à partida, não têm qualquer conteúdo “material”, isto é regulamentação ou disciplina genérica que se aplique a determinado instituto jurídico, mas apenas um conteúdo “formal”, densificado na atribuição da competência em questão a um determinado órgão ou a um conjunto determinado de órgãos⁴¹⁴.

A concatenação e sistematização de tais regras permite estabelecer o edifício normativo-constitucional competencial que preside a um dado ordenamento, e ao abrigo do qual a produção normativa e a hierarquização dos diferentes actos devem ser efectuadas. Em tal edifício, é possível identificar um conjunto de princípios enformadores e rectores que constituem como que as suas traves mestras⁴¹⁵, no âmbito dos quais são de referência obrigatória os seguintes:

- (i) princípio da tipicidade das competências, de acordo com o qual, em princípio, as competências de um determinado órgão são apenas as que estão previstas em acto normativo (constitucional, legal ou,

413 Acerca da distinção entre regras e princípios constitucionais e entre as várias espécies daquelas, v. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1159 e ss.

414 Além dessas, contudo, também as normas impositivas (*Aufgabennorm*) podem desempenhar um importante papel atributivo. V., a propósito, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1171-1172, e WEINBERGER, Ota, “*Rechtslogik...*”, cit., 244 e ss.

415 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 546 e ss.

eventualmente, regulamentar) prévio, não sendo de admitir competências atípicas;

- (ii) princípio da indisponibilidade das competências, nos termos do qual os actos de vontade não tipificados, por parte dos órgãos respectivos, que tenham por objecto a modificação (oneração ou transferência) das competências são irrelevantes;
- (iii) princípio da atribuição, de acordo com o qual um determinado órgão apenas pode actuar nos limites das competências atribuídas por outro (negando-se-lhe, por conseguinte, a *Kompetenz-Kompetenz*);
- (iv) princípio da subsidiariedade, nos termos do qual um determinado órgão apenas pode actuar se, e na medida em que, determinados objectivos não possam ser atingidos por outro;
- (v) princípio da proporcionalidade, nos termos do qual os meios de acção em que a competência se consubstancia não devem exceder o necessário para atingir determinados objectivos.

Por outro lado, e sob o ponto de vista tipológico, dois critérios classificatórios assumem particular destaque

- (i) em primeiro lugar, um critério orgânico de acordo com o qual as competências podem ser qualificadas em
 - competências exclusivas, que são aquelas cujo exercício está reservado a um determinado órgão;
 - competências repartidas, que são aquelas cujo exercício se encontra repartido por dois órgãos, um hierarquicamente superior ao outro, e o órgão inferior apenas poderá exercer se o órgão superior não exercer ou o autorizar⁴¹⁶;
 - competências concorrentes, que são aquelas cujo exercício é repartido por dois sujeitos, hierarquicamente idênticos; e
 - competências directivas, que são aquelas que têm por objecto apenas o estabelecimento de linhas de orientação (quadros, bases), que devem ser seguidas por outro órgão.
- (ii) em segundo lugar, um critério relativo ao modo de consagração, sendo de distinguir:

416 Cfr., a respeito, EGGERT, Marco, “*Licht im Dschungel der Kompetenzen? Zur Ordnung der Zuständigkeiten in der EU*”, in *Verfassungsexperimente. Europa auf dem Weg zur transnationalen Demokratie?*, LIT Verlag, Münster, 2003, 38-39.

- competências expressas (escritas), que são aquelas que estão expressamente mencionadas nos enunciados linguísticos da norma atributiva;
- competências implícitas, que são aquelas que, não estando expressamente mencionadas, se retiram das normas escritas; e
- competências não escritas, que são aquelas que não têm qualquer suporte nos enunciados linguísticos normativos.

2.3.3. A competência das competências como princípio de repartição competencial

Mas não apenas como poder ou situação de vantagem a competência das competências ganha relevância jurídica. Tal também acontece se a perspectivarmos como um importante princípio do *Direito competencial*. Neste domínio parece indiscutível que a repartição das competências se assume como um *valor* a proteger⁴¹⁷, nomeadamente se tivermos em atenção os seguintes aspectos:

- (i) num enfoque jurídico-financeiro, pode-se afirmar que um sistema coerente de repartição competencial constitui uma melhor forma de assegurar uma adequada alocação de recursos;
- (ii) num enfoque jurídico-normativo, a existência de competências perfeitamente definidas e delimitadas assume-se como um modo de evitar as colisões de normas — na medida em que cada órgão só é competente para certo domínio —, assegurando a unidade e a sistematicidade do ordenamento jurídico;
- (iii) num enfoque jurídico-sociológico, as competências *arrumadas* incentivam a que, proceduralmente, os vários interesses sejam assegurados, pois em diferentes fases eles podem ser pesados;
- (iv) finalmente, num enfoque jurídico-garantístico, as competências procuram assegurar que a protecção dos cidadãos seja efectiva, ao permitir que o Estado não seja visto como um “bloco” de poderes ilimitados perante aqueles. O cidadão lida com o Estado, revelando-se este na forma de instituições individuais de poderes limitados.

Nesta óptica, apenas uma definição clara do que seja a competência das competências e de quem é o seu titular permite a prossecução das finalidades

⁴¹⁷ Cfr., por exemplo, KRAUTZBERGER, Michael, “*Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private*”, cit., 46; BLECKMANN, Albert, “*Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*”, cit., 406 e ss.

referidas, de modo que a sua *ideia* deve perpassar todas as soluções normativas nesta matéria.

2.4. Competência das competências e figuras afins

A tarefa de estabelecimento de uma guarnição teórico- constitucional que constitua a moldura envolvente da competência das competências reclama um trabalho, ainda que breve, de demarcação de limites. Importa, neste sentido, apartar o conceito em análise dos conceitos que lhe estão próximos e que com ele se podem envolver em equívocos, contribuindo de tal modo para a concretização dos apoios que sustentam a teoria do significado e, em particular, a sua dimensão de referência (estudo dos “casos de fronteira”) por nós já aludida⁴¹⁸.

Assim, dedicaremos a nossa atenção, sucessivamente, às figuras jurídicas da soberania, poder constituinte e autonomia constitucional.

2.4.1. Soberania

a) a dupla dimensão do conceito

Um dos conceitos que maiores inquietações suscita quando cotejado com o de competência das competências é o de soberania. Contudo, tais inquietações surgem não tanto devido a uma pura polissemia de significados ou a uma simples proximidade de percepção⁴¹⁹, mas antes devido a sucessivas abordagens precipitadas que têm o segundo conceito por referência. Com efeito, pode-se entender que a própria ideia de soberania anda num “estado de vagabundagem” (a expressão, embora reportada temporalmente mas perfeitamente actual, é de FORSTHOFF: “*Zustand der Vagabondage*”⁴²⁰) e pode-se mesmo perguntar, com OETER, se não é um *überholtes Konzept*⁴²¹.

Um enfoque adequado destes problemas passa pela dupla roupagem que o conceito em análise pode revestir: pode-se referir a soberania como a

418 Cfr. VILLA, Vittorio, “*Interpretazione giuridica e teorie del significato*”, cit., 842.

419 Cfr., por exemplo, DI FABIO, Udo, “*Der neue Art. 23. Des Grundgesetzes (Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?)*”, in *Der Staat*, 32, 2, 1993, 201.

420 Assim, FORSTHOFF, Ernst, “*Der Staat der Industrie-Gesellschaft*”, cit., 14. Acerca da evolução histórica do conceito, v., com muito interesse, OETER, Stefan, “*Souveränität – ein überholtes Konzept?*”, in *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer Vlg., Heidelberg, 2002, 261 e ss.

421 V. OETER, Stefan, “*Souveränität – ein überholtes Konzept?*”, cit., 261 e ss.

qualidade intrínseca de alguém (que tem um poder ilimitado), do mesmo modo que se pode referir a soberania como uma complexo de poderes (exercidos, em geral, pelo Estado, em razão de uma atribuição democrática)⁴²².

Com efeito, a soberania começa por estar historicamente ligada ao absolutismo monárquico e à afirmação do poder real face ao império, aos poderes feudais e à igreja. Neste primeiro contexto, o soberano é aquele que dispõe de uma autoridade superior. É um atributo distintivo, indivisível e absoluto, de quem exerce o poder, seja o caso do Monarca, seja o caso, mais tarde, do Estado. Neste sentido, AUSTIN reconhece a soberania como uma plenitude de poderes ou um poder ilimitado de comando (*power incapable of legal limitation*)⁴²³, que se materializa na imposição de factores de obediência a outros sem ter factores a que obedecer. O mesmo AUSTIN fala ainda em “*uncommanded commander*”⁴²⁴. Já LABAND refere-se-lhe nos seguintes expressivos termos: “*Die oberste, höchste Rechtsmacht, welche kein andere über sich hat, nennem wie souverän*” (*potestas suprema*)⁴²⁵. FORTSHOFF, por seu lado, refere: “*Die Souveränität gibt ihrem Träger nicht nur das Monopol rechtmäßiger Gewaltausübung, sondern auch die alleinige Befugnis der Definition von Recht und Unrecht, und das ohne Sanktionem im Falle eines Mißbrauch*”⁴²⁶.

Daqui resulta que, logicamente, a soberania só pode ser ilimitada e indivisível⁴²⁷.

Mais tarde, como se sabe, a figura desloca-se para a órbita do Estado *stricto sensu* e passa a significar o conjunto de competências e de poderes por este

422 Além disso, o termo soberania pode ser usado em sentido qualificativo ou adjectivo, reportando-se quer ao povo – sentido no qual quase se identifica com poder constituinte –, quer a um determinado órgão em particular – constituindo um importante contributo na teoria jurídica dos poderes constituídos. Cfr., a respeito, GUASTINI, Riccardo, “*Lezioni di teoria costituzionale*”, cit., 51 e ss.; FAVOREU, Louis, “*Droit constitutionnel*”, cit., 53. V., ainda, HERZOG, Roman, “*Allgemeine Staatslehre*”, cit., 87-88; HILLGRUBER, Christian, “*Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs*”, in JZ, 2022, 22, 1073.

423 V. AUSTIN, John, “*Lectures on jurisprudence (or the philosophy of positive law)*”, I (lecture VI), cit., 220 e ss. e 263 ; v., ainda, LUCHAIRE, François, “*La souveraineté*”, in RFDC (*revue française de droit constitutionnelle*), 43, 2000, 453.

424 V., a respeito, LEE, Steven, “*A puzzle of sovereignty*”, in *California Western International Law Journal*, vol 27, n.º 2, 1997, 243, nota 5.

425 V. LABAND, Paul, “*Deutsches Reichstaatsrecht*”, cit., 17 e 18.

426 V. FORSTHOFF, Ernst, “*Der Staat der Industrie-Gesellschaft*”, cit., 12.

427 V. HART, Herbert L. A., “*O conceito de direito*”, Cit., 236.

exercidos⁴²⁸. Neste segundo sentido, a soberania reconduz-se aos poderes de tripla independência:

- (i) independência coactiva, ou o poder de usar, com exclusividade, a força ou a coacção, quer em relação aos seus nacionais ou residentes – a denominada soberania interna⁴²⁹ (*Sovereignty in the State – freedom to*) –, quer em relação a outros Estados ou entes supra-nacionais⁴³⁰ – a soberania externa (*Sovereignty of the State – freedom from*);
- (ii) independência normativa, ou o poder de criar os seus próprios instrumentos de disciplina jurídica e as suas próprias fontes de Direito; e
- (iii) independência competencial, ou o poder de, principalmente no âmbito dos Estados federais⁴³¹, determinar, por sua própria decisão, as suas tarefas (competência das competências)⁴³².

É neste quadro de similitude entre soberania e estadualidade que se defende que a primeira é uma condição necessária e suficiente para a segunda, a assume-se como a sua característica decisiva (*entscheidende Merkmal der Staatlichkeit*)⁴³³. A expressão “Estado soberano” seria, neste quadro, pleonástica ou redundante⁴³⁴.

428 Cfr. STEIGER, Heinhard, “Geht das Zeitalter des Souveränen Staates zu Ende?”, in *Der Staat*, 41, 3, 2002, 335.

429 V. BURDEAU, Georges, “*Manuel de Droit Constitutionnel*”, 21.ª ed., LGDC, Paris, 1988, 95; MAZIAU, Nicolas, “*Le costituzioni internazionalizzate. Aspetti teorici e tentativi di classificazione*”, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2002, IV, 1398.

430 V. LEE, Steven, “*A puzzle of sovereignty*”, cit., 244, 252.

431 Cfr. FORSTHOFF, Ernst, “*Der Staat der Industrie-Gesellschaft*”, cit., 14.

432 Cfr. FAVRET, Jean-Marc, “*L’intégration européenne et la France: quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté*”, in *Révue du Droit Publique*, 1999, 6, 1746; MERKL, Adolf, “*Hans Kelsen System...*”, cit., 1245.

433 Assim, HECKER, Wolfgang, “*Staats-und Verfassungsrecht*”, cit., 26.

434 Não é, contudo, evidente que o elemento *soberania* faça parte da própria noção de *Estado*. Com efeito, pode-se defender – como DAHM o faz (v. “*Deutsches Recht...*”, cit., 202) – que tudo se trata de uma mera questão terminológica, na medida em que, por um lado, refere-se amiúde, principalmente no âmbito da *doutrina internacionalista*, a existência de “Estados semi-soberanos” e, por outro lado, não se deixa de reconhecer que determinados Estados não são verdadeiramente soberanos, como por exemplo os Estados federados (v.g., *Länder*).

Num sentido ou no outro, contudo, a soberania é um conceito jurídico (e não sociológico ou fáctico)⁴³⁵, qualitativo e absoluto, não quantitativo⁴³⁶. Não há soberanias parciais, tratando-se de um *threshold concept*⁴³⁷, isto é, um conceito subordinado a uma lógica de tudo-ou-nada.

b) a questão das limitações de soberania: o puzzle da soberania (LEE) e o ordenamento jurídico da União Europeia em particular

Classicamente, como vimos, o Estado é o portador do poder de domínio supremo no seu território, e outras entidades – de base territorial (províncias, comunidades, regiões) ou não (organizações económicas, igrejas) – só terão, também, poder de domínio se e na medida em que o Estado o permita, sendo o poder destas, ainda que superior, um poder “deduzido” e não originário, ao contrário do primeiro⁴³⁸. Do mesmo modo, é possível identificar um ordenamento jurídico supremo – o estadual – e um conjunto de outros ordenamentos que, dotados ainda de poderes normativos próprios, recebem daquele a sua fonte de validade.

Os dados da análise podem, todavia, alterar-se. Actualmente, fala-se num *puzzle* – *puzzle of Sovereignty*, a expressão é de STEVEN LEE⁴³⁹ – para significar o aparente paradoxo que existe entre, por um lado, o facto de os Estados ainda se reclamarem soberanos e, por outro lado, a circunstância de essa mesma soberania se encontrar cada vez mais diluída em consequência de fenómenos de des-Estadualização (infra- e supra-Estadualização⁴⁴⁰)⁴⁴¹. Em particular, problemas delicados podem surgir quando ordenamentos jurídicos – ou melhor, as correspondentes normas – se arrogam a pretensões de validade conflituantes e recíprocas, em resultado da sobreposição dos correspondentes espaços de integração (ao nível económico, ambiental, criminal, etc.). Tais problemas podem convocar inquietações nomeadamente

435 Neste sentido, DAHM, Georg, “*Deutsches Recht...*”, cit., 201.

436 Assim, LEE, Steven, “*A puzzle of sovereignty*”, cit., 242 e ss.

437 Assim, LEE, Steven, “*A puzzle of sovereignty*”, cit., 245.

438 Neste sentido, DAHM, Georg, “*Deutsches Recht...*”, cit., 201.

439 V. LEE, Steven, “*A puzzle of sovereignty*”, cit., 241 e ss.

440 Cfr., para uma primeira e simplista abordagem, CASSESE, Sabino, “*Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici*”, in RTDP, 1999, 2, 321 e ss.

441 V. DENNINGER, Erhard, “*Vom Ende nationalstaatlicher Souveranität in Europa*”, in JZ, 2000, 22, 1121 e ss; STEIGER, Heinhard, “*Geht das Zeitalter des Souveränen Staates zu Ende?*”, cit., 331 e ss.

ao nível da titularidade e do exercício de poderes soberanos, no âmbito das denominadas “transferências de soberania”⁴⁴².

Os maiores embaraços surgiram por via da “jurisprudência dinâmica” do TJCE. Com efeito, o órgão máximo da jurisdição europeia comunitária assumiu uma construção mediante a qual — com base nos pressupostos de que o Direito comunitário nem é uma parte da ordem jurídica interna, nem se pode considerar Direito internacional no sentido tradicional do termo, antes se trata de um conjunto normativo construído sobre uma ordem independente e que provém de fontes de Direito autónomas⁴⁴³ — se defende uma “limitação definitiva de direitos soberanos” por parte dos Estados-membros. Nas suas palavras, “a transferência efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às obrigações dos tratados, implica (...) uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos”⁴⁴⁴.

Em face desta ambiciosa retórica argumentativa pode-se levantar um problema delicado: continuará o Estado a conservar a sua soberania quaisquer que sejam as competências que ele renuncia a exercer? Poder-se-á continuar a defender a existência de um Estado soberano, mesmo que despojado de poderes tradicionalmente considerados essenciais?

A conservação da soberania, parece-nos, depende da qualidade, e não tanto da quantidade, dos poderes cujo exercício se renuncia, e a pedra de toque estará sempre situada ao nível da titularidade de disposição. Significa isto que se não se souber qual o poder ou poderes *transferidos* não se saberá se o núcleo irredutível da soberania permanece inalterado ou, pelo contrário, foi afectado e, por via disso, afectadas terão também sido as disposições — formal ou materialmente — constitucionais que reservam a titularidade da soberania. Neste ponto, qualquer renúncia ao exercício de poderes soberanos nunca poderá afectar o poder de dispor — a competência das competências.

442 A propósito da equiparação entre os conceitos jurídicos de “soberania” e “propriedade”, e das correspondentes possibilidades de alienação, v. HEINZ, Karl Eckhart, “*Delegation und Mandat...*”, cit., 512 e ss.

443 V. acórdão do TJCE de 15 de Julho de 1964, *Costa /E.N.E.L.*, cit.. Esta realidade, de resto, é reconhecida e afirmada pelo próprio tribunal de Karlsruhe [v., entre outros, BVerGE, 37, 277/278 (Solange I)]. V. ainda Rodríguez IGLESIAS, *Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung*, cit., 1.

444 V. acórdão do TJCE de 15 de Julho de 1964, *Costa /E.N.E.L.*, cit.

Ao nível da construção da UE, por muitas competências que se transfiram e mesmo que se admita que o Direito Europeu Comunitário goza de superioridade hierárquica normativa e / ou primado em relação ao Direito interno — na medida em que se defenda que o exercício de uma competência atribuída à União/Comunidade significa uma privação de competência da parte dos Estados-membros (efeito de preempção) e o primado da aplicação da norma comunitária⁴⁴⁵ —, tal nunca poderá significar uma limitação da soberania de natureza definitiva. Deste modo, parece inegável que o edifício que o TJCE pretendeu construir padece de um vício estrutural básico: não tomou em atenção a circunstância de que a *Kompetenz-kompetenz* está (continua) sempre do lado dos Estados-membros e eles podem, a todo o tempo, revogar o que já foi feito, não se podendo defender a existência da referida “limitação definitiva dos seus direitos soberanos”.

Como consequência da consideração de que a incontornável competência das competências está nas mãos dos Estados-membros, duas premissas se podem ter por assentes no momento de edificação de uma construção jurídica que envolva componentes normativas Estaduais e Europeias comunitárias: em primeiro lugar, não existe ainda uma “soberania europeia” e, em segundo lugar, as competências da UE — *rectius*: dos seus órgãos — são sempre limitadas e determinadas por atribuição (*prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*)⁴⁴⁶

A medula da soberania não fica, deste modo, alterada, nem a sua titularidade questionada. Precisamente porque o Estado é soberano e tem a *Kompetenz-kompetenz* é que ele pode consentir limitações de soberania, em benefício de outras entidades⁴⁴⁷. Pode até dizer-se que se verifica uma auto-limitação da soberania, mediante normas externas que tal Estado reconhece como obrigatórias, mas, na medida em que ele consentiu nestas regras, ele como que está a obedecer a si mesmo⁴⁴⁸.

445 V. Dimitris TRIANTAFYLLOU, “Des compétences d’attribution au domaine de la loi”, Bruylant, Bruxelles, 1997, 41.

446 V. KIRCHHOF, Paul, “Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen”, cit., 969; DREHER, Meinrad, “Wettbewerb oder vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?”, JZ, 1999, 3, 107; MICHEL, Valérie, “Le défi de la répartition des compétences”, CDE, 2003, 1-2, 31.

447 Neste sentido, FAVRET, Jean- Marc, “L’intégration européenne et la France...”, cit., 1747.

448 Assim, FAVRET, Jean- Marc, “L’intégration européenne et la France...”, cit., 1747.

2.4.2. Poder constituinte

Também com o poder constituinte⁴⁴⁹ não pode a *Kompetenz-kompetenz* ser confundida, não apenas porque, em rigor, esta pode manifestar-se quer ao nível do poder constituinte quer ao nível dos poderes constituídos, mas igualmente porque a haver uma tendencial equiparação, ela apenas se verificará ao nível do poder constituinte primário ou de primeiro grau.

Entendemos, neste contexto, que o poder constituinte de primeiro grau é aquele que, no âmbito da edificação de um ordenamento composto, se manifesta ao nível da construção do ente maior⁴⁵⁰. A distinção entre

449 A teoria do poder constituinte tem sido quase sempre entendida como uma teoria da legitimação, nomeadamente, uma teoria da legitimação democrática por via da Constituição (cfr., a respeito, HERBST, Tobias, “*Legitimation durch Verfassungsgebung (Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt)*”, Nomos Vlg., Baden-Baden, 2003, 29; PAGÉS, Requejo, “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 43). A legitimação, neste sentido, não pode deixar de ser encarada como um acto, singular ou permanente, de produção de legitimidade e é, num sentido geral, a capacidade de justificação de uma determinada ordem no seu conjunto ou de um determinado acto ou conjunto de actos, nomeadamente a sua norma fundamental. Contudo, a teoria do poder constituinte não se esgota em — nem muitas vezes é encarada de acordo com — tal vertente, na medida em que se pode, igualmente, dimensioná-la com um dado da teoria do ordenamento jurídico e da produção normativa, sendo sobretudo nesta última perspectiva que nos podemos interrogar acerca da eficácia constitutiva ou declarativa da manifestação de poder constituinte. De acordo com a primeira — baseada na teorização do modelo francês criado por SIEYÉS — defende-se uma ideia de ruptura com o passado pré-constituinte e de construção de uma nova Constituição, um novo ordenamento jurídico e de uma nova *ideia de Direito*, embora se possa questionar se é esta nova *realidade constitucional* que cria uma nova entidade política ou o inverso (neste último sentido, absolutamente voluntarista, v. SCHMITT, Carl, “*Verfassungslehre*”, Duncker & Humboldt, Berlin, 8.ª ed., 1993, 21 e ss., de acordo com quem a nova Constituição e o novo ordenamento não se criam a si próprios nem buscam a sua força normativa na sua clausura sistémica, antes são *dados* por uma concreta unidade política. Nas suas palavras “*eine Verfassung sich selber gibt, ist (...) unsinnig und absurd*”). Diferentemente, se for advogada a eficácia declarativa da manifestação constituinte originária — como o faz o modelo historicista inglês ou garantístico norte-americano — o poder constituinte, ao manifestar-se, apenas declara um *status quo* político-jurídico existente e limita-se a “dizer” a Constituição. Ainda assim, pode-se vislumbrar uma manifestação de poder constituinte de carácter constitutivo em alguns textos históricos ingleses materialmente constitucionais — cfr., por exemplo, o *Agreement of the people* de 1647 e o *Instrument of Government* de 1653 — a única Constituição escrita inglesa — onde, porventura pela primeira vez, se traça a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos (“...the supreme legislative authority of the Commonwealth of England, Scotland, and Ireland, and the dominions thereunto belonging, shall be and reside in one person, and the people assembled in Parliament: the style of which person shall be the Lord Protector of the Commonwealth of England, Scotland, and Ireland”). De toda a forma, de acordo com uma perspectiva ou com outra, a teoria do poder constituinte reclama uma visão atualizada, em face do *paradoxo* com que se depara. Esse poder visa estabelecer um corte com o passado, mas ao mesmo tempo procura vincular gerações futuras, estabelecendo limites materiais de alteração. A solução passa pela distinção da sua manifestação como um poder “unimomentâneo” ou como um poder evolutivo: as cláusulas de revisão devem ser entendidas em termos hábeis e flexíveis — são mais salvaguarda de princípios genéricos do que garantia de direitos concretos assegurados por um contingente poder constituinte originário. V., por fim, assim, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 65 e ss.

450 Se tal poder constituinte se configura como um poder jurídico ou um poder de facto é questão à qual não procuramos aqui dar resposta. De toda a forma, deve ser salientado que a defesa do

Constituição federal e Constituição dos Estados federados assume aqui uma importância inexcedível na medida em que é no quadro da primeira que o poder de primeiro grau se revela – materializado-se, designadamente, na capacidade de auto-organização do ente federal –, distinguindo-se das prerrogativas organizatórias que, num segundo momento (lógico e não necessariamente cronológico), e de uma forma subordinada, se reconhecem aos entes federados.

É ao nível de tal momento fundacional, que a ideia de competência das competências ganha corpo, sem todavia se confundir com o poder constituinte, desde logo porque, ao contrário deste – entendido no sentido de poder constituinte próprio ou originário – o poder emanado através do exercício da competência das competências não é um poder inicial. Pressupõe, antes de si, um poder constituinte que estabeleça as bases formais e orgânicas das atribuições de competência num determinado ordenamento jurídico. Com efeito, só depois da manifestação criadora daquele poder – que, por sua vez, pressupõe o reconhecimento do carácter soberano do ordenamento em que se manifesta – é que se pode colocar o problema de saber quem tem competência para (i) criar competências e (ii) alterar as competências criadas. Por outras palavras: o reconhecimento de um determinado ordenamento como jurídico e, mais do que isso, a redução desse ordenamento à unidade, depende de um procedimento escalonado de reconhecimento⁴⁵¹, em que se começa por identificar num corpo social determinado o carácter soberano – interna e externamente, embora, em face do que nos interessa, a nossa atenção se debruce principalmente sobre o primeiro aspecto –, após o qual o poder constituinte (originário) se vai expressar, de uma forma vinculada⁴⁵², a maior parte das vezes através da redacção de uma constituição

carácter fáctico de tal poder passa quase necessariamente pela consideração de que a Constituição é uma *causa no causada* (PAGÉS, “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 45). Do mesmo modo, assume-se que, não obstante do ponto de vista lógico se possa indiciar o contrário, sob o ponto de vista jurídico o poder constituinte nunca pode preceder a Constituição, pois esta “funda o Direito”. Entender-se aquele como um poder jurídico, apenas seria no sentido em que é com ele que se inicia a juridicidade (PAGÉS, *idem*, 46) – e admitir-se a sua juridicidade seria admitir uma uma juridicidade pré-constitucional – e a perspectiva-lo como uma vontade jurídica, a sua única relevância manifestar-se-ia ao nível da interpretação das normas por si criadas (normas constitucionais). V., com muito interesse, MAZIAU, Nicolas, “*Le costituzioni internazionalizzate...*”, cit., 1397; SILVESTRI, Gaetano, “*Il potere costituente come problema teorico-giuridico*”, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, 1615; e RUBIO LLORENTE, Francisco, “Prologo” à obra de REQUERO PAGÉS, “*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*”, McGraw-Hill, Madrid, 1995, XIII.

451 V. LUCAS PIRES, “«Competência das competências»: competente mas sem competências?”, cit., 354.

452 Acerca dos limites do poder constituinte, e numa postura anti-normativista/positivista. v. a dissertação de PINTO, Luzia Cabral, “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material

ou lei constitucional estabelecadora das bases jurídicas essenciais e mínimas desse ordenamento e, por fim, partindo dessas bases, se indaga acerca da titularidade da competência das competências. Em termos esquemáticos, tudo se passaria no sentido de uma progressão linear:

Soberania → poder constituinte → Competência das competências

Todavia, actualmente, e sob o ponto de vista jurídico-normativo, o sentido de tal progressão já não se afigura linear e, mais uma vez, a recepção nos ordenamentos dos Estados-membros de normas emanadas por núcleos de produção europeus comunitários vem levantar problemas delicados. Nomeadamente, com GOMES CANOTILHO, cabe perguntar se “é possível erguer-se uma ordem comunitária supraconstitucional assente num «poder constituinte europeu»”⁴⁵³ e dotada de capacidade de auto-organização e auto-decisão competencial.

Em sentido afirmativo, como se sabe, invoca-se a existência de um processo já em curso de *constitucionalização do Direito Europeu Comunitário*, que passa pela afirmação dos princípios do *primado* e do *efeito directo*, bem assim como pela defesa do carácter autónomo — auto-sistémico, auto-suficiente e completo, titular da *Kompetenz-kompetenz* — do ordenamento comunitário.

Contudo, as dúvidas permanecem, não tanto na medida em que se possa defender que uma manifestação de poder constituinte por parte da UE traria implícita a consideração estadual da União e colocaria em causa a soberania dos Estados membros⁴⁵⁴ — até porque não há o que se possa designar por um povo europeu⁴⁵⁵ —, mas mais pela constatação de que a competência da União ainda é considerada uma competência por atribuição, não tendo esta, portanto, poderes auto-competenciais supremos. Quando muito, estaria aberta a porta para o exercício em comum do poder constituinte originário dos diferentes povos⁴⁵⁶.

da Constituição”, *Studia Iuridica* 7, Coimbra Editora, Coimbra, 1994; e SILVESTRI, Gaetano, “*Il potere costituente come problema teorico-giuridico*”, cit., 1629.

453 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 67.

454 V., a propósito, PAPIER, Hans-Jürgen, “*Europäische Verfassungsgebung*”, in “*The spanish Constitution in the european constitutional context*”, Francisco Segado (org.), Dykinson, Madrid, 2003, 206.

455 Assim, PAPIER, Hans-Jürgen, “*Europäische Verfassungsgebung*”, cit., 206; STEIGER, Heinhard, “*Geht das Zeitalter des Souveränen Staates zu Ende?*”, cit., 340; KAUFMANN, Marcel, “*Permanente Verfassungsgebung...*”, cit., 531.

456 Neste sentido, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 68.

2.4.3. Autonomia constitucional

A autonomia constitucional (*Verfassungsautonomie*) consiste na medida de liberdade constituinte titulada por um determinado órgão constitucional. Trata-se, como se vê, de um conceito manifestamente quantitativo, em oposição ao de poder constituinte, claramente qualitativo.

Embora a relação directa não seja necessária, coloca-se o problema da autonomia constitucional de um determinado órgão quando existe pluralidade de órgãos com prerrogativas constituintes. Nestes casos, torna-se necessário delimitar o perímetro de “competência constitucional” de um desses órgãos em relação a outro(s)⁴⁵⁷. Com se vê, o problema terá diminuto alcance prático nos sistemas jurídico-constitucionais (como o Português) em que se está perante um sistema concentrado de distribuição – ou melhor, em que se verifica a ausência dela – dessas prerrogativas.

Pelo contrário, ganha particular relevo nos estados compostos, como nos federais. Aqui é uma característica essencial da estadualidade (*Wesensmerkmal der Staatlichkeit*) do ente federado (v.g., Länder) ter uma Constituição por si aprovada e ter o poder de alterar essa Constituição. Contudo, o poder constituinte por estes exercido não é nem um poder inicial – pois pressupõe atrás de si o poder constituinte do ente maior – nem onipotente pois, entre outros limites, baseia-se na Constituição federal⁴⁵⁸. Por isso se pode dizer que é um poder constituinte *sui generis*, na medida em que tem algumas das características do poder constituinte clássico – desde logo pela sua identificação como *constituente* – mas não tem outras. Aliás, será por este motivo que se poderá afirmar que os entes menores, como os Länder, não têm soberania.

A autonomia constitucional, como dissemos, corporiza um conceito quantitativo, pelo que se impõe delimitar o seu conteúdo, ou seja os concretos poderes em que ela se densifica. Tais poderes, que dependerão da concreta

457 Um nítido exemplo de delimitação da autonomia constitucional de um órgão pode ser encontrado no art.º 99.º B-VG, onde se traça a medida de poderes constituintes dos Länder em face do Bund:

- (1) Die durch Landesverfassungsgesetz zu erlassende Landesverfassung kann, insoweit dadurch die Bundesverfassung nicht berührt wird, durch Landesverfassungsgesetz abgeändert werden.
- (2) Ein Landesverfassungsgesetz kann nur bei Anwesenheit der Hälfte der Mitglieder des Landtages und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden.

458 Assim, STORR, Stefan, “Staats- und Verfassungsrecht...”, cit., 57.

configuração jurídico-positiva de cada ordenamento, em relação aos entes estaduais menores, serão, em princípio, os seguintes:

- (i) em primeiro lugar, o poder de criação de normas constitucionais, nomeadamente, através da aprovação de uma Constituição própria⁴⁵⁹;
- (ii) em segundo lugar, a possibilidade de titular símbolos próprios, tais como um hino, ou uma bandeira; e
- (iii) em terceiro lugar, uma capacidade limitada de auto-organização⁴⁶⁰. Tais entes, tendo os seus órgãos próprios de decisão jurídico-política (parlamento, governo, etc.), não possuem todavia a capacidade de delimitar as esferas de actuação destes em face do ente maior. Eles não têm, por isso, a competência das competências ou a capacidade de auto-organização suprema⁴⁶¹.

Por aqui já se vê que tal autonomia constitucional, embora se encontre próxima, não se confunde com a competência das competências, na medida em que esta apenas configura uma das prerrogativas daquela.

2.5. A titularidade da competência das competências

Feito o enquadramento teórico necessário em termos conceptuais e distintivos, importa agora focar o ponto essencial que justifica esta incursão adentro da figura da competência das competências: a sua titularidade. Reiteramos aqui a ideia de acordo com a qual é através do esclarecimento da questão de saber quem dispõe de tal poder que se poderá sustentadamente resolver os problemas inerentes à conflitualidade normativa e ao escalonamento dos elementos de um agregado.

Como se infere das retóricas discursivas até agora abordadas e utilizadas, o problema da titularidade da competência das competências assume uma relevância acrescida no quadro dos ordenamentos compostos e dos ordenamentos integrados. Com efeito, não se torna difícil concluir que à parte de tais ambientes de reflexão dificilmente o problema seria pensado ou mesmo dimensionado como tal. Tal constatação, aliada às exigências de

459 Assim, DEGENHART, Christoph, “*Staatsrecht I (Staatsorganisationsrecht)*”, 17.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2001, 42.

460 BVerGE, 55, 274 (*Berufsausbildungsabgabe*).

461 V. BADURA, Peter, “*Staatsrecht*”, 3.ª ed., C. H. Beck, München, 2003, 342; STORR, Stefan, “*Staats- und Verfassungsrecht*..”, cit., 57; SCHAMBECK, Herbert, “*Die Bundestaatlichkeit als historische Erbe und Zukunftsaufgabe*”, cit., 344; FAVOREU, Louis, “*Droit constitutionnel*”, cit., 433.

analiticidade que têm vindo a ser adoptadas, obrigam ao desdobramento do problema referido em dois quadrantes ou segmentos de indagação: por um lado, cumpre abordá-lo do ponto de vista da teoria do Estado federal – onde, de resto, ele nasceu – e, por outro lado, cumpre abordá-lo do ponto de vista dos conflitos normativos entre ordenamentos diversos, nomeadamente entre os ordenamentos nacionais e o ordenamento europeu comunitário. Quer num enfoque quer no outro não pode deixar de se ter presente – como, de resto, já resulta do que até agora dissemos – que o instituto em análise pode ser encarado na dupla vertente de (i) poder para criar as próprias competências e (ii) poder de dispor da última palavra em matéria de resolução de conflitos sobre as competências. Isto porque, convém recordar, não se trata tanto do problema de saber quem pode criar ou alterar as competências – tal pode ser equacionado ao nível dos diversos poderes constituídos; mais do que isso, trata-se de saber quem tem a última palavra em termos de decisão competencial, e a sua correcta captação passa pela colocação da retórica ao nível do poder constituinte (originário ou derivado)⁴⁶².

É seguindo esta estrutura de análise que prosseguiremos a investigação, adiantando, desde agora, a nossa posição de base: só o povo, no âmbito de um adequado enquadramento constitucional é que pode ter a titularidade de poderes competenciais supremos⁴⁶³.

a) Ao nível dos Estados compostos

A dupla consideração problemática acima referida – problema da repartição das competências e problema da resolução dos conflitos de competências – ganha aqui particular ênfase e convoca à discussão o *princípio da supra-atribuição competencial*.

No que ao primeiro núcleo diz respeito, significa tal princípio que, num Estado composto, a repartição das competências deve ser estabelecida a um nível superior e não pelo próprio órgão beneficiário da competência. Por exemplo, a repartição das competências legislativas deve ser estabelecida apenas pela constituição, e não pelos sujeitos implicados nelas (parlamentos dos Estados ou regiões, por exemplo)⁴⁶⁴. Desta ordem de

462 Assim, STORR, Stefan, “Staats- und Verfassungsrecht...”, cit., 34. Cfr., todavia, HOFMANN, Hasso, “Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet”, in *Der Staat*, 44, 2, 2005, 171 e ss.

463 Neste sentido, DI FABIO, Udo, “Der neue Art. 23. Des Grundgesetzes...”, cit., 201.

464 Cfr. D’ATENA, Antonino, “El advenimiento del semifederalismo a la italiana”, in “*The spanish Constitution in the european constitutional context*”, Francisco Segado (org.), Dykinson, Madrid, 2003, 2188.

considerações resulta que, no âmbito das relações Estado federal – Estado federado (*Bund-Land*), a titularidade da *Kompetenz-Kompetenz* reside, em última instância, no primeiro⁴⁶⁵, que, no extremo, até pode rever toda a Constituição e retirar poderes aos segundos⁴⁶⁶.

No que diz respeito ao segundo núcleo, o princípio referido densifica-se em dois incontornáveis corolários, que se afirmam como duas importantes *regras de conflitos*:

- (i) em primeiro lugar, ao nível dos conflitos normativos, o Direito emanado pelos órgãos Federais prevalece, em termos de eficácia normativa, sobre o Direito emanado pelos órgãos estaduais (*Bundesrecht bricht Landesrecht*);
- (ii) em segundo lugar, ao nível da resolução de conflitos de competência, a última palavra pertencerá sempre à jurisdição federal.

Contudo, não se pode assumir que o exercício da *Kompetenz-kompetenz* por parte do ente federal – apesar de supremo, no sentido de não lhe serem conhecidos poderes normativos superiores – é um exercício absolutamente autónomo. Neste particular, ainda merece acolhimento a doutrina *Südweststaats*, nos termos da qual constitui uma exigência do princípio democrático a participação soberana do povo na tarefa de construção do edifício competencial, referindo a este propósito o BVerG que: *Es entspricht dem demokratischen Prinzip, daß die Willensentscheidung des Volkes die Grundlage jeder Staatsbildung sein muß*⁴⁶⁷.

465 Uma manifestação expressiva deste princípio revela-se, por exemplo, na B-VG austríaca (art.º 10.º, par. 1, e art.º 44.º, par. 1), devendo tal prerrogativa ser exercida sob a forma de lei constitucional (*Bundesverfassungsgesetze*). Além disso, todas as alterações que envolvam limitações das competências do Länder nos domínios legislativo e executivo, necessitam de aprovação do *Bundesrat* (art.º 44.º, par. 2). Será conveniente recordar que uma tal alteração que envolva a alteração de um dos princípios fundamentais como seja o princípio federal deverá ser vista como uma “alteração global” e seguir o regime desta. Contudo, não se pense que a regra da titularidade federal da competência das competências não admite excepções. A própria B-VG prevê que o legislador ordinário (federal ou federado) a possa, no mínimo, exercer. Cfr. art.ºs 11.º, par. 2, ou 129.º – A, par. 1, ponto 3 da B-VG. V., a propósito, FUNK, Bernd-Christian, “*Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*”, cit., 148 e 183.

466 V. BLECKMANN, Albert, “*Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*”, cit., 634-635, e BURDEAU, Georges, “*Manuel de Droit Constitutionnel*”, cit., 54-55.

467 V. BVerGE, 1, 14 (106) (*Südweststaat*). Neste acórdão – onde se analisavam os contornos jurídico-constitucionais da integração dos “Estados do sudoeste” (no caso, Baden, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern) – salienta-se que a reorganização estadual da área exige a cooperação, mediante participação referendária ou constituição de uma assembleia constituinte (*verfassunggebenden Landesversammlung*), da respectiva população. Será, em princípio, esta assembleia quem edificará a nova ordem Constitucional, nos quadros balizados pela Constituição federal.

b) Ao nível dos ordenamentos integrados – o ordenamento jurídico Europeu em particular

No plano das relações entre normas provenientes de ordenamentos diversos e também no plano mais abrangente das relações entre ordenamentos integrados – onde o relacionamento entre o ordenamento da UE e dos Estados- membros se assume como questão principal – o problema da titularidade da competência das competências tem dado origem a violentos debates jurídicos.

Em termos doutrinários, a clivagem é evidente: de um lado, os “comunitaristas” que, em homenagem às ideias de “transferência de soberania”, “primado do direito comunitário”, “uniformidade de aplicação” ou outras – como a distinção entre “validade” e “aplicabilidade” das normas jurídicas – reclamam para o ordenamento comunitário a última palavra acerca dos arranjos competenciais⁴⁶⁸; do outro, os “nacionalistas” que partindo por vezes de retóricas Hegeliano-estadualistas assumem a titularidade “interna” da resolução dos problemas entre os ordenamentos e reclamam a supremacia do Direito de origem estadual⁴⁶⁹.

Já no plano jurisprudencial, pode-se dizer que a “jurisprudência inovadora” do TJCE tem tido um relevantíssimo papel⁴⁷⁰, em termos de impulsionar verdadeiros movimentos de reacção e contra-reacção por parte dos órgãos máximos de jurisdição constitucional dos Estados-membros, de entre os quais se pode destacar o *Bundesverfassungsgericht*⁴⁷¹, o *Verfassungsgerichtshof*⁴⁷², o

468 Veja-se, por exemplo, TOMUSCHAT, C., “*Wer hat höhere Hoheitsgewalt? (Zur Beilegung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedsstaaten. Anmerkung zu Paul Kirchhof...)*”, Humboldt Forum Recht (HFR), 4, 1997.

469 Nomeadamente, v. KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat in Prozeß...*”, cit., 871; e “*Staat und Verfassung vor der Zukunft*”, in “*Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft*” (Dokumentation zum Verfassungskongreß «50 Jahre Grundgesetze/50 Jahre Bundesrepublik Deutschland»), Lesche und Budrich, Opladen, 1999, 204.

470 De entre os numerosos acórdãos relevantes, destacam-se o acórdão do TJCE de 15 de Julho de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, cit., 555. V. igualmente as conclusões proferidas no âmbito do processo relativo ao mesmo acórdão por MAURICE LAGRANGE, idem, 566; e acórdão do TJCE de 9 de Março de 1978 (SIMMENTHAL), in CJTCE, 1978, 248.

471 Cfr., nomeadamente, BVerGE, 37, 271 (*Solange I*); 58, 1 (*Eurocontrol I*); 59, 63 (*Eurocontrol II*); 73, 339 (*Solange II*); 89, 155 (*Maastricht*); 92, 203 (*EG-Fernsehrichtlinie*); 97, 350 (*Euro*); e 102, 147 (*Bananenmarktordnung*).

472 Das decisões do Supremo Tribunal Constitucional Austríaco (VfGH) destaca-se o acórdão de 30/08/1994, onde tomou (apenas) conhecimento de questões jurídicas (procedimentais) inerentes à consulta popular relativa à *EU-Beitritts-BVG* (como o próprio diz, debruça-se sobre a “*Prüfung der Rechtmäßigkeit der Volksabstimmungsprozedur*”).

*Conseil Constitutionnel*⁴⁷³, a *House of Lords*⁴⁷⁴, a *Corte Costituzionale*⁴⁷⁵ e o *Tribunal Constitucional* (Espanha)⁴⁷⁶.

Por fim, no plano jurídico-positivo, às iniciais indefinições do Direito Europeu comunitário originário (principalmente os TCE e TUE) – se bem que temperada com as mais recentes disposições normativas –, respondem algumas Constituições dos estados membros com cláusulas de salvaguarda e de segurança em termos mais ou menos veementes.

Como já deixamos insinuado, o debate acerca da ordenação de competências compreende uma dimensão política e uma dimensão jurídico-constitucional.

Sob o ponto de vista político, a ordenação de competências significa uma luta de poderes e de influências, que tem particular importância no debate europeu. Neste sentido, e como já acima dissemos, *Kompetenzfragen sind Machtfragen*.

Contudo, não será esta a abordagem que mais nos interessará. Sob o ponto de vista jurídico-constitucional – esta sim, para nós a decisiva –, a arrumação competencial tem uma importância incontornável, pois a Constituição incorpora uma ordem regulativa de cariz normativo, ordem essa que visa limitar e controlar o poder⁴⁷⁷. É a Constituição, baseada em esquemas de efectivação da soberania popular (aspecto, para nós, nuclear), quem diz quais são as competências e quem é o seu titular, bem como em que condições elas são alteradas. Da mesma forma, é com base num texto constitucional que faz sentido reflectir acerca da existência de “limitações de soberania”, “poderes transferidos”, “competências não escritas”⁴⁷⁸, competências com base na “natureza das coisas”⁴⁷⁹, etc. De resto, não pode deixar de se concluir que a competência é uma categoria jurídica e as normas de

473 Cfr. as *décisions* 92-308 DC, de 09/07/1992; 92-312 DC, de 02/09/1992; 92-313 DC, de 23/09/1992; e 97-394 DC, de 31/12/1997.

474 Cfr. *Duke v GEC Reliance Ltd* [1988]; *R v Secretary of State for Transport Ex p Factortame* (No.2) [1991].

475 Cfr. as *Sentenza* 183/1973, 170/1984 e 113/1985.

476 Cfr., principalmente, as decisões de 01 de Julho de 1992; 14 de Fevereiro e 22 de Março de 1991.

477 Assim, EGGERT, Marco, “*Licht im Dschungel der Kompetenzen...?*”, cit., 37.

478 Cfr., a respeito, BLECKMANN, Albert, “*Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*”, cit., 457 e ss.; BADURA, Peter, “*Staatsrecht*”, cit., 348.

479 BVerGE, 11, 89 (96 e ss.) (*Bremisches Urlaubsgesetz*); 12, 205 (251 e ss.) (*Rundfunkentscheidung*); 22, 180 (217 e ss.) (*Jugendhilfe*); e 26, 246 (257) (*Ingenieur*).

competências são verdadeiras normas jurídicas, constituindo o pressuposto do exercício jurídico do poder⁴⁸⁰.

Neste quadro, a ordenação constitucional das competências deve começar pela decisão (interna) acerca da adoção do modelo federativo ou do modelo unitário⁴⁸¹, uma vez que ambos podem materializar *multilevel regimes*. Depois, devem-se distinguir, por um lado, a natureza jurídico-normativa dessas competências (competências legislativas, administrativas e judiciais) – tendo presentes que elas podem ser exercidas mediante um princípio de separação (*Trennung, Separationsprinzip*) ou um princípio de ligação (*Kooperationsprinzip*)⁴⁸², num esquema de supra e infra-ordenação (*Subordinationsprinzip*) – e, por outro lado, os núcleos materiais respectivos. E a partir de cada uma destas coordenadas, a realidade constitucional pode encontrar diversas formas mistas, nomeadamente tendo em vista a articulação com outros ordenamentos.

Sob o ponto de vista da abertura do ordenamento constitucional, também é a Lei fundamental quem decide como podem as competências ser articuladas entre ordenamentos diversos, principalmente através da autorização para a celebração de arranjos organizatórios em Tratados internacionais, como os Tratados que materializam o Direito europeu primário (v.g., TCE, TUE). Aqui chegamos a um ponto nevrálgico: se pode ser admitido que o problema da ordenação de competências deve ser resolvido ao nível das decisões constituintes básicas, ele não deve ser controverso ali, onde a Constituição de um determinado ordenamento, de uma forma clara, delimita as formas e os contornos da articulação com outros ordenamentos. Contudo, o que pensar quando essa Constituição nada diz a respeito de tal problema?

Centremos o discurso tendo por referência o ordenamento europeu comunitário.

Pode-se considerar que o silêncio constitucional a respeito destas matérias significa inexistência de limite aos poderes transferidos, quer sob o ponto de vista funcional (poderes legislativos, executivos ou judiciais), quer sob

480 Assim, NETTESHEIM, Martin, “Kompetenzen”, in *Europäisches Verfassungsrecht*, cit., 416.

481 Assim, SCHNEIDER, Hans-Peter, “Föderative Gewaltenteilung in Europa. Zur Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten”, in *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer Vlg., Heidelberg, 2002, 1415.

482 Cfr. SCHNEIDER, Hans-Peter, “Föderative Gewaltenteilung in Europa...”, cit., 1415-1416.

um ponto de vista territorial (poderes do Estado enquanto ente público maior, ou das Regiões Autónomas, Autarquias Locais, *Länder*, Comunidades Autónomas, etc.), quer ainda sob o ponto de vista material. E, assim sendo, a admissibilidade da ideia de inexistência de tais limites traduzir-se-ia na ideia de atribuição de uma verdadeira competência das competências (*Kompetenz-kompetenz*) a favor das instâncias europeias comunitárias, e, em particular, a existência de uma verdadeira *Kompetenz-kompetenz* jurisdiccional por parte do TJCE, na medida em que este determinaria as suas próprias competências de controlo.

A este respeito, e adiantando um pouco daquilo que teremos ocasião de aprofundar, estamos com SCHILLING⁴⁸³ quando este advoga solução diversa. Num debate interessante que mantém com J. WEILER e ULRICH HALTERN, o professor de Berlim aponta, entre outros, os seguintes argumentos:

- os tratados comunitários são verdadeiros tratados internacionais e, como tal, devem ser interpretados de acordo com as regras constantes da Convenção de Viena sobre Direito dos tratados, de acordo com a qual eles devem ser interpretados de um ponto de vista teleológico. Ora, em face do art.º 2.º do TCE, as instituições comunitárias têm (restritas) finalidades económicas, pelo que não se compreenderia a atribuição de poderes genéricos, designadamente uma *Kompetenz-kompetenz*;
- por outro lado, tal atribuição genérica nunca pode deixar de ser feita tendo na sua base uma manifestação de vontade nesse sentido e, em caso de silêncio, sempre faltaria a autorização constitucional [e popular, acrescentaríamos nós] para tal atribuição.

Parece-nos ser de concluir, com efeito, que a União Europeia não é omni-competente, pois só pode actuar onde os Tratados (isto é, onde os Estados membros) autorizam, e enquanto se entender que a UE não tem *Kompetenz-Kompetenz* nenhum dos seus órgãos (v.g., TJCE⁴⁸⁴) pode ter a última palavra acerca da questão de saber se um determinado acto foi praticado debaixo da sua competência⁴⁸⁵. Vigora, por conseguinte, a máxima de que a competência

483 V. SCHILLING, Theodor, "The autonomy of the community legal order: an analysis of possible foundations" in "Who is the ultimate Judicial Umpire of european community competences? The Schilling-Weiler/Halter debate", Harvard Jean Monnet working paper 10/96, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9610.html>, ou ainda HarvIntLJ, 37, 1996, 389.

484 No sentido de que este tribunal pode ter a soberania das competências, NETTESHEIM, Martin, "Kompetenzen", in *Europäisches Verfassungsrecht*, cit., 425.

485 Assim, GLAESER, Alexander, "Souveränität und Vorrang", cit., 208.

da União e dos seus órgãos é sempre uma competência limitada (*Prinzip der begrenzten Ermächtigung*)⁴⁸⁶.

3. Terceiro conceito: ordenamento normativo

3.1. O debate teórico

3.1.1. Considerações prévias: a expurgação de componentes de correcção material e a pluralidade

Já tem sido por nós várias vezes afirmada a ideia de que a correcta compreensão de uma realidade jurídica implica um afinamento do arsenal linguístico e metodológico a utilizar, no sentido de evitar equívocos de linguagem e – mais importante – de raciocínio. Aliás, nem de outra forma poderia ser, pois só uma adequada análise lógico-conceitual da prática jurídica, que não se deixe desviar por considerações atinentes a elementos não jurídicos, permitirá a construção de um edifício cognoscível e coerente. Não tem sido a isso, contudo, que se tem assistido no plano dos estudos relacionados com a noção de ordenamento jurídico, principalmente se tivermos em vista o emaranhado de dúvidas que muito contribuem para a constante nebulosidade que persiste em importunar a respectiva noção. Será importante assinalar que tal carácter nebuloso prende-se menos a uma pretensa plurisignificativdade que o conceito encerra – que leva à sinonímia, por exemplo com os conceitos de *ordem jurídica* ou de *sistema jurídico* – do que às oscilações em sede de discussões fundamentais para o saber jurídico assente em base científicas e credíveis.

Tentemos, portanto, evitar essas oscilações e vejamos de que modo elas podem ser superadas.

a) uma noção de ordenamento jurídico-normativamente orientada

Para começar, pode desde já ser adiantado o juízo, por nós assumido e já atrás várias vezes reiterado, de que a ideia de Direito deverá ser perspectivada como tendo propriedades descritivas, ou essencialmente descritivas, e não propriedades valorativas ou de correcção material. Trata-se de uma delimitação ideológica – e metodológica – de extrema importância, pois

486 Cfr. o que dizemos infra (páginas 375 e ss. e *passim*) acerca da tese *Herren der Verträge* e KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat...*”, cit., 877, e “*Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen*”, cit., 972. V., ainda, BUCHWALD, Delf, “*Zur Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union*”, cit., 194.

na medida em que se assuma a exclusão de qualquer componente material-substantiva da ideia de Direito, reconhece-se que do mundo jurídico fará parte qualquer norma, independentemente das suas propriedades de justiça ou injustiça. O Direito assume-se, neste sentido, como uma ciência *neutral* e de pendor marcadamente positivista.

Tal positivismo – repete-se: positivismo no sentido de exclusão de componentes de correcção material – contudo, poderá assumir várias formas que importará também conhecer e delimitar, de modo a que possa ser identificado, como todo o rigor, o campo doutrinário no qual pretendemos questionar determinados nódulos problemáticos e assentar as nossas soluções. Assim, assumindo a bipartição pedagógica e cientificamente útil sugerida por ALEXY⁴⁸⁷ – normativismo *versus* sociologismo jurídico –, orientaremos a análise e a investigação no sentido de as fundarmos em bases normativistas, ou seja acentuando a vertente da produção normativa e da existência e validade jurídicas, em detrimento das vertentes da reacção normativa e da eficácia jurídica.

Quer isto dizer, desde logo, e no âmbito das noções de Direito e de ordenamento jurídico, duas coisas:

- (i) primeiro, o Direito será Direito independentemente do seu conteúdo, isto é, seja mau ou bom Direito, seja justo ou injusto, e,
- (ii) por outro lado, o Direito será Direito porque criado por um órgão legitimado para essa criação (e não, por exemplo, porque é efectivamente aplicado, seja no sentido de que lhe corresponde um determinado aparato sancionatório, seja no de que reflecte uma expectativa normativa de comportamento ou uma convicção íntima de obrigatoriedade).

b) um estudo plural da realidade ordenamental

Todavia, a nebulosidade conceptual não constitui o único obstáculo à correcta compreensão do fenómeno ordenamental, pois devem também ser trazidos à análise e discussão tópicos problemáticos relacionados com os novos enfoques teóricos que colocam em causa os quadros mentais tradicionais do saber jurídico.

Em particular, devem-se problematizar as questões (pós-modernas?) da des-juridificação, des-estadualização, des-constitucionalização e des-legalização⁴⁸⁸.

487 V. ALEXY, Robert, “*Begriff und Geltung ...*”, cit., 19 e ss.

488 V., a propósito, GRIMM, Dieter, “*Die Verfassung im Prozeß der Entstaatlichung*”, in *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck,

Isto porque a concepção de ordenamento jurídico saída dos quadros mentais *standardizantes*, abstracto- racionalizantes e estaduais típicos da modernidade não consegue fugir a uma tendência quase irresistível de equiparação ao Direito positivo, entendido este como um Direito exclusivamente estadual, compreensivo de sub-ordenamentos menores e excluyente de outros ordenamentos (externos). Contudo, já não é recente a verificação de fenómenos de pulverização dos núcleos de produção normativa⁴⁸⁹ e de pluralismo normativo, quer a um nível supra-estadual (por exemplo, o Direito emanado de algumas organizações internacionais), quer a um nível infra-estadual (o Direito emanado de órgãos territorialmente descentralizados), quer mesmo a um nível para-estadual (como será o caso do que se poderá designar por “ordenamentos paralelos”, seja num sentido positivo – v.g., igrejas – seja num sentido negativo – as organizações ilícitas)⁴⁹⁰.

Saber se estas ideias são suficientes para abalar o modelo de existência a que se convencionou designar de “modernidade” – advogando o surgimento da dita “era pós- moderna, que pode colocar em questão não apenas a força de Constituições individuais, mas a existência do próprio constitucionalismo⁴⁹¹ – ou se, pelo contrário, estamos apenas e ainda a atravessar um período de “modernidade tardia” é questão que ultrapassa os propósitos da presente investigação.

Contudo, não se pode deixar de salientar a importância destas questões no quadro da noção de ordenamento jurídico, até pelo importante contributo quer poderão fornecer em sede de estudo dos chamados macro- e micro-ordenamentos e importa particularmente assumir a ideia de que a noção de normatividade pura não exclui a pulverização dos respectivos núcleos de produção. Com efeito, a exclusão de componentes de correcção

Tübingen, 2004, 145 e ss. Deve-se assinalar que não se pode estabelecer entre os termos referidos no texto um nexo de sequência causal, podendo dar-se uns e não os outros. Por exemplo, basta pensar que a deslegalização nem sempre corresponde a uma desjuridificação, ou sequer a uma diminuição do número de normas. Cfr., a propósito do tema, CORSO, Guido, “*Attività economica privata e deregulation*”, in RTDP, 1998, 3, 630.

489 V. CASSESE, Sabino, “*Introduzione allo studio della normazione*”, cit., 313.

490 Acerca da erosão do próprio conceito de Estado e dos seus tradicionais elementos constitutivos (soberania, território e povo), cfr. WAHL, Rainer, “*Der offene Staat...*”, cit., 1151; STEIGER, Heinhart, “*Geht das Zeitalter des Souveränen Staates zu Ende?*”, cit., 331 e ss; VON BOGDANDY, Armin, “*Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht (Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union)*”, in Der Staat, 40, 1, 2001, 10 e ss.

491 Cfr. GRIMM, Dieter, “*Die Verfassung im Prozeß der Entstaatlichung*”, cit., 156. Acerca da confusão entre constitucionalismo, constitucionalidade e estadualidade, v. BRYDE, Brun-Otto, “*Konstitutionalisierung des Völkerrechts...*”, cit., 62.

material e a acentuação da vertente da produção jurídica na consideração das normas relevantes para a noção de ordenamento implica que nos debruçemos apenas sobre normas jurídicas, embora nada impeça que essas normas provenham de vários núcleos produtores: estaduais em uns casos, e não estaduais em outros.

Considerado estes tópicos como assimilados, cumpre chamar a atenção para uma ideia que constitui um pilar essencial das nossas conclusões e que teremos ocasião de referir adiante em inúmeras ocasiões: um ordenamento será um conjunto de normas, oriundas de uma pluralidade de fontes, reduzidas à unidade pela Constituição como norma sobre a aplicação de normas⁴⁹². Em breve voltaremos a abordar este tema e a desenvolvê-lo convenientemente.

Por agora, após estas prévias chamadas de atenção, empreendamos uma digressão pelos vários enfoques teóricos que se têm debruçado sobre a noção de ordenamento jurídico. A este propósito, pode-se dizer que são dois os segmentos de pensamento mais relevantes, e a partir dos quais todo o estudo deve ser efectuado: o normativista e o sociológico (*lato sensu*). Cada um destes segmentos, por sua vez, pode constituir o germe de diferentes paradigmas ordenamentais, sendo de destacar, respectivamente, o Vienense (MERKL e Kelsen) e o Oxoniense (AUSTIN e HART) para o primeiro, e o Italiano (SANTI-ROMANO) e Escandinavo (ROSS), para o segundo⁴⁹³.

Procuremos conhecê-los melhor.

3.1.2. Enfoques que acentuam a ideia de produção jurídica (normativistas)

As concepções ordenamentais normativistas apresentam como pontos aglutinadores as ideias de (i) juridicidade intrínseca, (ii) contextualização e (iii) pluralidade.

Em primeiro lugar, defende-se a consideração do ordenamento jurídico como um corpo normativo e, mais do que isso, como uma realidade jurídica, e não como (ou não apenas como) uma realidade sociológica – o ordenamento equiparado ao conjunto de normas efectivas –, histórica – o ordenamento

492 V. REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 26.

493 Além dos paradigmas referidos no texto, cfr., por exemplo, para uma noção procedimental de ordenamento, ALEXY, Robert, “*Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*”, *Rechtstheorie* 2, 1981, 185 e ss., e “*Zur Kritik des Rechtspositivismus*”, cit.

considerado como o *Volkgeist* – ou axiológica – o ordenamento considerado como uma ordem de valores. A norma jurídica, por conseguinte, será perspectivada como uma prescrição – efectivamente aplicada ou não; valorativamente preenchida ou não – emanada por um órgão jurídico validamente autorizado.

Nesta ordem de argumentos, e em segundo, lugar, as características da contextualização e o carácter plural advêm de uma dupla ordem de factores respeitantes ao material normativo. Essa ordem de factores, por um lado é referente à totalidade, e, por outro lado, é referente à parte integrante:

- no que à totalidade diz respeito, coloca-se em evidência o facto acima referido de que as normas jurídicas não existem nunca isoladas (não sendo, neste caso, sequer, consideradas jurídicas), mas sempre e apenas integradas num “contexto de normas que têm entre si relações particulares”, num ordenamento;
- colocando o acento tónico na parte integrante (a norma) chama-se a atenção para a circunstância de que não pode haver um ordenamento composto por uma só norma⁴⁹⁴, o que é cada vez mais colocado em ênfase por via do fenómeno típico da inflação legislativa⁴⁹⁵, característico do *Wohlfahrtsstaat*.

No plano teórico, pode-se dizer que os autores que melhor exprimiram estas anseios normativistas foram, cada um com diferentes configurações (apesar das semelhanças indesmentíveis entre eles), Hans KELSEN, Norberto BOBBIO e Herbert HART.

Aprofundemos um pouco as suas ideias.

494 Esta afirmação será susceptível de reparos se se tiver em mente a dicotomia que alguns autores normativistas (como BOBBIO ou HART) estabelecem entre normas de primeiro grau e normas de segundo grau, ou, noutro plano, entre normas de conduta e normas de competência. Efectivamente, não é possível um ordenamento composto por uma só norma de conduta, assumida a impossibilidade de uma única norma poder prever e regular todos os factos (humanos e não humanos) juridicamente relevantes, mas já é concebível um ordenamento composto por uma só norma de competência (também designadas como “normas de estrutura”, entendendo-se estas como as normas que estabelecem as prescrições mediante as quais se criam e alteram normas de conduta válidas). Seria o caso, por exemplo, de um ordenamento assente num regime absoluto, onde se prevísse a norma “É obrigatório tudo o que o soberano ordene”.

495 V. um conjunto de excelentes abordagens em JhbRsRt, 9 (“*Gegentendenzen zur Verrechtlichung*”). V., ainda, TEUBNER, Gunther, “Juridificação...”, cit., 17 e ss.

a) *Normativismo vienense*

Num quadro de pureza metodológica⁴⁹⁶ e de monismo do objecto cognoscível⁴⁹⁷ — que, como é sabido, constituem os traços básicos mais marcantes do edifício jurídico Kelseniano — a noção de ordenamento jurídico desempenha um papel fundamental, senão mesmo nuclear, pois será ela que permitirá a redução à unidade de todo um vasto arsenal de realidades díspares⁴⁹⁸.

Partindo da premissa ideológica básica de acordo com a qual uma ordem constitui um sistema unificado por um fundamento comum, conclui-se, quase silogisticamente, que um ordenamento será um sistema (um conjunto) de normas jurídicas unificadas por uma norma fundante e fundamental⁴⁹⁹.

No plano interno, tal ordenamento ganha vida através de uma personificação na figura do Estado⁵⁰⁰, sendo disciplinado por um invólucro jurídico protector que é a Constituição (a norma jurídica que disciplina a produção, vigência e validade de todas as outras normas jurídicas, assumindo-se assim como uma verdadeira norma sobre a norma) e estruturado mediante uma construção escalonada (*Stufenbau*: uma “imagem espacial de

496 Como se sabe, uma teoria jurídica “pura” significa, neste contexto, a expulsão de tudo o que seja não jurídico ou a-jurídico, ou, nas palavras de KELSEN, *Reine Rechtslehre* (trad. Portuguesa: “Teoria pura do Direito”, 6.ª edição, Arménio Amado editora, Coimbra, 1984, 18), a expulsão do Direito de “todos os elementos que lhe são estranhos”. V. também ROSS, Alf, “*On law and justice*”, cit., 2 e 3. Será de notar, todavia, que não se rejeita todo e qualquer conteúdo fenoménico da realidade jurídica, pois nenhum normativismo terá sentido se não se tiver em consideração a relação intrínseca que se estabelece entre a norma e a realidade fáctica em que ela se projecta. Um determinado comportamento fáctico só terá relevância jurídica se revelado através de uma norma, pelo que se pode daqui extrair uma certa vertente fenoménica desta. Além do mais, o fundamento último de obrigatoriedade de todas as normas é uma norma pressuposta de natureza transcendental (*Grundnorm*) e não de natureza estritamente jurídica (Idem, 277 e ss. ver). V., a propósito, PATTARO, Enrico, “*Per una critica della dottrina pura*”, in “*Contributi al Realismo giuridico*” (org. PATTARO, Enrico) *Seminario Giuridico della Università di Bologna*, Miscellanea 1, Giuffrè, Milano, 1982, XI.

497 Significativo da ideia de que o objecto específico da ciência do Direito é a norma jurídica, enquanto dever-ser vinculativo, e não outras realidades, como o facto social, o valor, etc. Tal monismo do objecto não se confunde, todavia, com o assumido dualismo metodológico (KELSEN, Hans, “Teoria pura do Direito”, cit., 23) e traz assumida a clara distinção entre o *ser* e o *dever-ser* (ou entre a realidade fáctica, consubstanciada em comportamentos vários, e a realidade normativa, constituída pelas condutas que deveriam ser levadas a cabo).

498 Para uma esclarecedora e sintética aproximação, v. CARRÉ de MALBERG, R., “*Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés...*”, cit., 1 e ss.; LEBEN, Charles, “*De quelques doctrines de l’ordre juridique*”, in *Droits* (RFTP), 33, 2001, 21 e ss.

499 V. KELSEN, Hans, “Teoria pura do Direito”, cit., 37.

500 Embora o próprio Kelsen reconheça que nem todos os ordenamentos jurídicos são Estados. Assim, KELSEN, Hans, “*Der Begriff der Rechtsordnung*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1405.

supra-infra-ordenação”⁵⁰¹), assente num esquema voluntário — no sentido em que toda e qualquer norma integrante desse ordenamento será sempre um produto de vontade — e autorizativo — na medida em que essas mesmas normas reflectirão a vontade de um órgão autorizante que “permita” que um outro órgão preveja determinado comportamento como jurídico⁵⁰².

As relações entre os vários escalões de um ordenamento são relações de determinação e dependência: as normas do escalão superior disciplinam não apenas o procedimento de criação, mas eventualmente disciplinam também o seu conteúdo⁵⁰³.

Se sob o ponto de vista didático-estrutural é corrente a figuração deste esquema através da representação de uma pirâmide⁵⁰⁴, já sob o ponto de

501 V., da autoria de KELSEN, “Teoria pura do Direito”, cit., 310; “*Zur Theorie der Interpretation*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1363; “*Was ist ein Rechtsakt?*”, id., 1382; “*Der Begriff der Rechtsordnung*”, ib., 1400.

502 Esse órgão autorizante, por seu lado, será ele próprio também objecto de uma autorização de um órgão superior. Daí o conhecido esquema normativo piramidal, que significará:

- a) que um acto normativo determinado deverá conter em si a autorização do acto normativo superior;
- b) que a mesma norma pode ser considerada ao mesmo tempo produtiva — em relação à norma inferior — e executiva — em relação à norma superior (exceptuando, obviamente, a norma mais alta e a norma mais baixa desse esquema relacional. V. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 184);
- c) que o fenómeno da produção jurídica, sob o ponto de vista da natureza jurídica se configura como a expressão de um poder, enquanto o da execução jurídica como expressão de um dever (BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 184). Acerca da distinção entre ordenamento estático e ordenamento dinâmico, v. PATTARO, Enrico, “*Per una critica della dottrina pura*”, cit., XXIV.

503 V. “*Zur Theorie der Interpretation*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1363.

504 A representação piramidal do ordenamento jurídico convoca necessariamente a bipartição das normas jurídicas em “norma fundante” e “norma fundada”, em termos de se aceitar que a norma do escalão (patamar, degrau) superior constitui o fundamento de validade da norma do escalão inferior. A observação analítica de tal estrutura piramidal permite identificar um conjunto de princípios orientadores que presidirão à construção escalonada de qualquer ordenamento assim dimensionado, a saber:

- (i) a hierarquia deve ser inversamente proporcional à quantidade das normas, na medida em que quanto mais elevado for o escalão hierárquico, menor será o número de normas que o compõe;
- (ii) a hierarquia deve ser inversamente proporcional à densidade das normas, em termos de as normas de escalão mais elevado serem, em princípio, menos densas (mais abstractas e com um maior âmbito pessoal e espacial de abrangência) em relação às normas de escalão menos elevado [“paradoxo da concretização” — cfr. FAVOREU, Louis (coord.), “*Droit constitutionnel*”, cit., 90];
- (iii) em consequência dessa diferença de densidade, verifica-se que as normas de escalão mais elevado tendem a encerrar um menor grau de aplicabilidade directa do que as restantes

vista mais profundo da sua justificação jurídica (ou jurídico-filosófica) será preferível simbolizá-lo através de uma representação circular, atribuindo-lhe um carácter de auto-justificação e mesmo de algum hermetismo, na medida em que se assume que o Direito regula a sua própria produção, e a norma jurídica funciona como uma espécie de “chave” que abre e fecha um círculo: o círculo da produção normativa. Este esquema circular – será importante assinalá-lo – permite justificar o Direito sem sair de dentro dele e servirá de substrato ideológico para as teorias (pós-modernas?) de justificação auto-poiética do Direito⁵⁰⁵.

Naturalmente que esta *Stufenbau* não pode, como de resto é assinalado pelos próprios autores normativistas, assumir uma configuração infinita e perder-se no interminável, sob pena de ilogismo. Há-de ser encontrado, em relação a cada ordem jurídica, um fundamento último, uma norma pré-concebida e de natureza lógica designada por norma fundamental (*Grundnorm*)⁵⁰⁶, que, unificando toda a construção, lhe atribui um sentido apreensível e, acima de tudo, cognoscível.

Para além dessa pretensão uniformizadora, e como muito bem acentua BOBBIO (que indubitavelmente acolhe a teoria ordenamental gradualística e o rigor analítico de KELSEN, embora dele se distancie no ponto em

– reclamantes de uma maior e mais continuada mediação legislativa (lato sensu) – e são normas tendencialmente *abertas ao tempo*.

Por outro lado, uma observação integrada e comparativa dos vários ordenamentos permite concluir que não existe um modelo numérico único que dê corpo à pirâmide normativa, podendo verificar-se a existência de ordenamentos com mais e ordenamentos com menos escalões. Por exemplo – e colocando desde logo de parte os ordenamentos onde a autonomia privada tem um âmbito de aplicação muito reduzido (colectivistas) –, basta pensar nos ordenamentos constituídos sob a forma federal para se concluir que o número de escalões será necessariamente maior; por outro lado, poderão existir ordenamentos (flexíveis) onde a distinção “normas constitucionais/normas infra-constitucionais” possa não ter cabimento, o que pode conduzir à supressão de um degrau. V., a propósito, BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 185-186; VERDROSS, Alfred, “*Die Rechtslehre Hnas Kelsen’s*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1303.

505 V. TEUBNER, Gunther “*Recht als autopoietisches system*” (trad. Portuguesa: “O direito como sistema autopoietico”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, s.d.), 66 e ss.; LUHMANN, Niklas, “*The self-reproduction of the law and its limits*” in TEUBNER, Gunther, “*Dilemmas of the law in the welfare state*”, De Gruyter, Berlim, 1985, 111 e ss.

506 Kelsen chama-a “pressuposição lógico- transcendental” (ob. Cit., 277). Contudo, deverá reparar-se que tal natureza transcendental deriva menos da sua componente metafísica e abstracta (pois “refere-se imediatamente a uma Constituição determinada, efectivamente estabelecida”) e mais da circunstância de que não derivou de um centro produtivo normativo, assumindo-se como uma verdadeira norma (apenas) concebível, não existente; pensável, não real; não posta, mas pré-suposta (ob. Cit., 275), valendo em relação a ela o princípio da efectividade (assim, KELSEN, “*Was ist ein Rechtsakt?*”, cit., 1382, 1393).

que não preconiza uma teoria pura, mas contextualizada historicamente⁵⁰⁷), a *Grundnorm* atribui ao poder constituinte – entendido como a fonte das fontes, o ponto de referência de todas as normas, que cria novos centros de produção jurídica⁵⁰⁸, o poder último, supremo e originário de um ordenamento jurídico – a faculdade de produzir normas jurídicas. Tal norma fundamental é uma norma simultaneamente atributiva (na medida em que atribui o poder de produzir normas válidas⁵⁰⁹) e imperativa (já que impõe o dever de obediência a todas as normas que de si derivem)⁵¹⁰.

Um ordenamento, enfim, mais do que um mero conjunto, significa um conjunto ordenado de normas (estritamente jurídicas), unificadas por uma norma a todas comum que, não obstante lhes não fixar directivas materiais respeitantes ao conteúdo – até porque nem o poderia fazer, quer em face da multiplicidade de normas existente num ordenamento determinado, quer em face da objecção que daí poderia resultar de que a *Grundnorm* constituiria o mero somatório de todas as outras normas jurídicas – constitui e fixa o seu fundamento último de validade: fundamento, porque todas elas se deverão a ela reconduzir em termos de ideia de Direito; e fundamento último porque, na verdade, cada norma contém o seu fundamento imediato de validade na norma que lhe é imediatamente superior e que regula a sua produção e conteúdo.

b) Normativismo oxoniense

A configuração de um esquema composto, monopolizador de uma infinidade de elementos de natureza díspar e geneticamente heterogêneos – que são as várias espécies de normas – encimado por um elemento unificador que se assume como fundamental e de natureza pressuposta e transcendental – a *Grundnorm* – não constitui, todavia, a única via normativista de concepção ordenamental. Diferentemente, pode-se conceber um ordenamento através do recurso a uma forma de expressão apelativa de uma entidade bicéfala, ou, melhor dizendo, de uma entidade de características bifrontes.

507 Cfr. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 176 e 182 e ss.

508 Assim, BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 182.

509 Quanto ao conceito de validade, refere o próprio Kelsen: “*Die «Geltung» der Norm ist ihre spezifische Existenz*”. V. “*Manuskript, 15.4.1959*”, in KELSEN, Hans e KLUG, Ulrich, “*Rechtsnormen und logische Analyse (Ein Briefwechsel 1959 bis 1965)*”, cit., 14. V., ainda, KELSEN, Hans, “*Der Begriff der Rechtsordnung*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1395.

510 Assim, BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 190.

Tal modo de perspectivar é tributário de concepções de escolas jurídicas que, sob o ponto de vista metodológico-filosófico, se poderiam também designar de “analíticas”⁵¹¹ e, em particular, discípulas ou seguidoras das ideias de AUSTIN e HART.

A pedra de toque de toda a construção deste último professor de Oxford, como se sabe, reside na consideração de que qualquer ordenamento jurídico⁵¹² apenas o será porque constitui a união de dois diferentes tipos de regras: as denominadas regras primárias (de comportamento) – as regras básicas que impõem deveres, através das quais se exige que “se façam ou se abstenham de fazer” certas acções⁵¹³ – e secundárias [“relativas” (às primeiras) ou “parasitas”] – que são as regras que atribuem poderes, e que, além disso, respeitam à criação, aplicação, modificação ou extinção de regras antigas (primárias)⁵¹⁴.

Uma estrutura assim apresentada tem a sua razão de ser na circunstância de que as regras de comportamento (como por exemplo, “Quem matar outrém será punido...”; “Todos devem contribuir para as despesas públicas através do pagamento de impostos”; “A inobservância da forma legalmente exigida implica a nulidade do contrato”, etc.) só por si são insuficientes em face da sua latente e patente incerteza, estaticidade e ineficácia⁵¹⁵, pelo que se reclama a existência de um segundo tipo de regras, que terão as

511 Acerca da influência de AUSTIN nos pensadores continentais, v. ROSS, Alf, “*On law and justice*”, cit., 2. É digna de realce a referência do autor ao facto de que, apesar das semelhanças (metodológicas) não se deve conectar historicamente AUSTIN e KELSEN.

512 Da leitura de toda a obra de HART, parece perpassar uma sinonímia entre os termos “sistema” e “ordenamento” jurídico. A ausência de referência a este último termo, de resto, parecerá justificável pela acentuada tradição europeia continental (em particular, Italiana) do mesmo.

513 V. HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 91.

514 Em rigor, a consideração de um sistema jurídico como um complexo de regras primárias e secundárias não constitui uma afirmação em si, mas antes é a resposta a um problema (o da compreensão do Direito) relativamente ao qual a doutrina se tem colocado em pontos extremos (Direito enquanto ordem baseada em ameaças e Direito enquanto ordem baseada na moral). HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., por exemplo, 229. Além disso, o carácter bifronte assinalado, todavia, não se deve apenas à concepção estrutural do ordenamento. Para além disso, deve-se também observar um outro aspecto que para a assumpção de tal carácter contribui. É que existem duas condições para que se possa falar num sistema jurídico (HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 128), uma respeitante às entidades privadas (“cidadãos privados”, como lhes chama HART) e que se liga à circunstância de se exigir que as regras primárias devam ser por eles geralmente obedecidas; e outra respeitante às entidades públicas (os “funcionários”): as regras de reconhecimento devem ser efectivamente aceites como padrões públicos (embora seja de notar que, obviamente, também existirão regras primárias que se aplicarão aos “funcionários”).

515 Tais insuficiências são apontadas pelo próprio HART (“O conceito de direito”, Cit., 102, 103), numa análise crítica coerente na qual não pode deixar de se lhe reconhecer mérito. Vejamos:

primeiras como referência e que muitas vezes serão regras valorativamente neutras, em face da ausência de conteúdo substancial. São as denominadas “regras secundárias”.

Distinguir-se-ão, neste tipo de regras, três importantes subtipos⁵¹⁶:

- (i) em primeiro lugar, as regras de reconhecimento (*rules of recognition*), que, como a própria designação indicia, são aquelas que têm por fito a “identificação concludente das regras primárias de obrigação”. Constituirão “o conjunto de todos os critérios de identificação do Direito válido”⁵¹⁷, sendo o remédio contra o óbice apontado da incerteza e, estruturalmente, desdobram-se num elemento orgânico-formal – consubstanciado na redução a escrito ou na proveniência de um certo órgão⁵¹⁸ – e num elemento cognitivo, respeitante ao necessário reconhecimento da sua autoridade, de modo a se conseguir a eliminação das dúvidas acerca da existência da regra comportamental primária;
- (ii) em segundo lugar, cabe um papel de destaque para as regras de alteração (*rules of change*) que, por seu lado, apresentarão o remédio contra a estaticidade. Podem-se identificar com as comuns regras atributivas de competência, através das quais “se confere poder (...) para introduzir novas regras primárias”;

a) o carácter incerto deste tipo de regras (se desacompanhadas, recorde-se) revela-se nas situações de polissemia linguística ou, numa visão mais extrema, de dúvidas acerca da sua própria existência. Nestes casos, será fundamental reconhecer-se a necessidade de uma decisão de fixação (de conteúdo, por exemplo ou, nas palavras de HART, um “texto dotado de autoridade”) por parte de alguém com competência para tal e que elimine as dúvidas jurídicas surgidas. Compreensivelmente, tal papel deverá ser levado a cabo por um tipo de regras diferentes das regras primárias;

b) por outro lado, aponta-se uma possível cristalização ou uma lenta evolução dos ordenamentos que estejam dependentes apenas deste tipo de normas, havendo o risco de os comportamentos nelas previstos como proibidos ou obrigatórios deixarem de ser social ou axiologicamente relevantes e caírem em desuso ou, inversamente, condutas humanas que mereceriam ter sido seleccionadas por parte das normas jurídicas, em face da sua crescente relevância, ainda o não serem, embora se justificasse que o fossem. A renovação normativa (*maxime*, legislativa) que fará face a tais casos também exige um tipo diferente de regras.

c) por fim, a sua ineficácia: é preciso um “monopólio oficial de sanções”, que cuide do correcta observância das normas primárias, algo que estas sozinhas não conseguem concretizar.

516 Assim, HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, Cit., 104 e ss.

517 Cfr., a respeito, BULYGIN, Eugenio, “*Sobre la regla de reconocimiento*”, cit., 387.

518 O que, a prazo, reclama a existência de outro tipo de normas secundárias destinadas a sanar os conflitos emergentes aquando do aparecimento de mais de um critério de reconhecimento. Será, aliás, uma das aflorações da ideia de sistema (jurídico) uma vez que as normas (= regras) não se apresentam de uma forma desconexa, mas unificada (HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 105).

- (iii) por fim, um terceiro subtipo: as regras de julgamento (*rules of adjudication*) que constituirão o remédio contra a ineficácia, assumindo-se como regras que conferem poder para proferir decisões dotadas de autoridade

Observe-se, contudo, que, além do seu desempenho estrutural ao nível da fundação de um esquema organizatório, todas estas regras desenvolvem igualmente um importante papel ao nível da conceptologia jurídica já que permitem identificar toda uma série de conceitos jurídicos relevantes, como sejam os conceitos de acto legislativo, órgão legiferante, revogação, caducidade, sentença, tribunal, etc.

A junção das regras primárias e das regras secundárias constituirá, nas palavras do próprio HART, o núcleo (coração) do sistema jurídico, concluindo-se, *a contrario*, que qualquer esquema organizatório (mais ou menos incipiente) a que falte um destes tipos de regras — ou dos seus subtipos — não poderá ser designado por ordenamento jurídico⁵¹⁹.

3.1.3. Enfoques que acentuam a ideia de aplicação jurídica

a) *Institucionalismo*

No quadro de um conceito de Direito de base social — isto é, que se reconduz ao conceito de sociedade [num duplo sentido: no de que o Direito não pertence à esfera individual de cada um (*ubi ius ibi societas*) e no de que não há sociedades em que o fenómeno jurídico não se manifeste (*ubi societas ibi ius*)]⁵²⁰ — e de base ordenada — de modo a afastar elementos que se constituam com base no puro arbítrio ou na força material não ordenada — o institucionalismo, como concebido e defendido por SANTI-ROMANO, equipara reciprocamente ordenamento jurídico e instituição⁵²¹. Tal equiparação

519 Será o caso, nomeadamente, do Direito Internacional, ou melhor, do pretenso ordenamento jurídico Internacional. HART, Herbert L., “O conceito de direito”, cit., 230, nega a sua existência baseando-se no facto de que lhe faltam as regras secundárias, designadamente as regras de reconhecimento, que identifiquem as suas fontes.

520 Por sociedade deve entender-se “*non un semplice rapporto fra gli individui (...) ma un’entità che costituisca (...) un’unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono*”. ROMANO, SANTI, “L’Ordinamento Giuridico...”, cit., 26-27.

521 A referência do texto, como será facilmente constatável, diz respeito ao institucionalismo em sentido jurídico ou institucionalismo *stricto sensu*, substancialmente diverso do institucionalismo de HAURIOU ou RENARD, enquanto representantes de uma certa forma de pensamento *realista* bastante difundida entre certos sectores da sociologia francesa. Contudo, as ligações a este institucionalismo de base sociológica são inegáveis, até porque são perfilhados bastantes dos seus apregoados méritos. Desde logo, numa vertente ou noutra, está-se em face a doutrinas que procuram realizar

(“todo o ordenamento jurídico é uma instituição e toda a instituição é um ordenamento jurídico”⁵²²) encontra a sua razão de ser na consideração de que o primeiro não se materializa num mero complexo de normas jurídicas, mas mais do que isso, encerra simultaneamente uma dupla dimensão de socialidade (plurisubjectividade, na terminologia de GIANNINI⁵²³) e de organização, típicas do fenómeno institucional. Desta forma, diferentemente do que se passava com as noções normativistas que encaravam o ordenamento jurídico como um conjunto de normas jurídicas, as noções institucionalistas encaram-no como um grupo organizado e permanente – com uma componente normativa, é certo, mas não tão acentuada – a que se convencionou chamar “Instituição”⁵²⁴.

a síntese possível entre um atomismo e um estatismo exacerbado que se instalaram em vários sectores doutrinários na primeira metade do séc. XX, derivados da defesa intransigente, respectivamente, das “teses do direito subjectivo” radicadas em *Rousseau* – procurando-se conter os excessos do individualismo, do contratualismo e da doutrina da autonomia privada que em muitos códigos civis europeus terão colocado em causa as posições jurídicas subjectivas de partes pretensamente “mais fracas” – e das “teses do direito objectivo” de base Hegeliana – que terá levado ao extremo o dogma da estadualidade do direito, ao afirmar que o Estado terá sido *constituído* e todas as (outras) instituições *instituídas* por ele. Em face deste quadro, o institucionalismo procura (i) salientar a dimensão social do jurídico (enquanto manifestação de uma “ideia social objectiva” de natureza trans-pessoal e durável), (ii) defender o pluralismo jurídico e a descentralização dos núcleos de produção jurídica. O instrumento privilegiado de tal tarefa será a *instituição*, entendida como unidade abstracta – não necessariamente sob a veste de pessoa jurídica (pense-se, por exemplo, na família ou na nação) – dotada de organização permanente e vontade própria, destinada à de realização de uma ideia em comum. O carácter permanente referido poderá resultar ou da própria normatividade ou do costume e materializa-se na possibilidade de estabilidade temporal. Em termos fundacionais, ressalta a ideia de que o processo instituinte de uma determinada instituição (instituição em sentido dinâmico) não será mais concebido como uma prerrogativa estadual pois o próprio estado terá, ele próprio, sido criado. V. MODUGNO, Franco, “*Istituzione*”, in EDD, 73 e 84; LEBEN, Charles, “*De quelques doctrines...*”, cit., 25 e ss.

522 Assim, ROMANO, SANTI, “*L’Ordinamento Giuridico...*”, cit., 28. V., ainda, com interesse, embora em contexto diverso, ORESTANO, Riccardo, “*Dietro la consuetudine*”, cit., 521 e ss.

523 V. GIANNINI, “*Gli elementi degli Ordinamenti Giuridici*”, in RTDP, ano VIII, Giuffrè, Milano, 1958, 226 e ss.

524 Em geral, o conceito de instituição não é unívoco, podendo, pelo menos, ser encontrados três distintos sentidos:

- a) um sentido restrito, que nasceu no âmbito da doutrina germânica e da teorização da personalidade jurídica (cfr., a propósito, ROMANO, SANTI, “*L’Ordinamento Giuridico...*”, cit., 30). Neste âmbito o conceito de instituição (ou melhor, de organização: *Einrichtung*) será um conceito antecedente e necessário em relação ao de personalidade jurídica. Para haver uma pessoa jurídica é necessário haver antes uma organização. Esta não será um ente com vida própria, mas um ente que serve os interesses de um corpo social que será sujeito de direito.
- b) um conceito amplo, desenvolvido no âmbito da doutrina francesa, em particular de HAU-RIOU. Para o institucionalista francês, uma instituição é toda a organização social de carácter permanente que tem em vista prosseguir determinados fins, comuns aos seus membros. Esta instituição é triplamente considerada uma fonte originária de direito, na medida em

Neste contexto, enquanto fenómeno grupal, um ordenamento será composto por uma associação em termos sociológicos, uma pluralidade de entes individuais, no que se caracteriza como a sua própria razão de ser, o seu “pressuposto inerte”⁵²⁵. Não se deve assumir, contudo, que qualquer pluralidade constitua um grupo: por exemplo, o conjunto de accionistas de uma grande sociedade anónima dificilmente o poderá configurar. O elemento plural é necessário, mas não se revela suficiente. Mais do que isso, um ordenamento deverá ser dotado de um “impulso organizacional”, que permita a um grupo estabelecer um desenho pré-ordenado de situações vinculantes, um aparato organizativo que se apresente tendencialmente permanente⁵²⁶.

que cria direito disciplinar, consuetudinário e eventualmente legal. O grande mérito desta concepção foi o de libertar o conceito de instituição do de personalidade jurídica.

- c) um conceito amplíssimo, o desenvolvido por SANTI ROMANO, que tenta superar a “doutrina tradicional” que vê o direito como um mero complexo de normas. Para o institucionalista italiano a instituição não é fonte de direito, nem o direito é produto da primeira, pois entre o conceito de instituição e de ordenamento jurídico há uma perfeita identidade (ob. cit., 34). Por instituição, ele entende todo o corpo social, o que significa:

- devemos estar em presença de uma existência objectiva e concreta, isto é, a sua individualidade deve ser exterior e visível (*id., ib.*, 35, onde o autor adverte que o termo “instituição” deve ser usado no sentido do texto – igual a corpo social – e não no sentido muitas vezes utilizada no âmbito jurídico de instituição como uma relação casual entre algumas normas jurídicas: instituição da compra e venda, doação, etc.);
- devemos estar em presença de uma manifestação da natureza social e não puramente individual do homem (*id., ib.*, 37);
- devemos estar em presença de um ente fechado, que pode ser tomado em consideração por si próprio, uma vez que, como se disse, tem individualidade (sem embargo de se relacionar com outras instituições e até existirem instituições de instituições: Comunidade internacional – que para o autor é uma verdadeira instituição – e estados, ou estado e entes menores);
- devemos estar em presença de uma realidade permanente, que não perde a sua identidade pela mudança dos seus elementos (pessoas que a constituem, património, fins, etc.).

525 A caracterização de “inerte” atribuída a este pressuposto resulta do facto de que ele, só por si, não caracteriza nem identifica um dado ordenamento. Os cidadãos de um Estado não são diferentes dos cidadãos de um outro Estado, da mesma forma que os fiéis de uma determinada confissão religiosa não são diferentes do de uma outra. Um ordenamento, por conseguinte, há-de ser identificado tendo em atenção outros vectores como sejam a organização e / ou a normatividade. V. GIANNINI, “*Gli elementi degli Ordinamenti Giuridici*”, cit., 227. Por outro lado, será importante assinalar que a plurisubjectividade não se confunde com a personificação jurídica. De acordo com estas orientações de base institucionalista, um ordenamento precede sempre um ente juridicamente personificável (uma pessoa jurídica), constituindo um seu *prius* lógico. Esquematicamente, poderíamos apresentar a seguinte relação lógica e cronológica:

GRUPO → ORDENAMENTO → PESSOA JURÍDICA.

V. GIANNINI, cit., 228, em particular nota (11).

526 Aliás, quase seria despidiendi a referência ao carácter permanente da vertente organizacional de um grupo, assumindo que apenas grupos dotados de continuidade temporal serão idóneos a constituir ordenamentos. Cfr., a propósito, GIANNINI, “*Gli elementi degli Ordinamenti Giuridici*”, cit., 239.

Uma instituição, neste sentido, apresenta uma indiscutível existência objetiva e concreta, materializada numa individualidade (não necessariamente personificação) e num carácter permanente, ou pelo menos duradouro, dos fins que se propõe prosseguir.

No campo jurídico, significa isso que, por um lado, devem ser distinguidos dois sentidos na expressão “Direito objectivo”, a saber: o Direito objectivo enquanto conjunto de normas jurídicas e o Direito objectivo enquanto ordenamento, unidade, instituição; significa ainda, por outro lado, que todo o ordenamento jurídico é uma instituição – em face da componente social e estável que encerra – e toda a instituição é um ordenamento jurídico – pois todas elas pressupõem um acervo de normas que a disciplinam. Este último aspecto, aliás, assume uma importância fulcral no âmbito da tentativa de enquadramento das teorias institucionais, pois procuram demonstrar de forma inequívoca que o sociologismo absoluto de DUGUIT – propulsor da ideia de que o Direito consubstancia uma realidade existente em si, reflexo de um determinado “ambiente social” – peca ao esquecer que tal “ambiente”, também ele, deriva de acções e encerra uma vincada componente subjectiva e normativa (se bem que não derive necessariamente da vontade do Estado).

Num plano próximo, pode-se falar em instituições jurídicas. Estas consistirão, no quadro destas teses, num conjunto de regras de Direito unificadas⁵²⁷, um *quid* unificador de diversas matérias e relações jurídicas como o Estado, a família, a propriedade, o contrato, o ambiente, etc.

b) Realismo

Também o realismo jurídico escandinavo, cujo maior dinamizador foi, partindo da escola de HÄGERSTRÖM, ALF ROSS – que, num primeiro momento até partilhou as ideias de Kelsen (nomeadamente ao defender a clara distinção entre ciência do Direito e sociologia e a especificidade do conhecimento normativo), mas posteriormente dele se afastou ao dizer que não é possível uma absoluta distinção entre ser e dever-ser e valorizar ao mesmo tempo o significado histórico do Direito – concebe o ordenamento jurídico colocando em segundo plano a criação normativa⁵²⁸.

527 Cfr., a propósito, MacCORMICK, Neil, “*Law as institutional fact*”, in “*An institutional theory of law...*”, cit., 49 e ss., em especial, 52.

528 Para uma visão útil, cfr. CASTIGNONE, Silvana, “*Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*”, cit., 1995.

Para este segmento de pensamento, e numa fórmula abreviada, o ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas válidas, no sentido de normas *vigentes*, aplicadas⁵²⁹. Procede-se aqui a uma dupla configuração do conceito de validade, em termos de se distinguir uma validade formal, respeitante à coerência lógica de um enunciado com outros enunciados que fazem parte do sistema (*inner coherence of meaning*), e uma validade material, que dirá antes respeito à coerência lógica de um enunciado com os factos a que se refere (a “totalidade colectiva de vontade”: acções e sanções físicas). Para ROSS, uma norma é válida se for efectivamente seguida pelos aplicadores de Direito⁵³⁰ – é uma predição de futuras decisões administrativas e judiciais⁵³¹ –, e se for sentido que é socialmente obrigatória (não necessariamente obedecida⁵³²), sendo que, por este motivo, nenhuma norma é válida *a priori*.

Neste quadro de pensamento, um ordenamento é concebido como um corpo de normas que determina as condições de acordo com as quais a coacção pode ser exercida por autoridades administrativas e judiciais (aparato estadual), aqui entroncando uma outra consideração nuclear das teses de ROSS: as normas jurídicas são directivas dirigidas aos “funcionários”⁵³³. Como consequência, a ciência do Direito tem uma função meramente descritiva, limitando-se à descrição do Direito vigente – os enunciados da Ciência jurídica são enunciados acerca do Direito vigente: a norma N é Direito vigente no ordenamento N’.

529 Cfr. BULYGIN, Eugenio, “*Sobre la estructura logica...*”, cit., 342.

530 V. ROSS, Alf, “*On law and justice*”, cit., 18. O autor utiliza a comparação com um jogo de xadrez (v. pp. 11 e ss., em especial 17-18) para realçar o facto de que uma norma apenas o é se for efectivamente conhecida e aplicada.

531 Cfr. BULYGIN, Eugenio, “*Sobre la estructura logica ...*”, cit., 344.

532 Não apenas de um ponto de vista linguístico, mas igualmente de um ponto de vista estritamente jurídico ou tributário da ciência do Direito, entendemos que o termo “obediência” não é particularmente sugestivo e feliz, pelo que não deverá ser utilizado para aferir da normatividade de uma realidade com relevância jurídica. Isto porque, tratando-se de um termo com conotações manifestamente quantitativas, necessariamente convoca coordenadas de graduação, introduzindo uma indesejável incerteza no momento da qualificação jurídico-normativa. Com efeito, em que circunstâncias se poderá afirmar que determinada norma é eficaz e é obedecida? Quando a acolhem e quando lhe são reconhecidas sanções efectivas em 90 % dos casos? E se, por exemplo, a norma for obedecida em 90% das situações, mas em caso de desobediência só 10 % dos casos é que são sancionados, ainda assim será uma norma eficaz e obedecida? E nas situações inversas? Como se vê, um determinado padrão de comportamentos pode ser obedecido ou desobedecido em graus diferentes e com consequências diversas, o que parece convocar a conclusão de que a eficácia social – mesmo quando numa conotação alargada – dificilmente poderá servir de padrão aferidor da validade de uma norma jurídica. Cfr., a respeito do tema, ALEXI, Robert, “*Begriff und Geltung...*”, cit., 139 e ss. e 144 e ss.

533 Cfr. BULYGIN, Eugenio, “*Sobre la estructura logica...*”, cit., 340.

3.2. Posição adoptada: o ordenamento como uma pluralidade normativa ordenada

O que dizer perante esta representação das possíveis formas mediante as quais um ordenamento pode ser perspectivado? Procuremos, em termos de análise crítica, observá-las nos seus traços essenciais:

- (i) a grande vantagem do normativismo será, segundo parece, a segurança jurídica. Vantagem que, contudo, passa a ser meramente aparente se tivermos em consideração que não devem ser negligenciadas as dificuldades que uma concepção gradualística pura, ao conceber as relações normativas como meras relações de delegação, de atribuição de competências e de concatenação produtiva, pode suscitar, parecendo não reconhecer que existem igualmente relações de equiordenação e de circularidade entre normas. Isto não obstante ter tido o mérito de dissipar o erro que já vinha desde Montesquieu de colocar as funções legislativa, executiva e judicial separadas e no mesmo plano uma das outras, assumindo não apenas que as funções criadoras e aplicadoras não estão num plano de coordenação ou de justaposição, antes de subordinação, mas igualmente que deve ser rejeitada a separação absoluta entre criar e aplicar Direito, pois o mesmo acto pode ser simultaneamente criador e aplicador⁵³⁴. Além disso, a ideia de delegação, que constitui a pedra de toque de toda a construção escalonada de um ordenamento jurídico, coloca determinados problemas face à existência de matérias reservadas, uma vez que a própria noção de reserva não consente nem a disciplina normativa por fonte diversa, nem o reenvio ou delegação (princípio *delegatus delegare non potest*). Por fim, e como já deixamos evidenciado, será de afastar um substracto positivista extremo (receio do *positivista incendiário*⁵³⁵), devendo-se acolher um núcleo mínimo de correcção material que tempere o arsenal normativo com alguma pretensão de conformidade substantiva intrínseca.
- (ii) Também o institucionalismo puro não está isento de críticas. A síntese a que o institucionalismo se propõe — recorde-se, entre as doutrinas subjectivistas-contratualistas e objectivistas-estadualistas — não parece ser, na realidade, conseguida. Em primeiro lugar, não

534 Assim, CARRÉ de MALBERG, R., “*Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés...*”, cit., 7 e ss.

535 Cfr. *supra*, p. 60.

- disfarça a inultrapassável propensão subjectivista, pois não se consegue vislumbrar — e as próprias palavras de SANTI-ROMANO podem indiciar alguma hesitação neste domínio pois “organização” não pode deixar de ser entendido como coordenação e subordinação... — como é que uma instituição não deva ser precedida de um complexo de normas jurídicas que constituem o seu revestimento jurídico e que a tornem possível⁵³⁶. Em segundo, lugar, a instituição acaba sempre por ser o desenvolvimento de uma ideia objectiva, pelo que o compromisso se revela aparente e se cai sempre no objectivismo.
- (iii) Contra as concepções realistas há que por o acento nas dificuldades de preenchimento do conceito de norma “efectivamente aplicada”. Serão apenas as normas existentes (isto é, aquelas que KELSEN ou BOBBIO designariam por “válidas”, porque introduzidas no ordenamento de acordo com o procedimento adequado e a forma exigida)? Ou também serão aquelas que, apesar de formalmente não procederem de um órgão autorizado nem se adequarem a um procedimento exigido, são efectivamente obedecidas ou aplicadas pelos juizes? Por outro lado, qual a relevância jurídica, à luz destas teses, das normas axiologicamente desvaliosas (“normas injustas”): continuarão a ser consideradas normas se aplicadas por um juiz? Enfim, como se vê, a incerteza que uma concepção destas suscitaria em termos prático-aplicativos sugere naturais cautelas na sua convocação como *abstracto teórico*.

Ora, tendo presentes estas considerações, e procurando dar seguimento aos pressupostos fixados em momentos anteriores deste trabalho, pendemos, não obstante as críticas apontadas, para a defesa de uma visão tendencialmente normativista do ordenamento. Quer isto dizer, em termos simples, que o ordenamento é um conjunto de normas correctamente criadas.

Contudo, não nos podemos deixar iludir pela aparente simplicidade desta ideia e importa ter em consideração todas as derivações que ela necessariamente convoca. Desde logo, não se deve perder de vista que um ordenamento é um agregado ou um conjunto, uma realidade quantitativa,

536 Cfr. MODUGNO, Franco, “*Istituzione*”, cit., 91.

plural, que só fará sentido enquanto oposta à ideia de unicidade^{537 538}. A este respeito, pode-se evidenciar que o carácter plural de um ordenamento, em rigor, pode resultar da dupla circunstância de ele poder ser perspectivado de um ponto de vista sincrónico ou estático – i.e., o ordenamento jurídico num determinado momento, concebendo-se como um “conjunto sincrónico de normas” – ou de um ponto de vista diacrónico ou dinâmico – que o dimensiona na sua evolução temporal, encarando-o, já não tanto como um conjunto de normas, mas antes como uma sucessão de normas, uma “sequência de conjuntos sincrónicos de normas”.

Por outro lado, esse agregado deve constituir um corpo autónomo, em termos de se poder afirmar que é composto por normação própria e não uma mera derivação ou extensão de outros ordenamentos exteriores e superiores a si⁵³⁹. A ausência de normação própria e originária impede que se identifique um ordenamento: pense-se, por exemplo, numa Autarquia local ou numa Região que têm ou podem ter prerrogativas de normação, mas esta configura-se sempre como uma normação derivada, particularmente do Estado. Já no que concerne ao agregados normativos oriundos de núcleos de produção europeus ou canónicos, por exemplo, a autonomia parece poder ser afirmada como regra.

Ainda convém salientar um dado que, por óbvio e manifesto, é por vezes negligenciado: uma visão normativista do ordenamento não se confunde com uma visão estadualista do mesmo. Na realidade, um conjunto ou agregado de normas não tem de ser um conjunto ou um agregado criado pelo

537 A componente necessariamente plurisubjectiva de um ordenamento não se confunde, todavia, com a sua personificação, podendo até inclusivamente acontecer que um ordenamento não se materialize numa pessoa jurídica. V. GIANNINI, “*Gli elementi degli Ordinamenti Giuridici*”, cit., 228, que realça que até pode acontecer que, sociologicamente, a mesma entidade possa ser sujeito de vários ordenamentos (a pessoa singular que é cidadão, militar, fiel, etc.) e que essa mesma entidade pode ser sujeito pleno num e não no outro, mediante incapacidades várias, por exemplo.

538 O carácter necessariamente plural da noção de ordenamento (jurídico) resulta da circunstância de que, como muito bem assinala GIANNINI, “*Gli elementi degli Ordinamenti Giuridici*”, cit., 225, o seu conceito não pode “*esser penetrato se non ricorrendo al concetto sociologico di gruppo*”. Tal não significará, contudo, como aliás evidencia o próprio doutrinador de Pisa, que qualquer grupo – cuja existência (momentânea ou permanente, difusa ou organizada), em si, constituirá objecto de estudo da sociologia – se possa transmutar, sem mais, num ordenamento jurídico. Além da plurisubjectividade (não necessariamente coincidente com a personificação – v. nota anterior), para que se possa dizer que assumem relevância jurídica, torna-se indispensável a presença da *organização* e da *normação* como seus elementos constitutivos.

539 Assim, GIANNINI, Massimo Severo, “*Gli elementi degli Ordinamenti Giuridici*”, cit., 227, 232; do mesmo autor, “*Le relazioni tra gli elementi degli Ordinamenti Giuridici*”, in RTDP, 1990, 4, 1009 e ss.

Estado – o Direito europeu, o Direito internacional, o Direito emanado pelas organizações confessionais (igrejas) também dão corpo a ordenamentos⁵⁴⁰.

Mas para além dessas pluralidade e autonomia, terá de ser exigida uma dimensão de qualidade, de ordem, de bem ordenado. Por conseguinte, um ordenamento jurídico não pode consistir num mero somatório de normas ou proposições jurídicas, até tendo em vista as dificuldades que os actuais problemas de inflação legislativa suscitam. De facto, para que, verdadeiramente, se possa dizer que um ordenamento *é* jurídico torna-se indispensável a existência de um *substracto* ordenatório ou de um fundamento de unidade, que consistirá, consoante as diversas orientações, num sentimento difuso de pertença a uma colectividade, no *substracto* histórico, na proveniência de uma norma fundamental⁵⁴¹, ou na radicação num conjunto de valores. O ordenamento não pode ser um mero conjunto ou somatório de normas, mas um conjunto ou somatório estruturado. A ausência de tal elemento aglutinador transforma um pretenso ordenamento numa amálgama de normas desconexas – embora aparentemente, possa parecer existir *alguma* conexão entre *algumas* delas – sem outra configuração que não a de um mosaico imperfeito ou inacabado, uma manta de retalhos. Daqui resulta que um ordenamento deve ser um conjunto unitário e sistematizado. Mais uma vez, os ordenamentos estadual, europeu-comunitário ou canónico podem ser chamados a título de exemplo.

Finalmente, relevam as exigências de que um tal agregado contenha em si todos os elementos (ou, pelo menos, os elementos essenciais) necessários à resolução dos problemas que no seu interior se levantam, não se apresentando lacunoso ou incompleto.

Dimensionar um ordenamento de acordo com este modo de ver as coisas pode deixar transparecer, em jeito de antecipação, uma importante conclusão: o tão debatido problema da validade jurídica coloca-se, à luz dos postulados do positivismo normativista temperado, em dois enfoques: de um lado, a validade reportada ao agregado (ordenamento) no seu conjunto e, do outro lado, a validade reportada a cada parte integrante desse ordenamento (as normas). De acordo com o primeiro, suscita-se a problematização da existência de uma norma meta-positiva ou transcendente que sirva de “condição normativa” à Constituição⁵⁴²; de acordo com o segundo, traz-se à

540 Cfr. WEINBERGER, Ota, “Rechtslogik”, cit., 213.

541 Cfr. GUASTINI, Riccardo, “*Lezioni di teoria costituzionale*”, cit., 1 e ss.

542 Cfr. REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 23.

consideração o estudo das cadeias de validade e de obediência às normas superiores, assumindo-se que uma norma apenas será válida se criada de acordo com os procedimentos de produção normativa instaurados no ordenamento de que faz parte⁵⁴³.

Entre outras consequências, como veremos, deriva que da Constituição de um ordenamento depende a validade das normas integradas no sistema por fontes internas, que são aquelas relativamente às quais ela se afirma como Norma fundamental. Quanto às normas integradas por meio de fontes externas, a Constituição assume-se como condição, não de validade, mas de aplicabilidade.

Em termos conclusivos, e tendo em atenção as exigências acima referidas, propomos a seguinte noção de ordenamento jurídico: **conjunto autónomo de normas, agrupadas em relação de unidade e de uma forma sistemática, num corpo tendencialmente completo.**

Desta noção, salienta-se um conjunto de predicados que, indubitavelmente, devem acompanhar qualquer ordenamento que se queira reputar de jurídico: a pluralidade, a autonomia, a unidade, a sistematicidade e a completude. Um complexo normativo ao qual faltem estes atributos poderá ser considerado um “conjunto de normas”, mas dificilmente pode ser qualificado como um verdadeiro “ordenamento”. Tal não significa, realce-se, que estejamos em presença de requisitos absolutamente necessários, no sentido de se afirmarem todos eles como condições de existência; pode acontecer que algum deles não se verifiquem e a realidade ordenamental não se encontre afetada — por exemplo, um ordenamento pode tolerar normas incompatíveis sem deixar de ser ordenamento. Mas não pode deixar de se concordar com a ideia de que a falta maioritária será sinónimo de negação de existência⁵⁴⁴.

Também se pode retirar desta noção uma outra ideia importante: um ordenamento não tem necessariamente fronteiras territoriais. Se alguns as possuem — como os ordenamentos estaduais e europeu-comunitário —, outros apenas têm fronteiras materiais — como os ordenamentos confessionais — e outros ainda, como o internacional, nem estas últimas.

543 V. REQUEJO PAGES, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 22 e ss; BULYGIN, Eugenio, “*Sentencia judicial...*”, cit., 363.

544 Cfr. ainda BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 239.

Ora, atento os propósitos analíticos deste trabalho e em face da importância que estes predicados reveste, justifica-se uma decomposição do significado dos mesmos.

A tal tarefa semântica dedicaremos os pontos seguintes⁵⁴⁵.

3.3. Enfoque analítico da noção de ordenamento jurídico

3.3.1. Pluralidade

a) Pluralidade, conjuntos sincrónicos e sequências diacrónicas de normas

Sob o ponto de vista definitório, um ordenamento jurídico há-de começar por ser um conjunto ou um agregado de normas. Contudo, a este propósito, a referência ao carácter plural de um ordenamento não pode ser encarada como sendo uma evidência, não estando isenta do confronto com dificuldades, principalmente se forem introduzidos no discurso tópicos concernentes à natureza das normas jurídicas que o compõem.

Com efeito, se pensarmos em normas de conduta ou de comportamento (regras primárias) — que, como já tivemos oportunidade de assinalar, são as regras que impõem deveres, através das quais se exige que “se façam ou se abstenham de fazer” certas acções⁵⁴⁶ — dificilmente se poderá contornar o carácter plural de um ordenamento, na medida em que não é possível conceber um agregado normativo — até em termos semânticos — composto por uma só norma de conduta, assumida a impossibilidade de uma única norma poder prever e regular todos os factos (humanos e não humanos) juridicamente relevantes. Porém, se a tónica for colocada ao nível das normas secundárias — que são as regras que atribuem poderes (as “normas de estrutura”), e que, além disso, respeitam à criação, aplicação, modificação ou extinção de outras normas (primárias) — já será possível conceber um ordenamento composto por uma só norma. Basta pensar num ordenamento totalitário de poderes concentrados no qual a única espécie possível de criação normativa estava nas mãos de um único titular e sujeita a um único procedimento e a uma única forma (por exemplo: “Todas as normas serão

545 Cfr., numa tentativa de axiomatização do ordenamento jurídico, RÖDIG, Jürgen, “*Axiomatisierbarkeit juristischer System*”, in BUND, SCHMIEDEL e THIELER-MEVISSSEN (org.), *Schriften zur juristischen Logik*, Spunger Vlg., Berlin, 1980, 65 e ss., em especial 79 e ss.

546 Cfr. HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 91.

criadas pelo soberano, sob a forma de decreto real, e exclusivamente mediante proposta sua”).

Todavia, esta não é, convenhamos, uma situação juridicamente plausível, embora seja juridicamente pensável. A impedir um tal ponto de cesarismo está, designadamente, o estado avançado da cultura jurídica actual que não pode deixar de reconhecer a existência de limites às decisões constituintes, seja sob a forma de valores pré- e supra-positivos, seja sob a forma de dados trans-positivos limitadores das vontades normativas. Em particular a *ideia de democracia*, ou se preferirmos, numa visão mais normativa, o *princípio democrático*, forneceria o substracto densificador adequado para impedir as desproporções referidas.

Assumindo-se, por isso, que um ordenamento é uma realidade plural⁵⁴⁷, deve-se procurar indagar em que medida é que tal inferência ganha relevo, devendo-se a este propósito distinguir dois enfoques que, embora substancialmente distintos, são complementares⁵⁴⁸:

- (i) em primeiro lugar, é possível perspectivar um ordenamento sob um ponto de vista sincrónico ou estático, que o aprecia num determinado momento, historicamente localizado. Pode-se aqui falar num “conjunto sincrónico de normas”, e é neste sentido que alguns autores e sectores (como por exemplo BULYGIN e ALCHOURRÓN⁵⁴⁹) empregam a expressão “sistema jurídico”. Ora, perspectivando o ordenamento jurídico como um agregado momentâneo e localizado levanta-se a questão de saber se as mudanças pelas quais esse ordenamento passa afectam ou não a sua identidade. Este problema é tanto mais relevante quanto for salientada a natureza técnica e “explosiva” do Direito actual, onde todos os dias se assiste ao nascimento, à modificação e à extinção de numerosíssimas normas jurídicas. Bem vistas as coisas, sempre que uma norma diferente ou única (isto é, não repetida) entra num agregado ou sai do agregado do qual faz parte, o ordenamento perde a sua identidade e obtém-se um novo conjunto, diferente do originário, pelo que quase

547 Para um sentido diferente de pluralismo (= disseminação de centros de poder), v., a partir das teses de McCormick, LINDAHL, Hans, “*Sovereignty and the institutionalization of Normative order*”, in *OxfJLS*, 21, 1, 2001, 168.

548 Assim, GUASTINI, Ricardo, “*Ordenamento Giuridico*”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, 419 e ss.

549 Neste sentido, BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “*Sobre el concepto de Orden Jurídico*”, cit., 397.

inevitavelmente se deve concluir pela existência de um fenómeno de perda contínua de identidade que caracteriza os ordenamentos actuais⁵⁵⁰.

- (ii) em segundo lugar – e de acordo com um modo de ver que, até certo ponto, procura evitar os inconvenientes apontados ao *sincronismo* –, é possível encarar um ordenamento sob um ponto de vista diacrónico ou dinâmico, que o encara na perspectiva da sua evolução temporal. Aqui, já não será tanto um *conjunto* de normas que constituirá o objecto da análise, mas antes uma *sucessão* de normas, ou, se preferirmos, um sequência de conjuntos sincrónicos de normas. Tal sequência diacrónica de conjuntos normativos sincrónicos é por vezes reduzida à expressão (mais uma vez citando BULYGIN e ALCHOURRÓN) “ordem jurídica”.

A compreensão da característica da pluralidade apela ainda a uma outra tematização, que se prende com a diversidade de núcleos produtores ou fontes. Na verdade, num mesmo ordenamento convivem normas oriundas de fontes diversas e até de ordenamentos diversos, o que leva a concluir que a pluralidade não é apenas provocada intra-sistematicamente, mas também extra-sistematicamente. Pense-se, por exemplo, no que ao ordenamento português diz respeito, nas normas oriundas do ordenamento europeu-comunitário, confessional-católico, ou até de ordenamentos de outros Estados. Nas situações em que estas normas são convocadas em termos de aplicação normativa suscitam-se necessariamente problemas de articulação, incorporação, reconhecimento, etc. de uma extrema importância e aos quais uma análise conveniente não consegue escapar. Sem pretender adiantar em demasia tópicos que se relacionam com o dimensionamento dos conflitos normativos (nomeadamente extra-sistemáticos), sempre podemos avançar a ideia – de resto, já referida – de que será a Constituição quem desempenhará um importante papel de aglutinação de normas plurais e “dispersas”, na medida em que se afirmará como uma norma sobre a aplicação de normas⁵⁵¹. Materialmente, a diversidade referida também é patente, pois ao lado de normas sobre a produção de normas – que, independentemente da sua colocação em termos de escalonamento, estão sempre sobre-ordenadas em relação às demais –, constata-se a existência de normas de organização, normas processuais (adjectivas) e normas substanciais (que estabelecem direitos, deveres e outras situações jurídicas subjectivas).

550 Neste sentido, BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “*Sobre el concepto de Orden Jurídico*”, cit., 396.

551 Cfr., a respeito, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 26.

b) Pluralidade, inflação legislativa e Direito regulatório

O predicado da pluralidade que é comum atribuir-se a um ordenamento jurídico assume uma compreensão quase intuitiva se a tónica da análise for colocada ao nível dos desafios que a existência de um *Direito regulatório*, despolitizado e socializado, pode colocar⁵⁵².

Precisemos os contornos desta afirmação.

α) as vagas da regulática

Como é sabido, pode-se afirmar a existência de duas distintas vagas de regulação, corporizadas em outros tantos momentos históricos reclamantes de intervenções normativas públicas⁵⁵³. Em primeiro lugar, assistiu-se a uma forte intervenção normativa Estadual aquando da constatação do colapso do modelo liberal de estrutura social. Neste momento, sob o pretexto de se “corrigir as imperfeições do mercado” — do mercado de concorrência perfeita, assente num modelo de estruturas económicas fortemente privatizado —, e num ambiente ideológico claramente favorecedor das doutrinas de feição intervencionista e socializante, foram dados os primeiros passos no sentido da construção de um verdadeiro *Estado social* e participativo. As implicações jurídico- normativas desta quebra ou ruptura com o modelo anterior foram inúmeras, sendo de destacar:

- (i) a des-absolutização do parlamento, e a consequente subordinação da “fonte das fontes” (a Lei) à Constituição;
- (ii) a tecnicização e a governamentalização dos instrumentos normativos, assistindo-se, com cada vez maior frequência, à emanação de actos legislativos (ordenanças, decretos-lei, etc.) por órgãos não tradicionalmente legiferantes (v.g., Governo, Gabinete);
- (iii) o alargamento e a socialização do catálogo de Direito fundamentais, cada vez menos reduzidos à trilogia clássica (liberdade, segurança, propriedade), e mais englobadores de Direitos de natureza prestacional;

⁵⁵² Cfr. BLACK, Julia, “Critical reflexions on Regulation”, in AustrJLF, 27, 2002, 1 e ss.; TEUNBER, Günther, “Juridificação...”, cit., 21.

⁵⁵³ Cfr., embora identificando três etapas regulativas, CALVO GARCÍA, Manuel, “Teoría del Derecho”, cit., 63 e ss. V. ainda BELL, Daniel, “Die nachindustrielle Gesellschaft” in “Wege aus der Moderne (Schlüsseltexte der Postmoderne- Diskussion)” (org. de WELSCH, Wolfgang), Akademie Vlg., Berlin, 1994, 144 e ss.

- (iv) a assunção do princípio da vinculação das entidades privadas aos Direitos fundamentais (em particular, aos direitos, liberdades e garantias), que, deste modo, deixam de ser dotados apenas de eficácia vertical e passam a ser horizontalmente invocados.

Mas o impulso regulatório não se quedou por aí. Num momento mais avançado de implementação do Estado social, assume-se como tarefa fundamental dos entes regulatórios públicos a antecipação dos riscos que a simples convivência comunitária acarreta. Um Estado de bem-estar — que não se reduz ao Estado social típico, antes o superando, pois considera como critério preponderante das suas decisões a descoberta de soluções óptimas (e não meramente satisfatórias) em termos de provisão pública de bens — mais do que intervir no domínio da protecção do emprego e das correcções do mercado, alarga a sua esfera de actuação, por exemplo, à protecção do ambiente, ao “mundo da indústria, da empresa e do trabalho” (expressão de TEUBNER⁵⁵⁴), e ao resguardo em face de inúmeros riscos, procurando-se antecipar ao dano social⁵⁵⁵. Neste quadro, a intervenção normativa crescente, apela, no que diz respeito à tutela das posições jurídicas individuais, para uma “utilização exaustiva das possibilidades do direito” (ALEXY)⁵⁵⁶ e, ao mesmo tempo, procura estabelecer uma “lógica de compensações”, uma vez que se entende que devem os entes regulatórios públicos procurar compensar os cidadãos pelas desvantagens inerentes à sua integração num modelo social e organizacional pré- estabelecido⁵⁵⁷.

Estas vagas regulatórias dão corpo a duas dimensões do Direito interventivo: a uma dimensão teleológica sucede uma dimensão instrumental ou, por outras palavras, ao Direito enquanto fim em si mesmo (os tradicionais “valores” da justiça ou da segurança) sucede o Direito enquanto meio ao serviço de um programa alargado de acção. Não será de estranhar, por isso, que irrompa um novo paradigma da evolução normativa⁵⁵⁸, que revê o fenómeno jurídico como um meio de orientação em função de fins regulativos e resultados práticos (*responsive law*). Aparece o Direito útil e ao serviço de programas sócio-normativos.

554 Cfr. “Juridificação...” cit., 24.

555 Cfr., a propósito, LUHMANN, Niklas. “*Politische Theorie in Wohlfahrtsstaat*” (trad. espanhola Alianza Universidad: “*Teoría política en el Estado de bienestar*”, reimp., Madrid, 1994), 31.

556 Cfr. ALEXY, Robert, “*Teoria...*”, cit., 424.

557 V. LUHMANN, Niklas, “*Teoría política...*”, cit., 32 e 148.

558 Assim, CALVO GARCÍA, Manuel, “*Teoría del Derecho*”, cit., 64.

β) Regulática e explosão normativa

A evolução referida, que encontra bastante da sua razão de ser num impulso auto-defensivo e auto-responsabilizador — o receio do legislador de ser chamado a prestar contas e a consequente necessidade de autodefesa e precisão de um respaldo de regras que cubra todas as suas decisões — faz emergir uma nova variedade de normas e compele os ordenamentos jurídicos a alterarem as suas composições estruturais, quer sob o ponto de vista qualitativo (i), quer sob o ponto de vista quantitativo (ii).

- (i) Sob o ponto de vista qualitativo, e aproveitando o enfoque de GOMES CANOTILHO⁵⁵⁹, pode-se afirmar que a pós-modernidade jurídica e os novos desafios da regulática impõem a superação das tradicionais visões da teoria dos núcleos de produção normativa. Neste particular campo de análise — refere CANOTILHO —, dever-se-á levar em consideração não apenas as “regulações legais”, mas igualmente regulações de diferente natureza, nomeadamente contratual (valor dos contratos privados enquanto factos criadores), jurisdicional (acórdãos revestidos de força obrigatória geral), convencional (convenções colectivas), etc.⁵⁶⁰ Tal tomada em consideração, contudo, deverá remeter para uma apreciação crítica de cada uma destas formas regulatórias, e não para a sua aceitação inquestionável e em bloco. Com efeito, e como já tivemos oportunidade de assinalar⁵⁶¹, se quanto às decisões jurisdicionais emanadas ao abrigo de uma fórmula de “legislador negativo” (cfr. art.º 282.º da CRP) o estatuto constitucional dos Tribunais deixa uma margem restrita para que se possa defender a sua eventual competência legiferante, e se quanto ao Direito colectivo se revela incontornável o facto de que ele necessita de *reconhecimento* estadual, já quanto à autonomia contratual privada, o simples facto de ele não se materializar na constituição de Direito objectivo (mas *direitos subjectivos*) parece afastar a sua consideração como *órgão regulatório-normador*. Ainda assim, a diversidade qualitativa dos núcleos de produção é inquestionável. Para tal diversidade contribuem, em larga medida, as regulações públicas extra-legais e as tendências de supra e infra-estadualização das normas, materializadas na existência de um Direito Europeu Comunitário (muitas vezes directamente aplicável

559 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 702 e ss.

560 V. BLACK, Julia, “*Critical reflexions on Regulation*”, cit., 2.

561 Cfr. supra, pp. 124 e ss.

e preferente), de um Direito Internacional vinculativo, e de um corpo vastíssimo de normas administrativas, quer de âmbito territorial amplo, quer de âmbito territorial restrito (pode-se a este respeito, referir, inclusivamente, uma forte tendência para a “administrativização do Direito”⁵⁶²).

- (ii) Sob o ponto de vista quantitativo, os avanços da regulática empurram o Direito no sentido da existência de um verdadeira *inflação legislativa*, uma *avalancha de normas*, ou *explosão legal*⁵⁶³. Tal fenómeno, que muito fica a dever à referida tendência de administrativização do Direito e aos impulsos de tecnicização (governamentalização) da lei, ocasiona custos elevados a ser suportados pelos diversos actores jurídicos (principalmente aplicadores: administração e tribunais): por um lado, a existência de muitas normas traz consigo uma debilidade material dos instrumentos usados – surgindo “pseudo-leis” ou leis meramente formais em que, muitas vezes, os actos legislativos são transformados em regulamentos técnicos, onde são incorporadas coordenadas não jurídicas de natureza científico-técnica – e provoca, a prazo, uma fragilidade normativa, sinónimo, neste contexto, de falta de autoridade. Por outro lado, as próprias certeza e segurança aplicativas ficam postas em causa, na medida em que se corre o risco de violar o *princípio da clareza e determinabilidade das normas* (corolário, por sua vez, do *princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança*).

3.3.2. Autonomia

Em segundo lugar, um ordenamento normativo deve ser autónomo ou, pelo menos, tendencialmente autónomo. Significa isto que deve formar um agregado que seja titular de duas importantes prerrogativas: por um lado, deve ter competência para criar normas próprias – o que significa que as suas normas não são derivadas de outro ordenamento –, e, por outro lado, deve ter competência para determinar a aplicabilidade de normas externas, afirmando-se impenetrável em relação às normas externas que não queira receber⁵⁶⁴.

Analisemos separadamente cada um destes privilégios.

562 Assim, CALVO GARCÍA, Manuel, “*Teoría del Derecho*”, cit., 67.

563 A propósito, v. JhbRsRt, 9 (“*Gegentendenzen zur Verrechtlichung*”), TEUBNER, Gunther, “Juridificação...”, cit., 17 e ss.

564 Assim, GORLERO, Maurizio P., “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 21.

a) Auto-normação (titularidade da competência das competências)

Em primeiro lugar, um ordenamento normativo será autónomo se possuir a capacidade de se dotar de normas suas⁵⁶⁵, isto é, normas que sejam imputadas a núcleos de produção normativa independentes e não absorvidos por outro ordenamento. Em termos de facto, “normação própria”, neste sentido, significa que as normas de um grupo se originam geneticamente dentro desse mesmo grupo, e que efectivamente nele se impõem. Mas não apenas isso: significa igualmente que a posição das respectivas fontes não é explicável a partir da integração hierárquica em outro ordenamento⁵⁶⁶. Assim sendo, o conjunto de normas emanadas, por exemplo, pelos órgãos de um Estado federado, de uma Região autónoma ou de uma Autarquia local não constituem, por si só, um ordenamento normativo ou, se preferirmos, serão apenas ordenamentos relativamente autónomos, pois encontram-se em relação de articulação com os restantes em igualdade de circunstâncias por via da Constituição enquanto *norma normarum*⁵⁶⁷. Na verdade, apenas haverá verdadeira autonomia se o agregado normativo em causa for titular da competência das competências e puder dispor, em absoluto, dos seus poderes.

b) Competência para determinar a aplicabilidade de normas externas

A autonomia de um ordenamento normativo mede-se igualmente pela aptidão que este tem para escolher as normas que no âmbito das suas balizas se podem aplicar. Quer isto dizer que não estaremos perante um ordenamento autónomo naquelas situações em que um determinado agregado recebe no seu interior normas de proveniência externa, mediante determinação de um poder que lhe é heterónimo. Neste sentido, pode-se dizer que o ordenamento estadual é absolutamente autónomo, na medida em que nenhum poder exterior, estadual ou não, o pode limitar juridicamente sem seu consentimento e impor-lhe normas que o superem.

A Constituição desempenha neste particular campo um papel basilar e indispensável⁵⁶⁸. Afirmando-se como Norma Fundamental e regra de

565 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, 3.ª ed., Coimbra editora, Coimbra, 1993, anotação ao art.º 1.º, 58; GIANNINI, “*Gli elementi degli Ordinamenti Giuridici*”, cit., 232.

566 Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, I, 10.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, 282.

567 V. GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, cit., 284 e ss.

568 Assim, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 23.

reconhecimento⁵⁶⁹, ela vai permitir não apenas reduzir à unidade todo o material jurídico disperso (leis, tratados, decretos, regulamentos, etc.), possibilitando que se forme um todo, mas igualmente está-lhe reservado um acrescido duplo papel: condição de validade das normas internas e condição de aplicabilidade das normas externas⁵⁷⁰. A autonomia, nesta perspectiva, reside precisamente nisto: em poder dizer, de uma forma “autoritária”, *que* normas – internacionais, comunitárias, estrangeiras, etc. – está disposta a receber e a reconhecer como aplicáveis pela administração e pelos juizes no interior do ordenamento a que preside.

Por conseguinte, um ordenamento normativo é, na prática, um conjunto de normas, oriundas de uma pluralidade de fontes, reduzidas à unidade pela Constituição como norma sobre a aplicação de normas⁵⁷¹. Se as coisas assim são, podemos também dizer que os agregados de normas que não dispõem de força própria para serem aplicados, mas necessitam de condições de aplicabilidade ditadas por outros ordenamentos – que é o que se passa, por exemplo, numa certa perspectiva, com os ordenamentos internacional e europeu comunitário – não são ordenamentos jurídicos verdadeiramente autónomos (em sentido normativo)⁵⁷².

3.3.3. Unidade

Passemos à terceira característica ordenamental típica e, uma vez mais, façamos uma breve incursão pelas tentativas de superação das dificuldades linguísticas que a incerteza conceptual pode acarretar, na medida em que tal incerteza perpassa também a ideia de unidade do ordenamento jurídico. Aqui, a propósito de tal predicado⁵⁷³ – que já foi encarado como um “problema”, “ideal” (*Ideal*), “ideia” (*Gedanken*), “ideia condutora” (*Leitgedanken*), “objectivo” (*Ziel*), “objectivo fundamental” (*großen Ziel*), “princípio”, “postulado lógico-jurídico” (*rechtslogischen Postulat*), “exigência” (*Forderung*), etc.⁵⁷⁴ –, os

569 V. MACHADO, Jónatas, “Direito internacional. Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro”, Coimbra editora, Coimbra, 2003, 113.

570 Cfr. REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 25 e ss.; BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual de Direito Internacional”, Almedina, Coimbra, 2003, 321.

571 Assim, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 26.

572 V. MACHADO, Jónatas, “Direito internacional...”, cit., 111.

573 Cfr., para uma aproximação, FROSINI, Vittorio, “*Ordinamento giuridico (dottrine)*”, in EDD, XXX, Giuffrè, Milano, 703 e ss; BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 205 e ss..

574 V., a propósito destas dificuldades de conceitualização, FELIX, Dagmar, “*Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur*”, Mohr Siebeck (*Jus Publicum* 34), Tübingen, 1998, 5 e ss.

primeiros contratempos aparecem quando se procura circunscrever o seu âmbito terminológico de abrangência e delimitá-lo em face de realidades com ele confinantes. Assim sendo, na nossa perspectiva, será conveniente, no trabalho de depuração que devemos empreender, apontar um caminho que passe pela seguinte bifurcação analítica:

- em primeiro lugar, apartar as ideias e os conceitos de unidade e sistematicidade;
- em segundo lugar, separar os principais sentidos sob a alçada dos quais o termo em questão tem sido focado, nomeadamente a unidade da ciência jurídica e a unidade do ordenamento jurídico.

Debrucemo-nos sobre a primeira das bifurcações referidas.

3.3.3.1. Pressupostos linguísticos

a) unidade e sistematicidade

Materializando-se um ordenamento jurídico num agregado de normas (que, por seu lado, são o resultado de uma pluralidade de relações de criação normativa⁵⁷⁵), compreende-se, sob pena de se estar perante uma amálgama desconexa de elementos dispersos, que lhe seja exigida uma dimensão de unidade de sentido. Esta unidade, numa aproximação intuitiva e num sentido amplo e genérico, quererá significar, a um tempo, o seguinte⁵⁷⁶:

- (i) que os componentes do agregado devem formar uma unidade lógica, na medida em que não devem existir antinomias entre eles; e
- (ii) esses mesmos componentes devem formar uma unidade teleológica, devendo todos eles prosseguir uma finalidade análoga.

Quanto à primeira exigência, apela-se para a identificação entre as ideias de unidade e de totalidade ordenada, assumindo-se que as partes integrantes de um corpo maior – reconhecendo-se, certamente, que este não é um bloco indivisível (SCHMIDT: *ungeteilter Block*⁵⁷⁷) mas pode ser “compartimentado” em categorias jurídicas abstractas – devem encontrar-se dispostas

575 Assim, KELSEN, Hans, “*Der Begriff der Rechtsordnung*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1401.

576 Cfr. WEINBERGER, Ota, “*Rechtslogik...*”, cit., 213 e ss, e LEBEN, Charles, “*De quelques doctrines...*”, cit., 30 e ss.

577 In “*Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?*” apud FELIX, Dagmar : “*Einheit...*”, cit., 162, (nota 130).

entre si numa relação ordenada, coerente e não disjuntiva⁵⁷⁸ e, para que tal aconteça, torna-se indispensável que sejam estabelecidas em bases claras as relações de concorrência, dependência, hierarquia e exclusão entre eles.

No que diz respeito à segunda exigência, coloca-se em evidência, já não a relação que as partes integrantes (as normas) estabelecem ou podem estabelecer entre si, mas a relação que estabelecem *com o todo*. Aqui, procura-se indagar se todas elas têm o mesmo fundamento comum de validade⁵⁷⁹, em termos de se poder afirmar que todas elas procedem do mesmo *germe normativo*.

Ora, em rigor, quando é feita referência à *unidade* de um ordenamento jurídico, a unidade em sentido próprio, tem-se em vista a segunda das dimensões apontadas — isto é, a unidade enquanto relação dos elementos do agregado com este —, reservando-se para a primeira — relações dos elementos do agregado entre si — a expressão *sistematicidade*⁵⁸⁰. Por outras palavras, a sistematicidade, ou o carácter sistémico, é um problema que irrompe da questão de saber se uma norma jurídica se encontra numa relação de congruência com as outras normas jurídicas, também elas parte do mesmo todo, enquanto a unidade é um problema que está directamente relacionado com a questão do preenchimento ou não dos requisitos de *validade* de que um ordenamento (o *tudo*) faz depender a integração de uma determinada norma ou de um determinado conjunto de normas (a *parte*). Deste modo, núcleos problemáticos como os atinentes a “conflitos de normas”⁵⁸¹ (incluindo a sua revogação, declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, o seu desbancamento ou a sua preferência aplicativa, etc.),

578 Cfr., por exemplo, SORRENTINO, Federico, “*L’abrogazione nel quadro dell’unità dell’ordinamento giuridico*”, in RTDP, 1972, 1, 3.

579 V. KELSEN, Hans, “*Der Begriff der Rechtsordnung*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1395.

580 Vejam-se, por exemplo, as palavras de LARENZ (“Metodologia da ciência do Direito”, cit., 531), que, com base na distinção entre “sistema externo” e “sistema interno” se refere quer à “conexão multimoda” das normas umas com as outras, quer às “ideias jurídicas directivas, princípios ou pautas gerais de valoração (...)”. V., ainda, SCHILLING, Theodor, “*Artikel 24, absatz 1 des Grundgesetzes, Artikel 177 des EWG-Vertrags und die Einheit der Rechtsordnung*”, in *Der Staat*, 29, 2, 1990, 171; LEBEN, Charles, “*De quelques doctrines...*”, cit., 33; SERRANO, José Luis, “*De las fuentes del sistema al sistema de fuentes*”, cit., 190.

581 Cfr. SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung...*”, cit., 371 e ss.

“interpretação sistemática”⁵⁸² ou “concordância prática”⁵⁸³ (e até “unidade da Constituição”⁵⁸⁴) serão resolvidos em sede de *teoria da sistematicidade* e não *teoria da unidade*⁵⁸⁵.

Por outro lado, cumpre igualmente salientar que a unidade de um ordenamento jurídico — e está aqui a ser feita referência à unidade em sentido próprio, como de resto sempre acontecerá de ora em diante — deve ser realizada *a priori*, ou seja, pressupondo o ordenamento como um dado e procurando estabelecer o nexo de pertença ou a derivação de uma norma a partir de uma fonte primeira que permita a *reductio ad unum* de uma diversidade, o que significa que é refutada a tese da unidade *a posteriori*, que concebe o ordenamento como um processo ou um devir, uma espécie de complexo aberto de normas que — conformes ou não a uma norma fundante sobre a produção — tendem a impor-se num contexto histórico-social⁵⁸⁶.

Tal unidade, ao menos teoricamente, pode ser construída independentemente da consideração de elementos de correcção material e de um substracto ideológico determinado (unidade formal) ou, pelo contrário, a partir de determinadas opções valorativas e propostas de correcção e justiça das escolhas (unidade material)⁵⁸⁷. Paradigmas da primeira abordagem será a construção Kelseniana que fundamenta a unidade numa suposta Norma fundamental⁵⁸⁸, bem assim como a tese Luhmanniana que defende a

582 V. BLECKMANN, Albert, “Zu Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG”, JuS, 2002, 10, 944; SODAN, Helge, “Das prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung”, in JZ, 1999, 18, 871.

583 V., a propósito, HESSE, Konrad, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, 20.^a edição, C. F. Müller, Heidelberg, 1999, 28; HERDEGEN, Matthias, “Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin”, in JZ, 2004, 18, 876; SODAN, Helge, “Das prinzip der Widerspruchsfreiheit...”, cit., 871.

584 Cfr. SODAN, Helge, “Das prinzip der Widerspruchsfreiheit...”, cit., 871; HESSE, Konrad, “Grundzüge...”, cit., 27; INSENSEE, “Verfassungsrecht als politisches Recht”, in INSENSEE e KIRCHHOF (org.), “Handbuch des Staatsrechts der BRD”, VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, 127.

585 Cfr., todavia, KISCHEL, Uwe, “Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz”, in AöR, 1999, 124, 2, 175; ZULEEG, Manfred, “Die Vorzüge der Europäischen Verfassung”, cit., 947.V., por último, BENTIVOGLIO, Ludovico, “Ordinamento giuridico o sistema di Diritto?”, in RTDP, 1976, 3, 873 e ss; CUOCOLO, Fausto, “Rapporti fra leggi statali e leggi regionali nelle materie di competenza ripartita”, in RTDP, 1970, 1, 59; CRISAFULLI, Vezio, “La legge regionale...”, cit., 268 e ss.

586 Cfr. SORRENTINO, Federico, “L’abrogazione...”, cit., 4.

587 V., a respeito, FELIX, Dagmar : “Einheit ...”, cit., 162, 163.

588 Um ordenamento será assim um conjunto de normas jurídicas unificadas por uma norma fundamental (*Grundnorm*), que, lhe atribui um sentido apreensível e cognoscível. (KELSEN, “Teoria pura do Direito”, cit., 37; e BOBBIO, Norberto, “Teoria dell’ordinamento giuridico”, cit., 176 e 182 e ss.). Tal norma é uma “pressuposição lógico-transcendental” (ob. Cit., 277), uma norma apenas concebível, não real e pré-suposta (ob. Cit., 275), à qual se aplica o princípio da efectividade (assim, KELSEN, “Was ist ein Rechtsakt?”, cit., 1382, 1393) e que confere ao poder constituinte (a fonte das fontes), a

normatividade circular e recursiva⁵⁸⁹; e como paradigma da segunda pode ser apontada a visão tridimensional de CASTANHEIRA NEVES e MIGUEL REALE⁵⁹⁰.

b) Unidade do sistema científico e unidade do ordenamento jurídico

Uma outra distinção que cumpre trazer à consideração é a que conduz à necessidade de diferenciar entre unidade em sentido epistemológico e unidade em sentido ontológico, ou o mesmo é dizer: unidade do sistema científico de conhecimento do Direito, por um lado, e unidade do próprio Direito (ou melhor, do ordenamento), por outro.

No primeiro caso, o predicado da unidade serve de qualificativo ao sector do conhecimento que se debruça sobre os fenómenos jurídicos e os tem por objecto e referência. Trata-se de conferir unidade a um sistema do saber (a Ciência jurídica) constituído por um arsenal de vários instrumentos (interpretativos, integrativos), e que tem por finalidade, quer o estudo em bases cientificamente aceitáveis da juridicidade, quer a formulação, a partir das conclusões de tal estudo, de princípios orientadores e fórmulas de resolução. Terá sido neste sentido que vários autores se referem ao Direito em

faculdade de produzir normas jurídicas. Todas as normas de que o ordenamento é composto deverão reconduzir-se à *Grundnorm* e à *ideia de Direito* por esta defendida.

589 De acordo com este modo de ver, é a reprodução auto-criadora dos elementos por outros elementos, com base num esquema circular, que empresta unidade a um agregado normativo. Neste contexto, a unidade de um sistema autoreferencial só se pode realizar de si para si. V. LUHMANN, Niklas, “*Die Einheit des Rechtssystems*”, in *Rechtstheorie*, 14, 2, 1983, 143 e ss.

590 CASTANHEIRA NEVES sustenta uma construção do tipo dialético [cfr. “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido” (diálogo com Kelsen, in *Digesta – Escritos acerca do Direito*, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. 2.º, Coimbra editora, Coimbra, 1995, 171], na qual o ordenamento jurídico se realiza em círculo – onde os princípios se direccionam à realidade (intenção de realização) e a realidade procura rever-se nos princípios (intenção de constituição) (*idem*, 173) – e cuja intenção de fundamentação de validade subjacente passa por um processo de contínua reconversão (“reconversão de intencionalidade”). Tal construção tem como referente uma *consciência jurídica geral* (isto é, o conjunto de princípios que traduzam o sentido e a validade fundamentais do direito, num determinado momento histórico), densificada em três distintos níveis de intencionalidade normativa: princípios normativos e critérios jurídicos positivados no direito vigente (nível de mutabilidade); “princípios normativo-jurídicos fundamentais”, subtraídos à contingência da mutabilidade histórico-intencional (v. “A unidade...”, cit., 176 - nível dos elementos irrenunciáveis da juridicidade); e a ideia de dignidade da pessoa humana (o mais indisponível núcleo de material jurídico). Neste contexto, a unidade do ordenamento jurídico encontraria o seu fundamento na totalização destes três elementos estruturais e na solidariedade normativo-dialéctica entre eles, constituindo um esforço de realização histórica de uma *consciência jurídica* (*idem*, 180). Analogamente, MIGUEL REALE (“Lições preliminares de Direito”, Almedina, Coimbra, 10.ª edição, 1982, 64) faz apelo à tridimensionalidade do Direito – *facto*, *valor* e *norma* – consubstanciada também em três diferentes escalões de normatividade: escalão das opções valorativas (momento de subjectividade); escalão das normas positivadas (momento de objectivação); e escalão de realização, onde a normatividade se cumpre (momento de efectivação).

termos de elaboração de uma *teoria* – constituindo o exemplo Kelseniano um paradigma da construção de um verdadeiro paradigma jurídico-científico⁵⁹¹ – ou em termos de elaboração de um *sistema*⁵⁹².

No segundo caso, tem-se por referência os próprios fenómenos jurídicos, e o material normativo em que eles se corporizam, procurando-se, não apenas que se encontrem numa relação de congruência, mas igualmente que se mostrem integrados de forma plena numa totalidade ordenada.

Esta distinção, que não raras vezes é ignorada, apenas aparentemente se pode revelar secundarizada, sendo crucial, no mínimo, a dois níveis:

- em primeiro lugar, ao nível da consideração do objecto da análise, onde se mostra evidente que enquanto a ciência jurídica tem por objecto as regras de Direito, as normas jurídicas em que determinados padrões linguístico-comportamentais se traduzem, já o próprio Direito tem por objecto esses padrões comportamentais;
- em segundo lugar, ao nível da própria metodologia de abordagem, onde é salientada a impossibilidade (ou improbabilidade) da formulação de juízos valorativos por parte da Ciência do Direito (na medida em que uma norma não pode ser “boa” ou “má”, apenas *existe*, é *válida*), e a necessidade da sua formulação por parte do Direito em si mesmo (uma vez que necessita de pautas de valoração para proibir ou permitir determinado comportamento).

Daqui resulta a importante divergência entre *função descritiva* da Ciência do Direito e *função prescritiva* do Direito e a consequência da admissibilidade de juízos de verdade ou falsidade no primeiro caso e a sua inadmissibilidade no segundo (uma norma não é, nem pode ser, verdadeira ou falsa⁵⁹³).

Naturalmente que no âmbito da presente investigação, a referência à *unidade* do ordenamento jurídico tem em vista a unidade no segundo dos sentidos apontados.

591 V., a propósito, SODAN, Helge, “Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit...”, cit., 866 e ss.

592 Cfr., por exemplo, SAMPER, Christophe, “Argumentaire pour l’application de la systématique au droit”, ArchPhD, 43, 327 e ss.

593 V., a propósito, REQUEJO PAGÉS, J. L., “Las normas preconstitucionales...”, cit., 22.

3.3.3.2. Fundamentação da exigência de unidade do ordenamento jurídico

O discurso que temos vindo a adoptar pressupõe que um ordenamento jurídico, para o ser, necessita de ser unitário. Caso contrário, pode estar-se em presença de um conjunto fragmentário de normas, de proveniências diversas, e que se agrupam numa manta de retalhos jurídica, com os consequentes custos (elevadíssimos) no domínio da certeza na aplicação normativa. Contudo, teoricamente, pode-se questionar se a unidade de um ordenamento não será uma pura ficção e se, sendo-o, não terá já ela acabado, principalmente se forem considerados os inegáveis indícios de desarticulação, desarranjo e incoerência que perpassam os ordenamentos actuais.

Parece-nos que não. As retóricas pós-modernas de complexidade ordenamental, explosão legal desordenada e a-sistematicidade não são suficientes para abalar as crenças na razão e na estadualidade enquanto pilares essenciais da construção do modelo societário, pelo que ainda entendemos que o Direito é essencialmente (embora não exclusivamente) Direito estadual e Direito racional, isto é, unitário e sistematizado.

Problema diverso é o de saber como deve tal unidade ser fundamentada. Fundamentar-se-á na exigência de segurança? Na exigência de unidade do Estado? Na existência de um povo único?

Sobre este problema debruçar-nos-emos no ponto presente.

a) A unidade do ordenamento enquanto exigência do princípio do Estado de Direito

Em primeiro lugar, a unidade de um ordenamento jurídico pode ser dimensionada como uma sub-densificação do Princípio do Estado de Direito. Tal modo de perspectivar será melhor compreendido se for colocada em relevo uma das dimensões essenciais deste: a segurança jurídica e a protecção da confiança⁵⁹⁴.

É um dado adquirido e uma conquista irreversível da cultura jurídica actual a ideia de que os destinatários das normas jurídicas devem, com plausibilidade, poder contar com os seus efeitos, em termos de poderem programar as suas actuações tendo em consideração as consequências que estas e aquelas podem acarretar. Ora, tal apenas é conseguido se houver transparência,

594 A respeito, v. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional...", cit., 257 e ss.

clareza e determinabilidade na aplicação normativa⁵⁹⁵, o que vale por dizer que se torna indispensável encontrar um fundamento comum para todas as regras de Direito. A situação contrária — isto é, a proveniência fundacional diversa das diferentes normas — conduziria certamente ao arbítrio e a inúmeras dificuldades de interpretação e integração de lacunas. Porém, não se pode pensar que o fundamento comum das normas a partir da exigência de segurança jurídica é concebido de uma maneira unívoca. Com efeito, pode-se considerar que tal possa ser feito a partir de duas abordagens distintas: um modelo de coerência conceptual e um modelo de norma fundamental.

α) O modelo de coerência conceptual

Procurar repousar a unidade do ordenamento jurídico num puro modelo de coerência conceptual não pode deixar de ser feito sem realçar o papel nuclear que uma adequada *teoria do conceito* desempenha no âmbito da Teoria do Direito. Neste quadro de raciocínio, o conceito é um elemento fundamental no processo contínuo de subsunção da realidade fenoménica à norma jurídica, pois é através da formulação de conceitos — obtidos através de um processo gradativo de apreensão dos objectos no qual se procuram individualizar determinadas notas distintivas isoladas — com um cada vez mais elevado grau de abstracção que se conseguem atingir conceitos suficientemente genéricos para serem erigidos à categoria de *Instituto jurídico*. Pense-se, por exemplo, nos casos de “direito fundamental”, “obrigação”, “negócio”, “contrato”, “lei”, etc., nos quais, a partir da apreensão inicial de determinadas características típicas, se vão agrupando os objectos em categorias simultaneamente mais abrangentes e abstractas (com menos traços individualizadores) — logo, aumentando as possibilidades de subsunção — até ao ponto de lhes corresponder uma multiplicidade incontável de realidades. Como se sabe, a dogmática jus-privatística levou ao extremo esta metodologia através da criação de “partes gerais” nos diversos códigos e diplomas normativos, com o objectivo de agrupar, num conjunto coerente e unitário, todas as regras aplicáveis a uma multiplicidade fenoménica⁵⁹⁶.

Desta forma, a unidade do ordenamento jurídico — que, nesta perspectiva, deveria antes ser denominada de *sistematização*⁵⁹⁷ — é conseguida mediante

595 Assim, SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung...*”, cit., 377; PAPIER, MÖLLER, “*Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung*” in *AöR*, 122, 2, 1997, 178 e ss.

596 Cfr. SAMPER, Christophe, “*Argumentaire...*”, cit., 337.

597 Sistematização essa, adiante-se, que é substancialmente diferente do carácter sistémico (sistematicidade) do ordenamento. Cfr. infra, pp. 234 e ss.

a eliminação das contradições e dos espaços interpretativos de tensão, quer adoptando-se um princípio de unidade terminológica, oposto ao princípio da relatividade dos conceitos jurídicos (“*Prinzip der “Relativität der Rechtsbegriffe”*”)⁵⁹⁸, quer exigindo-se às normas as características da clareza – através da não utilização de conceitos obscuros ou polissémicos –, densidade – evitando-se o recurso nos enunciados linguísticos de cláusulas abertas ou discricionárias –, e determinabilidade – o que será conseguido se forem concretas, num duplo ponto de vista subjectivo (individualização dos seus destinatários) e objectivo (individualização das realidades fenoménicas sobre as quais incidem)⁵⁹⁹.

Finalmente, em termos interpretativos, exige-se a adopção de um arsenal principiológico suficientemente esclarecedor que permita que o mesmo conceito não seja interpretado em sentidos diferentes por actores jurídicos distintos.

β) O modelo da norma fundamental

Ainda no âmbito do Princípio do Estado de Direito, é possível alcançar a unidade de um ordenamento jurídico a partir da defesa da segurança jurídica mediante a convocação de uma norma de natureza fundamental que, simultaneamente, institua uma lógica de dominação jurídica e se assuma como a origem última de todas as normas, uma espécie de “fonte das fontes”⁶⁰⁰. Será nessa *Grundnorm* – que tanto pode ter carácter hipotético (KELSEN) como empírico ou recognitivo (HART) – que todas as normas de que um ordenamento é composto encontram, a partir de um conjunto de “transmissões em cascata”⁶⁰¹, o seu fundamento último de validade, o elemento que permite a sua *reductio ad unum*, e possibilita que todas elas sejam perspectivadas como parte integrante de um todo coerente, constituindo um fundamento sub-entendido de unidade. A sua afirmação como uma verdadeira norma jurídica será feita recorrendo à ideia de *postulado*: trata-se de uma proposição primária da qual se deduzem todas as outras

598 Cfr. FELIX, Dagmar, *Einheit...*, cit., 189 e 190; ZIPPELIUS, Reinhold, “*Juristische Methodenlehre*”, C.H. Beck Vlg., München, 2004, 49.

599 Cfr. SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung...*”, cit., 377.

600 V. BOBBIO, Norberto, “*Teoria...*”, cit., 182.

601 V. SAMPER, Christophe, “*Argumentaire...*”, cit., 334.

sem que seja, ela própria, dedutível, impondo-se, ou por convenção, ou por pretensão de evidência⁶⁰².

Por outro lado, e embora possam suscitar-se dificuldades ao tentar-se individualizar um conteúdo típico para uma norma desta natureza, pode-se afirmar que a sua *ratio* orienta no sentido de conferir legitimidade jurídica ao poder normativo inicial de qualquer ordenamento: o poder constituinte originário. Quer isto dizer que a Norma fundamental constitui como que o embrião de todo o complexo em que o ordenamento se vai materializar, dotando o legislador constituinte da legitimidade necessária para, inicialmente e de uma forma autónoma, criar uma Constituição a partir da qual todas as outras normas arrancarão a sua razão de ser, seja termos de validade, seja em termos de aplicabilidade. Será neste sentido que se pode defender que a Norma fundamental afirmaria que “todos devem obedecer às normas do poder constituinte”⁶⁰³.

b) A unidade do ordenamento enquanto exigência do princípio da igualdade

A unidade de um ordenamento jurídico pode também ser perspectivada como constituindo uma exigência do princípio da igualdade⁶⁰⁴. Aqui, coloca-se em relevo a ideia de que a existência de valorações diversas para a mesma conduta gera desigualdades, procurando-se que não existam contradições no ordenamento ao nível do fundamento axiológico de validade das normas. Tal significa, por outras palavras, que se procura atingir a unidade enquanto exigência de existência de uma ordem unitária de valores ou de apreciação unitária da ilicitude⁶⁰⁵ — uma pauta valorativa global, vinculativa para todo o ordenamento —, tentando-se, em termos simples, que o que for válido para um sector do ordenamento não pode ser inválido

602 Daí que se afirme que não é possível encontrar resposta para o problema de saber qual será o seu fundamento. Efectivamente, se tal fundamento existisse, a norma fundamental deixaria de ser fundamental, já que haveria uma outra norma (superior) da qual derivaria a sua validade e dependeria. Em rigor, trata-se de um problema não jurídico ou que se encontra fora do âmbito da juridicidade (teses teocráticas, jusnaturalistas ou contratualistas de fundamentação do direito). Cfr. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 193.

603 Cfr. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 189 e ss.

604 Neste sentido, SODAN, Helge, “*Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit...*”, cit., 865.

605 V., além da paradigmática jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (principalmente BVerfGE, 7, 198 e ss.), KIRCHHOF, Paul, “*Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*”, C.F. Müller, Heidelberg, 1978; LEISNER, Walter, “*«Werteverlust», «Wertewandel» und Verfassungsrecht*”, cit., 313 e ss; SCHAPP, Jan, “*Grundrechte als Wertordnung*”, in JZ, 1998, 19, 913 e ss; e, numa visão actualista, SCHRÖDER, Meinhard, “*Wirkungen der Grundrechtscharta in der europäischen Rechtsordnung*” in JZ, 2002, 18, 851-852.

para outro, encontrando-se o legislador vinculado às decisões legislativas anteriores⁶⁰⁶.

Deve-se salientar, mais uma vez, que a análise não se debruça sobre as relações das normas entre si⁶⁰⁷, mas sim sobre a sua procedência axiológica, colocando-se a tónica na exigência de que não devem ser encontrados no mesmo ordenamento juízos diferentes acerca dos factos e actos que contrariam as normas existentes⁶⁰⁸.

c) A unidade do ordenamento enquanto exigência do princípio democrático

A unidade do ordenamento jurídico pode ainda ser vista como uma densificação do princípio democrático. Nesta perspectiva, significará que todas as normas jurídicas, possuindo uma origem comum, nascem do mesmo substracto legitimador popular, ou seja, da mesma vontade maioritária. Trata-se de colocar em relevo que todo o poder deva provir do povo⁶⁰⁹ e, consequentemente, todas as normas jurídicas devem por ele ser aprovadas e reconhecidas, afirmando-se a existência de uma única vontade e de um único povo. Este, por seu lado, não resulta da imposição de um qualquer poder jurídico que lhe seja exterior, mas constitui uma realidade quase sociológica, com um ineliminável substracto fáctico (através da realização da língua e cultura)⁶¹⁰.

d) A unidade do ordenamento enquanto exigência do princípio da Unidade do Estado

Finalmente, e acentuando os problemas inerentes à repartição competencial⁶¹¹, pode-se encarar a unidade ordenamental como uma exigência

606 Cfr. FELIX, Dagmar, "Einheit...", cit., 159 e KISCHEL, Uwe, "Systembindung...", cit., 175 e ss.

607 Neste sentido (i.é, referência à sistematicidade, e não à unidade, do ordenamento), KISCHEL, Uwe, "Systembindung...", cit., 175 e ss.

608 A este propósito, KIRCHHOF, "Unterschiedliche...", cit., 8, refere: "Die Geschlossenheit (...) der Rechtsordnung fordert eine für die gesamte Rechtsordnung verbindliche Bewertung. (...) Die Überzeugungskraft rechtlicher Wertungen stützt sich auf eine einheitliche Rechtsgüterordnung; Die Zugehörigkeit eines Rechtssatzes zu dieser Ordnung begründet ihre Wirkkraft".

609 Assim, SODAN, Helge, "Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit...", cit., 869.

610 V. SODAN, Helge, "Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit...", cit., 869.

611 Cfr. GAMPER, Anna, "Direkte Demokratie und Bundestaatliches Homogenitätsprinzip", ÖJZ, 2003, 12, 441.

do princípio da unidade normativa do Estado⁶¹² ou do princípio Federal⁶¹³. Naturalmente que tal só é possível nos ordenamentos em que se verifica uma forte tendência de descentralização normativa ou naqueles que jurídico-constitucionalmente se configurem como ordenamentos pluri – territoriais (federais). Neste quadro, o Estado maior (v. g., federal) deve limitar-se ao estabelecimento jurídico-normativo de princípios de natureza geral, reservando os detalhes da regulação para os Estados menores (v.g., federados), de modo a permitir uma eficácia unitária das regras para todo o território. Para tal, a norma pelo ente maior (*Bund*) deverá ser necessária e adaptável às exigências de cada ente menor (*Länder*)⁶¹⁴.

3.3.3.3. Posição adoptada

A partir de tudo quanto foi dito, o que será possível concluir quanto ao problema da unidade de um ordenamento jurídico? Adiantamos o nosso entendimento: cremos que ela será conseguida através do apelo a uma Norma fundamental, de natureza não normativa mas pressuposta.

Assumindo, como o fizemos, que o problema da unidade existe e que exige uma solução juridicamente adequada – de modo a ser possível individualizar um ordenamento normativo e a encontrar um critério de pertença de cada norma a um dado ordenamento –, parece-nos que a resposta deverá assentar na aceitação de duas premissas essenciais: em primeiro lugar, a de que o elemento unificador de um agregado de normas não pode consistir numa norma desse mesmo agregado, antes deverá ser encontrado fora dele, pois a busca do componente unificador dentro da realidade que se pretende unir dificilmente resistiria à crítica que a circularidade ilógica implicaria⁶¹⁵; em segundo lugar, que tal elemento deverá ter natureza intrinsecamente jurídica, e não outra (v.g., axiológica ou sociológica), pois a normatividade não se pode deduzir do factual, mas apenas da normatividade⁶¹⁶.

612 Acerca de tal princípio, cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 277.º, 1002.

613Cfr. SODAN, Helge, “*Das prinzip der Widerspruchsfreiheit...*”, cit., 870.

614 Assim, RANACHER, Christian, “*Grundsatzgesetzgebung und Gemeinschaftsrecht*”, ÖJZ, 2003, 3, 89. V. também, GAMPER, Anna, “*Direkte Demokratie ...*”, cit., ÖJZ, 2003, 12, 447.

615 Daqui resulta que tal elemento não pode consistir numa norma do ordenamento em referência ao qual se questiona a unidade, nomeadamente não pode consistir, como já se pretendeu, numa norma constitucional ou na própria Constituição em si. Esta – emoldurada pelas ideias de normatividade, primado e controlo autónomo da constitucionalidade – será apenas mais um dos elementos que se pretende unir e não o factor de unidade.

616 Assim, FAVOREU, Louis, “*Droit constitutionnel*”, cit., 80.

Por outro lado, um substracto unificador deverá ser pensado para prosseguir exactamente uma tarefa de natureza aglutinadora, o que vale por dizer que o seu fim primeiro será a criação de unidade (*Einheitsstiftung*)⁶¹⁷. Ora, tal apenas será conseguido se, simultaneamente a *Grundnorm* for capaz de (i) prever e impor as condições orgânicas, formais e procedimentais das quais depende a introdução de uma determinada norma no ordenamento em causa⁶¹⁸; (ii) se impor e conseguir ser observada, no sentido de, em relação a ela, ser verificado um sentimento mínimo de dever de obediência, o que passa inevitavelmente pela questão da sua eficácia; e (iii) fornecer o adequado substracto de correcção material⁶¹⁹, nomeadamente, mediante o apelo às ideias de justiça ou de igualdade⁶²⁰, podendo servir de parâmetro aferidor da bondade das demais normas. Mais uma vez, e no que este último ponto diz respeito, convém recordar os receios e as cautelas com que se deve encarar uma posição extrema de positivismo incendiário, tentando não reduzir a juridicidade a uma mera trama de procedimentos normativos.

Em consequência, e tendo por base de análise todas estas considerações, parece-nos que se poderá concluir que tal elemento deve ser uma *Norma fundamental*, que se assuma como um vértice ou um ponto aglutinador de uma multiplicidade normativa, e relativamente a cujo conteúdo se propõe o seguinte:

- se uma norma (i) foi correctamente criada, (ii) é socialmente eficaz, e (iii) tem uma pretensão de correcção material, deve ser obedecida.

Como dissemos, é a partir de uma norma desta natureza, reconhecida pelos órgãos do sistema – e aqui não disfarçamos uma inegável influência de HART e da sua ideia de regra de reconhecimento –, que o poder constituinte originário formulará uma adequada Constituição, que declarará aquele que nos parece ser o ponto-chave de toda a construção: quais são os núcleos

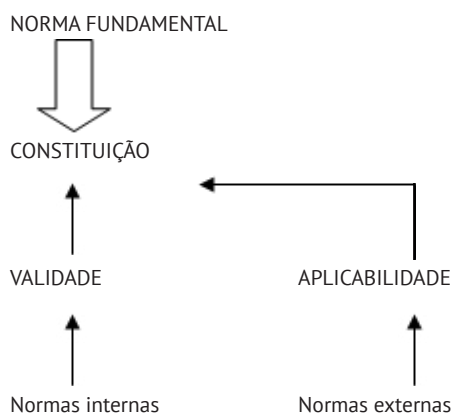
617 Acerca de tais tarefas, ALEX, Robert, “*Begriff und Geltung...*”, cit., 170 e ss., em particular 172; PAULSON, Stanley, “*Four phases in Hans Kelsen’s legal theory? Reflections on a periodization*”, in OxfJLS, 1998, 18, 1, 155; e VOGLIN, Eric, “A natureza do Direito”, cit., 73.

618 Naturalmente que se deverá aceitar que tais condições não são explicitamente previstas e colocadas pela Norma fundamental. Com efeito, em relação a cada norma em concreto, dever-se-à averiguar se ela cumpre os requisitos de validade impostos pela norma superior que a autoriza, que, por sua vez, há-de ter sido autorizada por uma outra norma, também superior, até se desembocar na norma suprema. Cfr., acerca do conceito de validade, “*Manuskript, 15.4.1959*”, in KELSEN, Hans e KLUG, Ulrich, “*Rechtsnormen und logische Analyse (Ein Briefwechsel 1959 bis 1965)*”, cit., 14. V., ainda KELSEN, Hans, “*Der Begriff der Rechtsordnung*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, cit., 1395.

619 V. ALEX, Robert, “*Begriff und Geltung...*”, cit., 168.

620 Cfr. SODAN, Helge, “*Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit...*”, cit., 871.

susceptíveis de introduzir no agregado elementos que o vão compor, ou, por outras palavras, quais são as fontes de Direito autorizadas. Paralelamente, dessa mesma Constituição vão depender quer as normas internas do sistema – produzidas por núcleos oriundos do próprio – quer as normas externas – produzidas por núcleos oriundos de outros ordenamentos –, embora em termos distintos: quanto às primeiras, ela será condição de validade ou existência, uma vez que tais normas não existirão se não forem por si autorizadas e reconhecidas; relativamente às segundas, será condição de aplicabilidade, uma vez que apenas pode afirmar se as considera ou não aplicáveis no interior do ordenamento a que preside; contudo, nada poderá dizer acerca da sua validade, questão resolvida pela Norma fundamental do ordenamento de origem das mesmas (rep. VI).



(Rep. VI)

3.3.4. A natureza sistémica

3.3.4.1. A ideia de sistema: ordenamento, sistema e estrutura

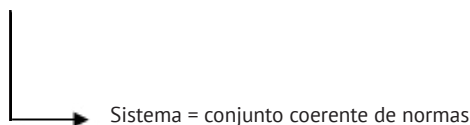
Num sentido amplo, a sistematicidade convoca todas as características formais de um ordenamento normativo⁶²¹, nomeadamente a coerência, a unidade e a completude. Significa isto que, em termos amplos, um sistema normativo configurar-se-á como um agregado de normas, que se encontram

⁶²¹ Cfr., a propósito, ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, "Normative Systeme", cit., 115 e ss.

numa relação de congruência quer com o todo quer entre si, e que contem a solução para todos os problemas que surjam no seu âmbito⁶²². Neste sentido, amplo e impróprio, “ordenamento normativo” e “sistema normativo” (ou, em ambos os casos, “jurídico”) poderiam ser entendidos como sinónimos.

Contudo, uma das primeiras referências que deve ser feita dirige-se precisamente no sentido da obtenção de uma significação própria e restrita de sistematicidade, e, conseqüentemente, no afastamento da confusão, habitual por vezes, entre os termos “ordenamento” e “sistema”. Aqui, para efeitos da presente investigação, e na moldura de uma consistente teoria dos núcleos de produção normativa, por ordenamento normativo entenderemos qualquer conjunto de normas (agregado normativo) que preencha determinadas características, sendo a sistematicidade, a par de outras, precisamente uma dessas características, revelada, entre outros aspectos, na circunstância de as normas se encontrarem coerentemente articuladas entre si. Num certo sentido, podemos afirmar que a sistematicidade, enquanto reflexo de uma ordem existente entre os diversos elementos, se encontra numa relação próxima com a ideia de estrutura⁶²³. Esquemáticamente:

Ordenamento = conjunto sistemático (...) de normas



Daí que se possa, com alguma razoabilidade, afirmar que apenas alguns agregados normativos se poderão revelar como sistemáticos, enquanto outros o não poderão, e, desta forma, apenas no sentido em que se entenda que um ordenamento, para o ser, necessita de ser sistemático, se penderá aceitar a tendencial sinonímia entre ambos os termos⁶²⁴.

622 Cfr., a propósito, KISCHEL, Uwe, “Systembindung...”, cit., 176.

623 Assim, MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “La seguridad jurídica en la configuración del Derecho...”, cit., 303.

624 Como já tivemos oportunidade de assinalar, o carácter sistémico do ordenamento jurídico (sistematicidade) — bem assim como a sua unidade: cfr. supra, pp. 222 e ss. — não se confunde com a mera categorização (sistemização) das normas ou das matérias que o compõem em “ramos de Direito”. Esta última característica, de resto, também atravessa uma estação de crise em face, nomeadamente, dos fenómenos de “privatização do Direito público” e “publicização do Direito

O referido carácter sistémico, enquanto predicado essencial de um ordenamento⁶²⁵, não pretende significar a ausência de conflitos entre as normas que o compõem. Um ordenamento plural, enquanto reflexo de produção normativa emanada de núcleos diversos, engloba em si uma vastidão tal de normas, formal e materialmente diversas, que dificilmente seria de admitir um agregado onde não existissem conflitos. A sistematicidade, neste contexto, assumindo que existem necessariamente confrontos entre normas, procura excluir as incompatibilidades entre elas, procurando estabelecer nas suas relações recíprocas um articulado de sentido. Procura-se, desta forma, atingir uma sistematicidade em sentido lógico (e não em sentido material⁶²⁶), mediante o estabelecimento de conexões sistemáticas e enlaces dedutivos que permitam encetar aquele agregado como uma totalidade excludente de incompatibilidades⁶²⁷. Tais conexões e enlaces passarão, como teremos ocasião de averiguar, pelas ideias de hierarquia e de preferência aplicativa.

Por agora, importa colocar em evidência que num *sistema lógico* assim concebido, diferentemente do que aconteceria com um *sistema dedutivo* – mais reconduzido à ideia de unidade, na medida em que perspectivado para a obtenção de uma derivação (dedução) a partir de princípios gerais – ou um *sistema indutivo* – obtido mediante um processo classificatório baseado em dados empíricos, partindo-se do conteúdo de normas particulares para formar conceitos cada vez mais gerais até chegar a um conceito generalíssimo (v.g., acto jurídico) que permite unificar todas as normas –, a existência de uma contradição não derruba todo o sistema, embora se deva a todo o momento procurar a expurgação das partes incompatíveis.

privado”, motivados, quer pela diluição das fronteiras orgânicas – pois muitas instituições afirmam-se como actores de natureza “mista” (v.g., autoridades administrativas independentes, serviços públicos comerciais e industriais, etc.) –, quer pela dificuldade de adopção de um critério finalístico – verificando-se que muitas entidades privadas prosseguem finalidades de natureza pública, e muitas entidades públicas prosseguem finalidades que não se reconduzem ao interesse público. V. SAMPER, Christophe, “*Argumentaire ...*”, cit., 338, e ainda GROTE, Rainer, “*Rechtskreise im öffentlichen Recht*”, in AöR, 126, 1, 2001, 10 e ss.

625 Trata-se, na verdade, de uma verdadeira “necessidade existencial”. Atentemos, por exemplo, nas palavras de JARASS [“*Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe (Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Sachgesetzgeber und Abgabengesetzgeber)*”, in AöR, 126, 4, 2001, 588]: “*Wie soll Recht legitim sein, wenn es in sich widersprüchlich ist?*”.

626 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, “Teoria do Direito” cit., 79 e ss; e ALBINO, Luca, “*La costruzione di un sistema europeo delle fonti tra unicità e pluralità degli ordinamenti*”, in Costituzione Italiana e Diritto Comunitario, GAMBINO, Silvio (org.), Giuffrè ed., Milano, 2002, 454 e ss.

627 Assim, BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 201 e ss., em especial 208.

Importa igualmente colocar em destaque a importância que a ideia de sistema desempenha num quadro de vinculação dos diversos actores jurídicos, revestindo a exigência de sistematicidade, até certo ponto, um carácter instrumental, na medida em que não pode ser encarada como um fim em si mesma, antes constituindo um meio para prosseguir um fim heterónimo – a certeza jurídica. Significa isto que os diversos actos normativos – criadores e aplicadores das normas – estão subordinados à lógica sistemática, não devendo (i) introduzir normas que levistem problemas de compatibilização com outras, nem (ii) aplicar ou interpretar normas em desrespeito com outras aplicações ou interpretações existentes.

Tais conflitos podem-se configurar, numa abordagem que nos parece útil, como conflitos solúveis, isto é conflitos entre duas normas jurídicas que prevêm soluções jurídicas diversas para a mesma situação – logo, potencialmente aplicáveis ao mesmo caso em concreto – e relativamente ao qual o próprio ordenamento prevê possibilidade de solução mediante a adopção de critérios determinados pensados para o efeito⁶²⁸. Não nos parece defensável, assim, que se possa falar em “conflitos insolúveis”, ou seja conflitos relativamente aos quais o próprio ordenamento não preveria qualquer solução⁶²⁹. De resto, a admitir-se a existência destes conflitos, dificilmente se poderia falar em “sistematicidade” como um predicado típico de um ordenamento normativo. Poderá é acontecer que, por vezes, a aplicação dos referidos critérios não se mostre viável, seja porque nenhum deles, em abstracto, se mostra aplicável, seja porque, também em abstracto, mais do que um se mostra aplicável. Contudo, neste caso, o conflito não é insolúvel. Torna-se, isso sim, num meta-conflito ou num conflito de segundo grau, relativamente ao qual, como veremos, a ciência jurídica deverá encontrar soluções compatibilizadoras normativamente adequadas.

3.3.4.2. *As quebras no sistema*

Já foi por nós assumido que a sistematicidade, enquanto predicado típico de um ordenamento jurídico, consiste não tanto na ausência de conflitos normativos, mas antes na sua superação. Por outro lado, como se aceita que se possa verificar oposição normativa sem que chegue a ocorrer um conflito,

628 V. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 217 e ss e SANTIAGO NIÑO, Carlos, “*Introducción...*”, cit., 275 e ss.

629 Cfr., todavia, BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 223, para quem os conflitos insolúveis seriam aqueles nos quais a utilização dos critérios referidos não se revelaria viável, seja porque nenhum dos dois tem cabimento no caso, seja porque dois ou mais o têm.

também se conclui que o carácter sistémico não depende da ausência de oposição.

Este, contudo, é um campo no qual não nos podemos quedar por afirmações genéricas, sendo nosso intuito e dever aprofundar, na medida do exigível, os postulados apresentados. Tal só é correctamente conseguido no quadro de uma teoria estruturada das antinomias normativas, o que passa, nomeadamente, pela delimitação conceptual do que se deva entender por antinomia e por conflito e pela abordagem consistente das denominadas “antinomias impróprias”.

Vejamos em que termos⁶³⁰.

a) A noção de conflito normativo

A própria lógica linguística impõe que o estudo da expressão “conflito normativo” pressuponha a consideração de que se trata de uma expressão estruturalmente bipartida: tratar-se-á, em primeiro lugar de um conflito e, em segundo lugar, entre normas jurídicas.

O que se deva entender, para efeitos do nosso estudo, por “norma jurídica” já deixamos evidenciado, pelo que para lá remetemos, lembrando apenas os tópicos essenciais do que então referimos:

- uma norma tem uma importante componente objectiva, já que se consubstancia na criação de Direito objectivo e num verdadeiro “dever- ser vinculativo”;
- mas, além disso, a norma também encerra em si uma componente subjectiva, traduzida na voluntariedade de quem a coloca (o que, num sentido impróprio, se poderá designar por “fonte normativa”) no ordenamento ou no complexo de que ela faz parte.

Impõe-se, por conseguinte, que debruçemos a nossa atenção sobre o outro termo da expressão: “conflito”.

Numa básica aproximação, conflito significa antagonismo, dissídio, oposição entre termos e, desta forma, um conflito normativo pressuporá sempre uma antinomia normativa, ou seja uma relação negativa, de dissenso, de oposição – não necessariamente de exclusão – entre duas normas jurídicas.

630 V., com muito interesse, BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “*Sobre el concepto de Orden Jurídico*”, cit., 406 e ss.

Porém, não se pode com rigor afirmar que sempre que houver uma antinomia haja um conflito. Com efeito, este pressupõe uma antinomia concreta não resolvida: uma relação de oposição entre normas, abstracta- potencialmente aplicáveis ao mesmo caso em concreto, para a qual ainda se não encontrou solução. Por outras palavras: é verdade que sempre que houver um conflito entre normas, haverá necessária e previamente uma antinomia; todavia, nem toda a antinomia degenera em conflito, em termos de se poder afirmar que a antinomia se coloca no plano da abstracção – num enfoque teórico, portanto – e o conflito no plano da concreção – logo, num enfoque aplicativo. Daqui resulta uma conclusão evidente: não se poderá falar em conflito (i) quando não haja oposição entre normas, (ii) quando as normas não sejam susceptíveis de, em abstracto, se aplicarem a um caso em concreto ou (iii) quando a oposição, existente, se encontre resolvida (por exemplo, em sede de interpretação).

Vejamos porquê.

- (i) Conflito pressupõe, em primeiro lugar, oposição normativa (pelo menos ao nível linguístico), podendo esta ser entendida em dois sentidos distintos⁶³¹: pode-se entender oposição como uma contraditoriedade entre duas normas jurídicas, ou como mera contrariedade entre as mesmas. A contraditoriedade – que também poderá ser designada por “oposição forte” – traduz uma relação de absoluta insusceptibilidade de coexistência no mesmo corpo normativo (ordenamento jurídico), tal a negatividade existente entre as normas. Será o caso de uma norma prever “é X” e a outra norma prever “não é X”. A única solução possível – quer no plano teórico, quer no plano aplicativo – será a exclusividade, isto é, o afastamento de uma delas, que possibilite a existência (vigência) da outra. Já a contrariedade – “oposição fraca” – traduzirá uma relação, já não de exclusividade, mas de incompatibilidade. As normas, entre si, contradizem-se, mas, no plano abstracto são susceptíveis de coexistência, embora não possam ser aplicadas no mesmo momento e à mesma situação. Aqui, uma norma preverá “é X” e a outra preverá “é Y”. É uma situação bastante frequente em normas que se encontram numa relação geral- especial e em matéria de princípios. Em ambos os casos, como se vê, estamos em presença de normas jurídicas que

631 Daí que, em rigor, as situações nas quais duas ou mais normas têm o mesmo âmbito aplicativo e estipulam a mesma solução (redundância normativa) não se possam considerar como conflituosas. Cfr. SANTIAGO NIÑO, Carlos, “Introducción...”, cit., 279.

têm, em abstracto, o mesmo âmbito aplicativo e que imputam a um caso soluções logicamente incompatíveis⁶³².

- (ii) Por outro lado, não se poderá falar em conflito se as normas em questão (ou uma delas) não puderem ser aplicadas no mesmo caso em concreto. Será o que se passa, designadamente, quando estejamos em face de normas já não em vigor porque, por exemplo, revogadas, declaradas inconstitucionais ou relativamente às quais tenha sido aprovada a sua cessação de vigência. Nestas situações, em caso algum se questionará qual delas excluirá a outra, pois uma delas já está, por natureza, excluída.
- (iii) Por fim, também não será rigorosamente correcta a referência a conflitos normativos naquelas situações em que as eventuais antinomias se resolvam em sede prévia, interpretativa ou não, pois aí não chega verdadeiramente a existir o conflito entre as normas. Será o que se passa, por exemplo, com as normas de Direito material estrangeiro relativamente às normas de Direito interno, no âmbito das quais o Direito internacional privado, com as suas normas de conflitos resolve previamente os problemas⁶³³. Neste sentido se poderá dizer que a ausência de solução interpretativa ou compatibilizadora será como que um *prius* lógico em relação à existência do conflito entre as normas.

A partir destas premissas, e para efeitos da presente investigação, entendemos que se verifica um conflito normativo nas situações de oposição normativa concreta não resolvida.

b) Conflitos de primeiro e de segundo grau

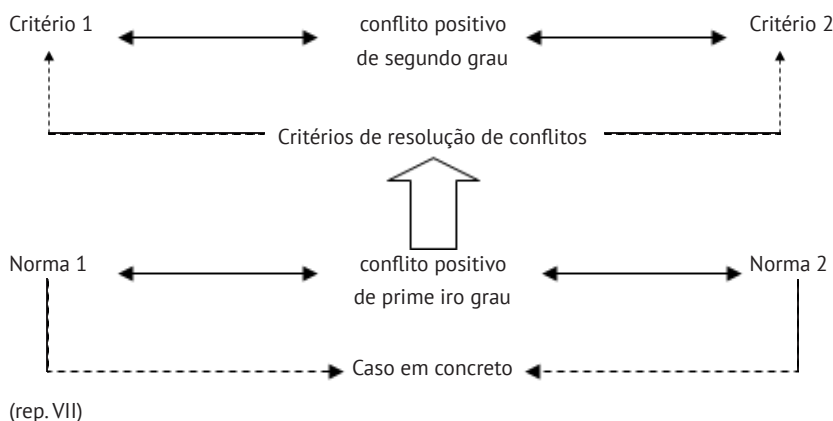
Assente a noção operativa de conflito normativo, importa avançar no discurso em direcção a uma temática subsequente mas intimamente relacionada: a tipologia dos conflitos. Não é nosso propósito, neste passo, fazer alusão a todos os tipos possíveis em que o fenómeno conflitual se pode rever, até porque se o fizermos deslocamos em muito o curso do trabalho e afectamos a sua coerência interna. Importa-nos apenas salientar aquele enfoque que se virá a revelar útil nos desenvolvimentos futuros, e que constituirá até a base da sistematização que adoptaremos.

632 Cfr. SANTIAGO NIÑO, Carlos, "Introducción...", cit., 272-273.

633 Cfr., a propósito do tema, SCHAUB, Renate, "Grundlagen und Entwicklungstendenzen des europäischen Kollisionsrechts", in JZ, 2005, 7, 328 e ss.

Nesse sentido, interessa somente reter que o estabelecimento das fórmulas de solução dos conflitos entre normas é conseguido através da convocação de critérios vários, de natureza positiva uns, de natureza estritamente lógica outros, como é o caso, por exemplo, dos critérios cronológico, da especialidade ou da hierarquia. Ora, é a partir da consideração de tais critérios que iremos distinguir os conflitos positivos e os conflitos negativos, por um lado; os conflitos de primeiro grau e os conflitos de segundo grau, por outro. Propomos a seguinte forma de diferenciação (rep. VII):

- os conflitos de primeiro grau verificam-se ao nível das normas, em termos de se dar um conflito positivo nas situações em que duas normas jurídicas reclamam pretensão aplicativa em relação ao mesmo caso em concreto e um conflito negativo, pelo contrário, quando não existe norma que reclame pretensão aplicativa em relação ao caso em concreto (na realidade, trata-se de uma forma de expressão incorrecta, sendo preferível a expressão “lacuna”);
- os conflitos de segundo grau verificam-se ao nível dos critérios de resolução dos conflitos positivos de primeiro grau, e aqui teremos um conflito positivo quando se verifica a possibilidade de aplicabilidade simultânea de critérios, que conduzem a soluções divergentes, e um conflito negativo nos casos em que nenhum critério se pode aplicar ao conflito em causa⁶³⁴.



634 Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, “Sistema istituzionale del Diritto Pubblico Italiano”, cit., 495.

c) Conflitos e pluralidade normativa

Embora resulte de tudo já quanto fomos dizendo até ao momento, é importante salientar que indissociável da ideia de conflito é a ideia de pluralidade. A pluralidade normativa, que ganha corpo na verificação da existência de camadas sucessivas de normas no mesmo ordenamento — e que não se confunde com o fenómeno patológico da *explosão legal*⁶³⁵ —, pode revelar-se sob um quintuplo ponto de vista:

- sob o ponto de vista orgânico, verifica-se um indesmentível fenómeno de des-estadualização, que traz consigo a crescente disseminação dos núcleos de produção normativa, em termos de se poder afirmar que se assiste, nos ordenamentos actuais, a uma verdadeira pulverização das prerrogativas de criação de Direito objectivo e a uma irradiação ou periferização dos centros de normação;
- sob o ponto de vista formal, parece evidente a crise da lei e do paradigma legal⁶³⁶, não apenas porque aparecem outras formas de produção normativa (decretos, regulamentos, directivas) — que muitas vezes lhe são preferentes —, mas igualmente porque a própria normação legal camufla-se em formas pouco convencionais (leis-medida, leis-individuais camufladas, leis técnicas ou tecnicizadas, etc.);
- em terceiro lugar, sob o ponto de vista espacial, constata-se que os fenómenos sociais de globalização ocasionam uma necessidade, cada vez maior, de produção de efeitos jurídicos extra-ordenamentais, ou, o mesmo é dizer, de as normas oriundas de um núcleo de produção de um determinado ordenamento projectarem os seus efeitos para além das fronteiras deste, seja porque o seu âmbito espacial de abrangência é alargado (princípio da universalidade, mediante critérios de nacionalidade ou de residência), seja porque são convocadas para a resolução de litígios normas externas (através de mecanismos de reenvio);
- para além disso, sob o ponto de vista temporal, o princípio democrático exigirá uma lógica de renovação normativa, mediante a introdução de normas novas que alterem ou substituam as anteriores, não deixando que estas se cristalizem no ordenamento e se tornem

635 V. TEUBNER, Gunther, “Juridificação...”, cit., 17 e ss., em especial 23 a 26); EHRlich, Thomas, “Legal pollution”, in *New York Times Magazine*, 08 de Fevereiro de 1976, 17.

636 V., a propósito, TERRÉ, François, “La «crise de la loi»”, in *ArchPhD*, 25, 1980, 17 e ss.

- obsoletas e desadequadas, dando origem ao estabelecimento de relações *em catenária* (sucessão horizontal) entre as diversas normas⁶³⁷;
- finalmente, sob o ponto de vista hierárquico, estabelecem-se entre as normas relações *em cascata* (sucessão vertical)⁶³⁸. Trata-se de reconhecer que o resultado da produção normativa não alcança materialidade num corpo uniforme ou granítico, mas sim num agregado complexo, no interior do qual se estabelecem relações de supra- e de infra-ordenação, distinguindo-se – a partir de critérios vários, como por exemplo o fundamento de validade (KELSEN⁶³⁹), a sua consideração primária ou secundária, linguística ou meta-linguística (HART)⁶⁴⁰, o seu conteúdo, etc... – as normas hierarquicamente superiores e as normas hierarquicamente inferiores.

Naturalmente que todas estas condicionantes implicam, quase necessariamente, o surgimento de desencontros entre as normas. A coexistência de várias normas, provenientes de núcleos produtores diversos e com forma, âmbito de eficácia e hierarquia diferenciadas coloca, compreensivelmente, problemas de articulação e concatenação, principalmente se tivermos em vista que elas poderão entre si contradizer-se. Como articular, por exemplo, uma disposição regional e uma lei nacional dispendo diversamente sobre a mesma matéria? Ou uma disposição regulamentar e uma norma constitucional? A resposta parecerá óbvia: estabelecendo, do ponto de vista positivo ou doutrinal, critérios de sanção de conflitos normativos (critérios territoriais, cronológicos, hierárquicos, etc.).

Mas não apenas sob estes pontos de vista a ideia de pluralidade é crucial. Também na óptica da abertura ao ordenamento exterior ela se pode revelar, pois um conflito normativo pode verificar-se mesmo entre normas provenientes de ordenamentos diferentes, não se revelando indispensável que as normas em dissídio sejam oriundas do mesmo ordenamento e estejam subordinadas ao mesmo factor de unidade, v.g. à mesma Norma fundamental. Deste modo, não estamos com BOBBIO quando afirma que existem duas condições para que se possa falar de um conflito: as normas devem ter o mesmo âmbito de aplicação (temporal, espacial, material e pessoal) e

637 Cfr., a propósito, SAMPER, Christophe, “Argumentaire...”, cit., 336.

638 V. SAMPER, Christophe, “Argumentaire...”, cit., 336.

639 Cfr. KELSEN, Hans, “Der Begriff der Rechtsordnung”, in “Die Wiener rechtstheoretische Schule”, cit., 1397.

640 Cfr. HART, Herbert L., “O conceito de direito”, cit., 105; DI LUCIA, Paolo, “Teorie dei rapporti tra diritto e linguaggio”, cit., 270 e ss.

pertencerem ao mesmo ordenamento⁶⁴¹ e, uma vez mais, enfatizamos uma conclusão essencial: um ordenamento será um conjunto de normas, oriundas de uma pluralidade de fontes reduzidas à unidade pela Constituição como norma sobre a aplicação de normas⁶⁴².

3.3.5. A completude

Além de unitário e sistemático, um ordenamento jurídico deve ser tendencialmente completo, no sentido de não lacunoso. Todavia, aquilo que parece uma afirmação até certo ponto trivial transforma-se num verdadeiro problema jurídico se for procurada uma noção analítica de lacuna que procure ir ao encontro das exigências de uma teoria adequada do ordenamento jurídico. De resto, os problemas começam até previamente, ao nível mesmo existencial: de um certo ponto de vista, o problema das lacunas – enquanto integrado, a par da incoerência, no estudo das patologias formais ou lógicas de um ordenamento jurídico⁶⁴³ –, pura e simplesmente, não existe (dogma da completude).

3.3.5.1. A incompletude enquanto patologia de um ordenamento jurídico: rejeição das teorias do espaço jurídico vazio e da norma geral excluyente

Como é sabido, o dogma da completude, sinónimo da inexistência em absoluto de lacunas, é o ponto central da teoria do positivismo ortodoxo e extremo e assenta nas seguintes coordenadas essenciais: o juiz não assume, em caso algum, poderes normadores (criar Direito) nem deve, sob pretexto algum, denegar Direito. A justificação teórica destas conclusões pode ser feita a partir de duas retóricas argumentativas de base distinta⁶⁴⁴: (i) a teoria do espaço jurídico vazio e (ii) a teoria da norma geral excluyente.

- (i) De acordo com o primeiro desses segmentos de análise, as lacunas inexistiriam devido à constatação da suposta evidência de que o facto não regulado é juridicamente irrelevante e, como tal, pertence ao denominado *espaço jurídico vazio*. Trata-se de reconhecer – na óptica de tal perspectiva – que o ordenamento jurídico é composto por uma esfera (a do juridicamente relevante) e *o resto*, e, assim

641 BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 214-215.

642 Assim, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 26.

643 Cfr. BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “*Sobre el concepto de Orden Jurídico*”, cit., 404 e ss.

644 Cfr. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 208.

sendo, uma determinada situação fáctica ou é regulada pelo Direito e abrangida pela primeira esfera (e assume-se também como situação jurídica) ou não o é configura-se como um *não-Direito*, não restando espaço para a existência de lacunas.

- (ii) Já de acordo com o segundo, entende-se que cada norma jurídica é sempre acompanhada de uma segunda (geral e excluyente), implicitamente nela contida, que exclui da sua regulação tudo o que não seja por ela previsto, e o submete a uma regulação jurídica antitética⁶⁴⁵. Prevê-se, deste modo, um *princípio da clausura* (KELSEN), ou seja um enunciado que estipula, por exemplo, que tudo o que não está proibido está permitido, e uma *qualificação normativa tácita*, no sentido da permissão, vislumbrando-se aqui duas esferas secantes não interseccionadas, de conteúdo diverso: a esfera do juridicamente lícito e a esfera do juridicamente ilícito. A completude do ordenamento é assegurada por via da norma de clausura que fecha todo o sistema, e mesmo um ordenamento com uma única norma será, de acordo com este modo de pensar, um ordenamento completo.

Contudo, parece-nos quer uma quer outra das visões apontadas não conseguem, com sucesso, esquivar-se às críticas que lhe podem ser dirigidas. Por um lado, do ponto de vista lógico, parece dificilmente sustentável a existência de um espaço jurídico vazio, pois se for assumido que a qualificação relevante para efeitos de consideração jurídica assenta num binómio composto por dois predicados por natureza contraditórios e que se excluem mutuamente (A e $\sim A$: previsto/não previsto, lícito/ilícito, valioso/desvalioso, válido / inválido), não se vê como possa algo ser considerado como não fazendo parte do primeiro nem do segundo. Seria admitir ou que os factos não previstos, ilícitos, desvaliosos ou inválidos não são jurídicos — o que nos parece insustentável, pois quer nas situações abrangidas pelo primeiro braço do binómio, quer nas situações abrangidas pelo segundo braço estamos ainda (ou, no mínimo, podemos estar) no campo da juridicidade ou da relevância jurídica —, ou que determinado facto (F) não está previsto nem deixa de o estar, não é lícito nem ilícito, não é valioso nem desvalioso, não é válido, nem inválido. Com efeito, aqui, *tertium non datur*:

$F \in A$

ou

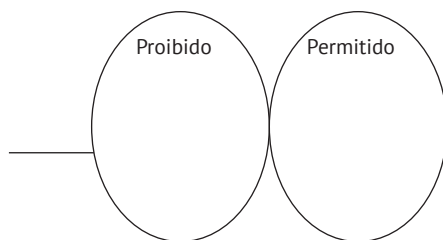
$F \in \sim A$

E nunca $F \notin (A + \sim A)$

645 V. BOBBIO, Norberto, "Teoria dell'ordinamento giuridico", cit., 239.

Por outro lado, essa mesma análise lógica parece impor obstáculos incontornáveis à teoria da norma geral exluente. Admitamos que a norma de clausura estipula que “tudo o que não está proibido, está permitido”, ou seja:

A exclui $\sim A$



Nesta situação de qualificação normativa tácita a expressão “permitido” pode linguisticamente ser entendida em dois distintos sentidos⁶⁴⁶:

- (i) ou se entende que “permitido” é sinónimo de “não proibido” e, então, estaremos perante um enunciado tautológico (“tudo o que não está proibido, não está proibido”), que se assume como uma verdade válida para todos os ordenamentos jurídicos, e ao contrário do que pretende os seus defensores, não se integra lacuna alguma, pois ela continua a existir...
- (ii) ou se entende que “permitido” significa que existe nesse ordenamento uma outra norma ao abrigo da qual tudo (não proibido) é permitido. Contudo, se tal se admitir, transforma-se inevitavelmente o princípio da clausura num princípio contingente e empírico, e não necessariamente verdadeiro, pois depende da circunstância de aquele ordenamento em particular conter a tal norma permissiva.

Uma eventual forma de obviar a estes inconvenientes (tautologia ou necessário empirismo) pode ser encontrada mediante o recurso à aceitação — dificilmente concebível para estes sectores de pensamento — de componentes metafísicas, expressas em enunciados sintéticos necessários: dever-se-ia assumir, designadamente, que toda a conduta humana objecto de norma contém sempre, como parte da sua essência, a liberdade de realizá-la. Logo, se o Direito não põe restrições a esta liberdade (proibindo

⁶⁴⁶ Cfr. SANTIAGO NIÑO, Carlos, “Introducción...”, cit., 282 e ss.

o comportamento), vale a liberdade de realização como componente ontológica de qualquer conduta⁶⁴⁷.

Não é esse, contudo, o nosso ponto de vista, na medida em que admitimos que a incompletude é um problema dos ordenamentos jurídicos e, como problema que é, deve ser combatido. Tal não significa — nem pode significar — que a sua verificação impeça a existência da realidade ordenamental ou, dito de outra forma, o facto de um agregado normativo não ser completo não implica que ele não possa ser concebido como um ordenamento jurídico. Da mesma forma que a coerência é uma exigência mas não uma necessidade — pois um ordenamento pode tolerar normas jurídicas dissidentes ou incompatíveis sem desaparecer — também a completude deve ser entendida como uma característica tendencial e não absoluta. Só se verificará esta última circunstância quando se admitir — o que não o fazemos — que o aplicador está obrigado a julgar todos as questões jurídicas que lhe coloquem, com base numa norma (positivada) do ordenamento em causa⁶⁴⁸.

3.3.5.2. *A lacuna enquanto conceito normativo*

Procurando fixar, em bases normativas convenientes, o respectivo conceito, poderemos dizer que estamos perante uma lacuna quando se verificar, num espaço de pretensão reguladora, uma qualificação normativa incompleta. Esta noção simples convoca a verificação simultânea de dois requisitos constitutivos: (i) em primeiro lugar, é necessário constatar uma ausência reguladora — por conseguinte, as lacunas não se confundem com uma regulamentação insatisfatória ou deficiente, que é ainda uma regulamentação⁶⁴⁹ — e, (ii) em segundo lugar, torna-se indispensável que tal ausência de regulação se verifique num espaço onde exista uma prévia pretensão reguladora.

Procuremos precisar os contornos desta noção.

- (i) Em primeiro lugar, como dissemos, uma lacuna terá de significar uma carência de regulação, no sentido de inexistência de norma. Com efeito, só com a existência de uma clareira é que se pode dar por verificado aquilo que já qualificamos como conflito negativo de primeiro grau, isto é a carência, em relação a determinado

647 Cfr., a propósito, SANTIAGO NIÑO, Carlos, “Introducción...”, cit., 284.

648 Cfr. BOBBIO, Norberto, “Teoria dell’ordinamento giuridico”, cit., 239.

649 Assim, BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “Sobre el concepto ...”, cit., 405.

comportamento (situação fáctica, conduta ou *caso*, entendido, obviamente, em sentido genérico ou abstracto e não em sentido individual)⁶⁵⁰ de qualificação normativa adequada. Neste sentido, pode afirmar-se que o conceito de lacuna é fixado tendo por referente a ideia de determinação normativa⁶⁵¹, advogando-se que um determinado comportamento, pertencente a uma classe mais abrangente de comportamentos, está normativamente determinado num agregado ou ordenamento normativo se, e apenas se, nele está permitido ou proibido.

- (ii) Mas, para além disso, e em segundo lugar, só se pode falar em lacuna quando a norma aspira a uma regulação completa para um determinado universo de comportamentos (um certo *sector*)⁶⁵². Daí que fiquem de fora de tal conceito os espaços não jurídicos – ou, se quisermos, os espaços abrangidos pela norma geral de exclusão – pois aí a norma não aspira tal regulação. Estamos, então, no domínio do a- jurídico ou, tendo em vista as opções que temos vindo a tomar, dos padrões de comportamentos normativamente irrelevantes. Procuremos materializar esta ilação recorrendo a uma figuração exemplificativa: suponha-se que, no âmbito dos deveres tributários existentes num determinado ordenamento, entende-se serem relevantes juridicamente o cumprimento e o não cumprimento da obrigação principal (pagamento do tributo) e das obrigações acessórias (contabilidade e declarações). Teremos, assim, um universo possível de comportamentos relevantes (UCR) composto por:

- cumprimento da obrigação principal (OP)
- não cumprimento da obrigação principal (– OP)
- cumprimento das obrigações acessórias (OA) e
- não cumprimento das obrigações acessórias (– OA)

Haverá uma lacuna se um ordenamento determinado (OJ) não contém disciplina normativa para todos os comportamentos, juridicamente relevantes ou seja,

650 V. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 237 e ss.; ROSS, ALF, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 340 e ss.; SANTIAGO NIÑO, Carlos, “*Introducción...*”, cit., 281.

651 Neste sentido, BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “*Sobre el concepto ...*”, cit., 404.

652 Assim, LARENZ, Karl, “*Metodologia da ciência do Direito*”, cit., 448-449.

$OJ \not\subset (UCR)$
 por exemplo,
 $OJ \subset (OP + -OP + OA)$.
 Logo,
 $OJ \not\subset -OA$.

Só quando todas as acções de UCR estão previstas em OJ este é completo em relação a UCR. Daí que o conceito de completude seja um conceito relacional entre um conjunto de normas e uma classe de acções, e não um conceito absoluto de todo o ordenamento, só fazendo sentido falar em lacuna em referência a um certo ordenamento e a um caso determinado⁶⁵³. Um caso pode não estar solucionado num ordenamento e estar solucionado em outro, do mesmo modo que um ordenamento pode não ter a solução para um caso, mas tem para outros.

Importa igualmente colocar em evidência que existem vários tipos de patologias lacunosas, que podem assumir relevância do âmbito de uma teoria do ordenamento jurídico⁶⁵⁴. Desde logo, deve ser assinalado que a referência a *lacuna do ordenamento* não implica necessariamente que elas se configurem como lacunas patentes, pois pode dar-se o caso de se estar perante uma lacuna oculta, no sentido de ausência de uma restrição normativamente exigível. Estamos aqui a procurar fazer referência àquelas situações nas quais a norma existente prevê regras aplicáveis a um determinado grupo de comportamentos inseridos num certo universo, mas não atende às especificidades que um sub-grupo nele inserido pode justificar e que convocaria a existência de uma regra positiva de aplicação excepcional. Estas lacunas ocultas suprem-se, em regra, mediante uma “redução teleológica”, consubstanciada na adição da restrição em falta⁶⁵⁵.

Por outro lado, deve-se também salientar que as lacunas não têm necessariamente de ser contemporâneas da emanção da norma (lacunas iniciais), uma vez que elas podem surgir apenas posteriormente, e como resultado da evolução técnica (lacunas subsequentes).

Por último, ainda nos parece ser importante destacar a existência de lacunas heterónomas. Trata-se aqui de espaços lacunosos derivados do não

653 Assim, BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “*Sobre el concepto ...*”, cit., 405.

654 Assim, LARENZ, Karl, “Metodologia da ciência do Direito”, cit., 456 e ss.; BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 255 e ss.

655 Cfr., a respeito, LARENZ, Karl, “Metodologia da ciência do Direito”, cit., 473.

cumprimento, por parte de um órgão *inferior*, de um mandado impositivo ditado por um órgão *superior*. Este tipo de retórica assume particular relevância no âmbito da densificação de normas constitucionais e do cumprimento de normas constitucionais impositivas⁶⁵⁶.

3.3.5.3. A solução normativa: integração de lacunas (remissão)

Em termos de modo de resolução do problema das lacunas, deve-se observar que as verdadeiras lacunas permitem-nos identificar os espaços vazios de normação e distingui-los dos espaços de erro de política legislativa. Os primeiros podem ser supridos pelo aplicador (v.g., juiz), enquanto os segundos só o podem ser pelo normador⁶⁵⁷.

Como veremos numa fase mais adiantada, as lacunas podem ser integradas utilizando os recursos normativos existentes no próprio ordenamento onde se constata a sua existência ou utilizando recursos normativos provenientes de outros ordenamentos. No primeiro caso, falamos em auto-integração e no segundo em hetero-integração. Em abstracto, as formas mais comuns de auto-integração são o recurso à analogia particular, ao precedente ou aos Princípios gerais de Direito (analogia geral). Já as formas mais comuns de hetero-integração reconduzem-se ao recurso ao Direito Natural — para os sectores que o admitam — e a outros ordenamentos normativos.

Sobre este problema, contudo, vamo-nos debruçar adiante, de modo que para lá remetemos⁶⁵⁸.

656 V., a propósito, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1172.

657 Cfr. LARENZ, Karl, “Metodologia da ciência do Direito”, cit., 448, nota (9); BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 257.

658 V. infra, pp. 293 e ss.

Parte I

Teoria dos conflitos
normativos

Divisão I

Conflitos intrasistemáticos

1. Sistematicidade em sentido lógico e conflitos normativos: sequência

Já por diversas ocasiões tivemos oportunidade de realçar a noção de sistema e a necessidade de um agregado normativo ser harmonioso, coerente, e, na medida do possível, homogêneo, para se afirmar como um verdadeiro ordenamento. Caso contrário, estaremos perante uma amálgama confusa e desordenada de normas que, no máximo, pode ser configurada como um mero repositório ou compilação.

A ausência de conflitos entre as normas componentes seria, na realidade, o estado ideal de sistematicidade. Todavia, trata-se de pura ilusão pretender que um ordenamento na era da inflação legislativa e no qual vigorem múltiplos núcleos de produção normativa não contenha oposições, dissídios ou contradições entre os seus elementos, podendo-se até afirmar que o contrário é que configura a regra: os ordenamentos actuais são, por natureza, compostos por normas que se contradizem, sobrepõem e entrechocam. Neste sentido, pode-se dizer que o conceito de sistematicidade pressupõe que o Direito seja desordenado⁶⁵⁹ e, por isso, será preferível apelarmos para uma noção “moderada” de sistematicidade, que a encare, não como a ausência de oposições, mas como a existência de conexões lógicas e enlaces dedutivos que as permitam solucionar.

Ora, em homenagem às ideias de coerência regulativa e segurança na aplicação, torna-se indispensável a elaboração de formas de resolução das antinomias que, de uma forma pré-determinada, forneçam ao aplicador de Direito coordenadas estáveis que lhe permitam afastar uma das normas e aplicar a outra. Fala-se, a este propósito, em regras ou critérios de resolução de conflitos normativos. Exemplos clássicos dessas regras de conflitos são as que obedecem ao critério cronológico (a norma posterior revoga a anterior), ao critério hierárquico (a lei superior prevalece sobre a inferior), ou ao critério da especialidade (a lei especial derroga a lei geral).

O problema, contudo, não está na sua individualização; o problema está na sua intra-compatibilização, pois como veremos, estes critérios, dependendo das antinomias que se esteja a tratar, ou são inaplicáveis, ou insuficientes ou mesmo conflituais entre si. Quer isto significar que os problemas não se colocarão quando cada um dos critérios for chamado isoladamente a resolver as antinomias normativas, pois não restarão dúvidas

⁶⁵⁹ Assim, PATTARO, Enrico, *Filosofia del Diritto*, cit., 248.

de que a norma posterior prevalece em relação à norma anterior ou a norma especial prefere à norma geral. As inquietações começam a surgir quando se procura a articulação destes critérios entre si. Por exemplo, que relação se poderá estabelecer entre a norma geral posterior em relação à correspondente norma especial anterior? Aplica-se o critério da especialidade e atribui-se preferência a esta última? Ou, pelo contrário, aplica-se o critério cronológico e atribui-se preferência à norma geral? O mesmo se diga em relação aos critérios da competência e da territorialidade. *Quid iuris* em face da lei de aplicação territorial geral sobre matéria reservada à Região autónoma em face da lei regional desta sobre a mesma matéria? Problemas semelhantes se poderão suscitar já não no âmbito da compatibilização, mas da própria identificação desses critérios. Pense-se, por exemplo, na lei geral em face da lei regional sobre matéria não reservada. Correntemente afirma-se que a primeira prevalece sobre a segunda, mas a expressão não parece estar rigorosamente correcta, pois verdadeiramente não estará em causa o critério da hierarquia, mas sim o da territorialidade.

Enfim, como podemos constatar, os problemas são inúmeros.

Porém não vamos acelerar em demasia a análise que empreendemos. Convém levar a efeito um estudo cauteloso e prudente, formulando passos seguros e trilhando caminhos que nos permitam atingir conclusões formalmente válidas e materialmente adequadas. Neste sentido, é nosso propósito procurar compreender a conflitualidade normativa de acordo com um duplo ponto de vista, interno e externo, o que significará que dedicaremos a nossa atenção, sucessivamente, aos conflitos que têm por objecto exclusivamente normas oriundas do interior de um ordenamento – em particular, do ordenamento normativo português – e aos conflitos surgidos com normas provenientes de outros ordenamentos. Aos primeiros dedicaremos a presente divisão da investigação (a divisão I) e aos segundos a divisão subsequente (divisão II).

Cumpra ainda chamar a atenção para a circunstância de que a consideração interna dos conflitos há-de ser sempre positivamente localizada. Por outras palavras, pretendemos nos passos seguintes proceder à análise do carácter intra-sistémico do ponto de vista do ordenamento normativo português, o que terá como consequência que apenas as normas deste serão tidas em consideração. Não ignoramos certamente que em qualquer outro ordenamento estes problemas podem ser colocados – basta pensar nos conflitos entre disposições de Direito confessional católico ou entre disposições

de Direito europeu comunitário⁶⁶⁰. Todavia, e como desde cedo deixamos assinalado, o presente estudo pretende ter uma dimensão espacialmente reportada, pelo que seria agora despropositado abandonar tal propósito e enveredar por caminhos enleados.

Finalmente, e ainda em termos de ponto prévio de abordagem, importa referir a estrutura da sistematização que adoptaremos. Neste particular, convocaremos a já aludida distinção entre conflitos positivos e conflitos negativos, por um lado e conflitos de primeiro grau e conflitos de segundo grau, por outro. Recordemos, em traços largos, a diferença⁶⁶¹:

- em primeiro lugar, cabe referir que os conflitos de primeiro grau são conflitos entre normas, enquanto os conflitos de segundo grau são meta-conflitos, que se verificam entre critérios de resolução de conflitos de primeiro grau;
- em segundo lugar, importa dizer que os conflitos positivos verificam-se quando existe pretensão aplicativa simultânea, seja de várias normas (conflitos positivo de primeiro grau) seja de vários critérios resolutores (conflitos positivos de segundo grau), e os conflitos negativos quando existe ausência de pretensão aplicativa, que também poderá ter por referência as normas (conflitos negativos de primeiro grau) ou os critérios (conflitos negativos de segundo grau).

Tendo por base uma sistematização a partir destas coordenadas, avancemos na investigação, começando por fazer referência ao modo de resolução dos conflitos positivos e de primeiro grau.

2. A resolução dos conflitos normativos de primeiro grau

2.1. Conflitos positivos

2.1.1. Tipologia dos critérios resolutórios

Já não é recente a atenção que a ciência do Direito dedica ao problema da resolução dos conflitos normativos, podendo-se mesmo afirmar sem grande margem de erro que este é um dos assuntos sobre o qual os juristas classicamente se têm debruçado. Na verdade, é possível afirmar que quase

660 A propósito destas, v., por exemplo, NIEDOBITEK, Matthias, “*Völker- und europarechtliche Grundfragen des EU-Beitrittsvertrages*”, in JZ, 2004, 8, 369 e ss., em particular, 374.

661 Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, “*Sistema istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*”, cit., 495.

intuitivamente todos os juristas e actores jurídicos têm percepção de uma hierarquia manifesta entre as diversas normas e têm conhecimento da regra de acordo com a qual a norma anterior é afastada pela norma posterior ou da que refere que a regra especial afasta a regra geral. Todavia, uma abordagem histórico-empírica seria aqui redutora e não permitiria captar na essência todas as manifestações que a riqueza das situações deixa revelar nem possibilitaria o enquadramento científico que consideramos indispensável e que constitui o nosso propósito. De resto, importa sempre ter em mente a pluralidade normativa que enforma cada ordenamento em concreto e o circunstancialismo que o envolve, o que na nossa perspectiva não tem sido conseguido, na medida em que os estudos são, a maior parte das vezes, de feição demasiado generalista e acentuadamente teórico-abstracta.

É no referido enquadramento científico temperado por esta preocupação de localização que centramos os nossos esforços. Por tal motivo, acreditamos que se torna necessária uma ordenação ou categorização prévia de modo a, posteriormente, se proceder a uma apreciação discriminada e cirúrgica de cada critério de resolução de conflitos e, por essa via, assimilar adequadamente o seu lugar normativo.

Neste sentido, cumpre começar por referir que, em abstracto, se podem conceber, entre outros, os seguintes parâmetros ordenatórios: (i) uma classificação de acordo com proveniência das normas em conflito, (ii) uma classificação que tenha em atenção a exigência da positivação ou não do critério em análise, e (iii) uma classificação que atenda ao tipo de efeitos jurídicos desencadeados.

Vejamos.

- (i) Assim, pode-se começar por considerar a proveniência das normas em conflito, averiguando se elas provêm ou não do mesmo núcleo produtor (fonte), pois existem critérios que pressupõem unicidade de origem, outros que a não pressupõem, e outros ainda para os quais este parâmetro é indiferente. Assim, distinguiríamos, respectivamente, o critério cronológico em primeiro lugar; o territorial em segundo lugar; e, finalmente, os restantes (hierarquia e especialidade).
- (ii) Outra abordagem pode ser efectuada a partir da consideração da positivação ou não do critério, atendendo à circunstância de que alguns destes critérios pressupõem naturalmente a sua positivação por parte dos poderes constituinte ou constituídos e outros não. No

primeiro grupo englobaríamos os critérios da hierarquia e territorialidade e no segundo o cronológico e o da especialidade⁶⁶².

- (iii) Por fim, pode-se tipificar os critérios resolutores de antinomias e conflitos normativos atendendo aos efeitos que da sua aplicação resultam. De acordo com este enfoque, podemos encontrar critérios de cuja aplicação pode resultar a invalidade de uma das normas em confronto (critério da hierarquia); critérios de cuja aplicação pode resultar a revogação de uma das normas em confronto (critério cronológico); e critérios de cuja aplicação pode resultar a inaplicabilidade de uma das normas em confronto (critério territorial e da especialidade).

Pela nossa parte, e com propósitos meramente expositivos, procuraremos adoptar uma postura que passe pela consideração do critério positividade, distinguindo, por um lado “critérios absolutos”, que não pressupõem norma sobre a norma, e não estão positivados — ou, pelo menos, dessa positividade não dependem —, e, por outro lado, “critérios relativos”, que já pressupõem norma sobre a norma, e cuja análise será uma análise dogmático-positiva. No grupo dos primeiros enquadraremos os critérios cronológico e da especialidade; no grupo dos segundos, os critérios da territorialidade e da hierarquia ou escalonamento.

2.1.2. Análise individualizada dos critérios resolutórios

2.1.2.1. Critério cronológico

A característica do pluralismo normativo que já várias vezes foi por nós referida a propósito dos ordenamentos (agregados) actuais também pode ser vista numa perspectiva dinâmica-temporal, que revela um fluir normativo, uma tendência do ordenamento para acompanhar as mudanças ao nível da configuração social dos factos e das implicações que tal configuração pode trazer para o mundo do Direito. Resulta deste enfoque, quase necessariamente, a proeminência de uma marcante consequência: a norma jurídica em particular e o Direito objectivo em geral — enquanto conjunto de normas jurídicas num determinado espaço e num determinado contexto temporal — não são, por natureza, eternos, mas, pelo contrário, são contingentes e provisórios, estando sujeitos a alterações e adaptações várias. Esta lógica de renovação nem sequer é recente, não se podendo dizer em relação a ela que é um produto da já referida tendência de explosão legal, constituindo,

662 Assim, ALBINO, Luca, “*La costruzione di un sistema europeo delle fonti...*”, cit., 469.

isso sim, uma reacção clássica aos postulados tradicionais da sacralização das normas e do carácter perfeito da lei soberana.

Contudo, o chamamento do predicado da provisoriedade para classificar o Direito objectivo não significa, nem pode significar, a impossibilidade do seu prolongamento no tempo. Com efeito, impõe-se a constatação de que as normas de Direito, sendo provisórias, não são instantâneas no sentido de produzirem os seus efeitos num único acto, mas antes se revelam duradouras e conservam vigência no presente. Provisoriade e durabilidade configuram-se assim para o cientista do Direito como propriedades temporais relacionais da norma jurídica, e precipitam todo um conjunto de nódulos problemáticos que uma consideração localizada e isolada dessa mesma norma não permitiria atingir. Em particular, numa teoria da combinação temporal de normas – assumindo que o Direito novo e o antigo se acumulam em camadas sucessivas, podendo ser chamados em conjunto a resolver um caso –, cabe indagar quais as soluções a dar às questões pendentes e de Direito transitório, à projecção retroactiva de efeitos jurídicos e aos conflitos entre normas novas e normas antigas.

A ambição do presente trabalho não vai, contudo, tão longe. Nesta perspectiva, onde um complexo normativo é observado sob um ponto de vista fílmico, que permite captar as várias normas que sobre o mesmo objecto se vão sucedendo, interessar-nos-à o último dos problemas referidos. Esse fluir ou movimento poderá implicar três hipóteses de oposição normativa temporal⁶⁶³:

- em primeiro lugar o legislador actual pode pretender afastar, mediante declaração expressa nesse sentido, a norma emanada pelo legislador passado, sem que, contudo, introduza uma nova disciplina jurídica que a substitua;
- em segundo lugar, através da nova intervenção normadora, pode dar-se uma sucessão de normas antinómicas sobre as mesmas matérias, obrigando ao afastamento de uma delas sobre pena de quebra da sistematicidade e coerência ordenamental;
- em terceiro lugar, a vontade normativa mais recente pode abranger e disciplinar a totalidade do objecto da norma mais antiga.

A orientação clássica nesta matéria vai no sentido de que a vontade normativa mais recente impõe-se à vontade normativa anterior, seja do mesmo

663 Assim, NACCI, Paolo Giocoli, *"Appunti sulle fonti normative..."*, cit., 19 e ss.

titular, seja de outro com competência homóloga⁶⁶⁴, o que leva à afirmação da “regra” de que a norma posterior afecta – expressa ou tacitamente; total ou parcialmente – a eficácia da norma anterior revogando-a, derogando-a, modificando-a, ou eventualmente suspendendo a sua eficácia (*lex posterior derogat priori*)⁶⁶⁵, em princípio sempre com efeitos *ex nunc*, não devendo os efeitos da norma posterior projectar-se retroactivamente sobre a norma anterior⁶⁶⁶. Trata-se da consagração de um autêntico princípio que tem na sua base não apenas a ideia de que a prescrição contrária impossibilitaria o progresso jurídico, mas também a presunção de que o legislador não actua sem sentido, não devendo as suas normas novas considerar-se inúteis.

A este respeito, e não obstante a aparente simplicidade com que a regra se apresenta, afigura-se-nos que algumas precisões adicionais devem ser elaboradas, em particular (i) quanto aos seus fundamentos e (ii) quanto aos seus efeitos.

- (i) Em primeiro lugar, a regra referida impõe-se, nos quadros de um agregado normativo actual – necessariamente subordinado aos postulados do *Estado de Direito e Democracia* –, não porque este contenha em si alguma *cláusula implícita de revogação*⁶⁶⁷, mas sim em face das exigências apresentadas pelo princípio democrático: na medida em que o poder (*lato sensu*) não é exercido indefinidamente, mas sim mediante um regime no qual os respectivos titulares estão sujeitos a mandatos de renovação e transitoriedade, parece claro que os seus novos detentores têm o direito de tomar opções normativas diferentes das dos anteriores. O contrário seria pretender que as gerações passadas limitassem as opções de vida das gerações seguintes, cristalizando as soluções jurídicas e impedindo que a vontade democrática posterior pudesse impor-se⁶⁶⁸.

664 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 235.

665 V. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 218; BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 235.

666 Cfr. GORLERO, Maurizio P., “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 16.

667 Significaria tal formulação que toda a norma jurídica tem inserida em si uma cláusula no referido sentido, habilitando a norma posterior sobre a mesma matéria a afastá-la do ordenamento. Contudo, estamos com BLANCO de MORAIS quando este autor afirma que um princípio de tipicidade dos actos normativos – se bem que a sua referência se circunscreva aos actos legislativos – e aos respectivos efeitos o impede. Com efeito, a possibilidade revogatória expressa apenas poderá ser prevista pela norma (superior) sobre a produção normativa e não pela própria norma- objecto (auto-referência). V. “As leis reforçadas...”, cit., 238.

668 Cfr., ainda, SORRENTINO, Federico, “*L’abrogazione...*”, cit., 23 e ss.

(ii) Em segundo lugar, parece ser de aceitar que a aplicação desta regra na tentativa de resolução de conflitos normativos implica a preterição (limitação de eficácia) da norma anterior e não a sua invalidade, pois em altura alguma se questiona, neste quadro, a compatibilização em termos hierárquicos ou valorativos de ambas. Serão duas normas à partida orgânica, formal e materialmente (valorativamente) idênticas ou homogêneas, com o mesmo objecto, embora com disposições díspares, pelo que a antinomia não vicia nenhuma delas. A preterição, nestes casos – ou, se preferirmos, em termos positivos, a preferência –, poderá ter como consequência a expulsão de uma das normas antinómicas – a anterior – do complexo normativo de que faz parte (ou seja a sua revogação); a sua alteração pela norma posterior; ou ainda a suspensão da produção dos seus efeitos jurídicos. No que particularmente diz respeito aos efeitos revogatórios, trata-se de uma regra, é importante notá-lo, que fica excluída em situações de escalonamento normativo, apenas se tornando operativa nos casos em que se estabelecem relações ou nexos de paridade entre as normas internas que se sucedem. Empregando este raciocínio à realidade normativa derivada do ordenamento português poderíamos estabelecer o seguinte rol de hipóteses no âmbito das quais a revogação se torna possível e efectiva:

- 1) relações norma constitucional – norma constitucional;
- 2) relações gerais acto legislativo – acto legislativo;
- 3) relações gerais regulamento – regulamento.

Diversamente, não nos parece ser de admitir, em sede de princípio, a revogação de uma norma regulamentar por uma norma legal, nem a revogação desta por uma norma constitucional.

Não se trata em caso algum, insiste-se, de invalidação, pois a norma preterida apesar de antinómica em relação à norma preferente não está viciada, até porque esta segunda não constituirá, em princípio, parâmetro aferidor da sua validade. Se for este o caso, então o critério a aplicar será eventualmente o critério hierárquico e não o cronológico que, como se disse, pressupõe identidade de valoração normativa. Além disso, e como já resulta do exposto, esse efeito derogatório (revogação, modificação ou suspensão de eficácia) só opera entre normas jurídicas qualitativamente equivalentes⁶⁶⁹, quer

669 Cfr. CRISAFULLI, Vezio, “*Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*”, in RTDP, 1960, 4, 780.

quanto ao núcleo produtor (fonte: v.g., entre actos legislativos, ou entre regulamentos), quer quanto ao valor (hierarquia) – nunca entre normas provenientes de fontes diversas ou com valor diverso. Nestes últimos casos, como veremos, outros critérios serão convocados para a resolução de um eventual conflito. Ainda em termos de produção de efeitos, importa referir uma consequência jurídica lateral que, eventualmente, pode suceder à aplicação operativa deste critério: o efeito repristinatório. De facto, nas situações em que a norma mais recente procede a uma revogação expressa da norma revogatória antiga sem que se faça acompanhar de uma nova disciplina jurídica aplicável ao caso, é de aceitar o renascimento da norma primeiramente revogada, no intuito de evitar o nascimento de um “espaço em branco”⁶⁷⁰.

Partindo do que acabamos de dizer, pode-se trazer ao discurso o problema das limitações dos efeitos do critério cronológico. Na verdade, constata-se que, por vezes, os efeitos derogatórios não se produzem, seja porque são afastados expressamente, seja porque outros critérios de resolução de conflitos normativos são convocados. No primeiro caso, assiste-se como que a um *congelamento material*, uma espécie de imunidade criada com o objectivo de preservar determinada norma de investidas futuras que incidam sobre o mesmo núcleo. Pense-se, por exemplo, nas normas que estabelecem limites materiais de revisão constitucional, no âmbito das quais, como se compreende, o princípio *lex posteriori* não tem operatividade relativamente à norma protegida (isto é, não pode a norma constitucional posterior – admitindo-se que chega a atingir esse grau – derogar a norma constitucional anterior)⁶⁷¹. No segundo caso, entra-se no campo dos denominados conflitos de segundo grau, ou conflitos entre critérios, temática que será por nós abordada adiante.

Por último, convém salientar a ideia de que, em rigor, nestes casos não chega verdadeiramente a existir um conflito normativo concreto, pois as normas em questão dificilmente se aplicarão à mesma situação. Significa isto que o apelo à regra *lex posteriori* faz-se num plano abstracto, não num plano jurídico-positivo concreto, o que terá como consequência que a sua utilização não é feita – diferentemente do que se passa com outros critérios – pelo aplicador das normas (v.g., juizes) mas pelo seu criador. Por isso ainda, num certo sentido, será correcto afirmar que estamos em presença

670 Assim, SORRENTINO, Federico, “L’abrogazione nel quadro...”, cit., 20.

671 V. NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 21.

de um modo de resolução de conflitos de feição legislativa e não de feição jurisdicional.

2.1.2.2. Critério da especialidade

Uma forma de resolução de conflitos normativos que também não implica invalidação da norma preterida é a que se consegue através do apelo à regra “norma especial afasta norma geral” (*Lex specialis derogat legi generali*)⁶⁷². Trata-se da afirmação de uma regra de natureza teórica, não positiva – ou pelo menos não necessariamente positiva pois independe de consagração num âmbito de normação sobre a normação –, e que revela uma elementar preocupação material de justiça, ao contrário de outros critérios resolutores de conflitos que têm em vista, principalmente, preocupações formais de arrumação categorial.

A cabal compreensão deste critério implica a assunção da ideia de que deve ser estabelecida uma “relação de cabimento” de uma disposição normativa na previsão de outra, mais ampla⁶⁷³. Esta última (norma geral) é menos densa, portadora de comandos mais gerais (sob o ponto de vista dos destinatários) e mais abstractos (sob o ponto de vista das situações abrangidas), e contém no seu perímetro de inclusão uma outra (norma especial), que, por sua vez é portadora de um regime normativo parcial⁶⁷⁴, e é caracterizada pela maior densidade e menor abrangência, quer sob o ponto de vista subjectivo (destinatários) quer do ponto de vista objectivo (situações). Para além disso, esta segunda norma dispõe de forma diferente ou até contrária em relação à primeira, pois caso tal não suceda nem sequer estaremos perante um conflito normativo, mas uma mera redundância⁶⁷⁵.

Interessa colocar em realce a relatividade deste critério. Aqui verifica-se com maior evidência que a relação de tensão que se estabelece entre as duas normas pode ser portadora de uma espécie de *efeito externo*: o mesmo acto (norma) pode ser geral em relação a outro e especial em relação a um terceiro. Será o caso de três normas que, sucessivamente, estabeleçam uma disciplina jurídica gradativamente menos abrangente. Exemplificando:

672 V. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 220-221.

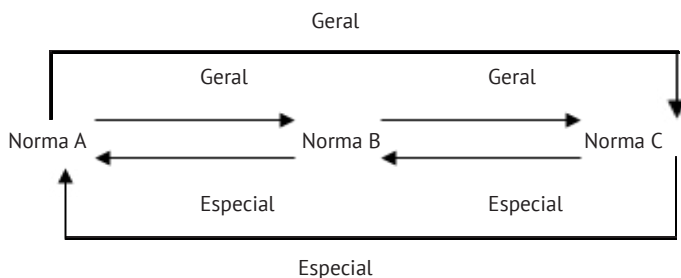
673 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 244.

674 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 244.

675 Cfr., a propósito do tema, ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Definiciones y normas*”, cit., 34, e SANTIAGO NIÑO, Carlos, “*Introducción...*”, cit., 289 e ss.

- 1) uma norma estabelece que “Todos os titulares de rendimentos tributáveis devem apresentar uma declaração anual da qual os mesmos constem” (norma A);
- 2) uma segunda prevê que “Os titulares de rendimentos do trabalho devem apresentar uma declaração semestral na qual os mesmos constem” (norma B); e,
- 3) uma terceira prescreve que “Os titulares de rendimentos do trabalho por conta própria devem apresentar uma declaração mensal na qual os mesmos constem” (norma C).

Neste caso, a norma B (assim como a norma A) é geral em relação à norma C e (assim como a norma C) especial em relação à norma A. Esquematicamente, teríamos (rep. VIII):



(Rep. VIII)

O estabelecimento de uma regra no sentido da preferência da norma especial em relação à norma geral, além de se relacionar com propósitos de atingir uma maior segurança aplicativa, encontra o seu fundamento na ideia de que o criador da mesma (legislador), ao emanar uma norma especial, pretendeu subtrair a matéria à disciplina genérica, com vista a atingir a justiça material e a plena consecução do princípio da igualdade, principalmente uma igualdade em sentido vertical⁶⁷⁶. Com efeito, com o trânsito da norma geral para a norma especial e com a aplicação preferente do acto menos extenso, está-se a reconhecer, em face de uma situação dada, a imprescindibilidade de afirmar uma diferença de tratamento, dado que a igualdade significaria, para essa situação, uma uniformização injusta.

Por outro lado, também aqui é de excluir o escalonamento normativo. Quer isto significar que a relação norma especial – norma geral, e a consequente

⁶⁷⁶ V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 247.

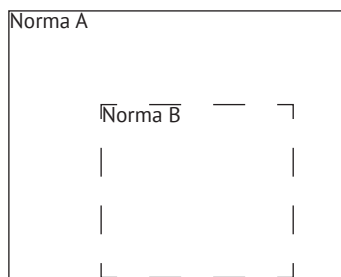
preferência aplicativa da primeira – que implica não a revogação da segunda, mas a sua derrogação –, somente se torna operativa em situações de paridade ou equiordenação. Deste modo, e designadamente, a norma superior não derroga, antes torna inválida, a norma inferior que se assume, em relação a ela, como geral. Exemplificando: não se pode, de uma forma juridicamente aceitável, dizer que a lei derroga o regulamento (ou vice-versa), apenas se admitindo que seja derogada por outra lei de natureza idêntica.

2.1.2.3. *Critério da territorialidade*

Enquanto critério regulador de conflitos normativos, a territorialidade tem o seu campo preferencial de aplicação nos ordenamentos onde se verifica a existência de núcleos produtores descentralizados. Neste contexto, “descentralização” deve ser tomado como sinónimo de disseminação ou dispersão dos centros com prerrogativas de introdução de normas jurídicas (Direito objectivo) no ordenamento, o mesmo é dizer, num determinado sentido, centros que possam ser qualificados como “fontes de Direito”⁶⁷⁷. Tal disseminação é aqui encarada sob o ângulo da desestadualização em sentido descendente, particularmente numa perspectiva territorial, sendo de reconhecer núcleos centrais de produção normativa – v.g., Estados federais, Estados central – e núcleos locais – como Estados federados, Cantões, Regiões, províncias, etc.— cada qual, em princípio, com prerrogativas, reservadas ou partilhadas, de criação de Direito. Por este motivo, pode-se entender que “territorialidade” e “competência” se afiguram como critérios siameses, o que significa que o primeiro se trata de um critério operativo apenas em presença de normas emanadas por órgãos com competência constitucionalmente reconhecida para tal.

Daqui resulta, ou pode resultar, a existência de material jurídico com âmbitos de aplicação territorial sobrepostos, como será o que sucede, por exemplo, quando uma norma de abrangência territorial mais ampla dispõe em sentido diferente, sobre a mesma matéria, em relação a uma outra de abrangência territorial mais restrita, como se pode verificar na figuração seguinte (Rep. IX):

⁶⁷⁷ V. CRISAFULLI, Vezio, “*La legge regionale...*”, cit., 262.



(Rep. IX)

Como se constata, aqui a relação de tensão materializa-se num plano de sobreposição da norma A em relação à norma B e não, a exemplo do que sucede em outras situações já por nós analisadas ou a analisar, num eixo unilateral — horizontal ou vertical — de tensão. A este propósito, importa destacar que a oposição territorial entre normas distintas não conduz necessariamente ao estabelecimento de uma hierarquia entre elas. A eventual preferência da parte de quem resolve o conflito pela aplicação de uma em detrimento da outra pode verificar-se num contexto de paridade, como será o que acontece quando conflituam dois actos legislativos do mesmo escalão hierárquico⁶⁷⁸. Não se pretende, com isto, significar que a referida hierarquia não se possa estabelecer; pelo contrário, existem ordenamentos onde ela até se apresenta como a regra⁶⁷⁹. Agora, o que é certo é que ela não se estabelece de uma forma necessária, de modo que a expressão “hierarquia em razão do território” não deixa de se mostrar sujeita a críticas.

Assim, em termos rigorosos, a convocação do critério da territorialidade como forma de resolução de conflitos normativos apenas tem efectiva aplicação quando se está perante uma relação acto universal – acto local, ambos competentes, ambos integrados no mesmo escalão normativo e ambos materialmente gerais ou especiais. Se não for o caso, compreende-se

678 Em face dos dados do ordenamento jurídico português, o referido no texto acontece nas relações que se estabelecem entre a lei *stricto sensu* e o decreto legislativo regional, no âmbito das quais, em princípio, este último pode preferir por ser uma lei territorialmente particular e não por ser hierarquicamente superior. Estamos a falar, como se compreende, do âmbito composto pelas matérias não reservadas à Assembleia da República ou ao Governo e previstas no estatuto político-administrativo da Região autónoma (cerne da verdadeira autonomia legislativa regional). Veja-se, a propósito, o art.º 228.º, n.º 2 da CRP nos termos do qual “na falta de legislação regional própria sobre matéria não reservada à competência dos órgãos de soberania, aplicam-se nas regiões autónomas as normas legais em vigor”.

679 Cfr., por exemplo, art.º 31.º da GG.

facilmente que poderá entrar em funcionamento o princípio da competência, ou os critérios do escalonamento ou da especialidade consoante os casos, mas não a territorialidade propriamente dita.

De qualquer das formas, a utilização de um critério apelativo do âmbito territorial das normas para dirimir conflitos normativos pode resultar num de dois sentidos, consoante a decisão básica do ordenamento em causa:

- pode criar-se uma regra de preferência do Direito territorialmente menos abrangente em relação ao Direito territorialmente mais abrangente – situação onde não é muito frequente o estabelecimento de uma hierarquia⁶⁸⁰;

680 A preferência pelo Direito local alcança particular destaque nas situações em que se acentua a tendência para a pulverização, em detrimento da centralização normativa, e historicamente foi durante o que se convencionou designar como “Idade Média” – numa época de influência e recepção do Direito romano, a partir de finais do sec. XII – que se impôs nos espaços jurídicos então existentes. Como se sabe, à desagregação e queda do Império Romano do ocidente sucedeu-se a proliferação de inúmeros centros decisórios, disseminados e desarticulados entre si, originando uma estrutura (?) jurídica *sui generis* caracterizada pela multiplicidade e pluralismo de fontes. Em termos tópicos, poder-se-à, se bem que não sem alguma imprecisão, afirmar a existência de centros independentes de produção normativa (a) nos reinos medievais sucessores das invasoras tribos germânicas, (b) nas grandes cidades (sobretudo no Norte de Itália), (c) nos domínios dos muitíssimos senhores feudais senhoriais e, com extrema importância, (d) as várias corporações então existentes (artífices, comerciantes, universidades, etc.). Ora, a todas as normas (muitas delas costumeiras) emanadas destes núcleos haverá a adicionar – principalmente no domínio das relações privadas – aquele que ainda era considerado o Direito perfeito, porque racional: o Direito romano – um Direito justo, sistematizado, coerente. Um Direito que, acima de tudo se afigurava como *comum* (*Ius commune*), não só tendo em vista a racionalidade apontada, mas também tendo em vista a sua expansão geográfica. Ora, em face deste pluralismo jurídico, naturalmente se colocarão problemas de compatibilização nos casos em que as diferentes normas – com diversa proveniência e legitimidade, recorde-se – entre si colidam, principalmente nos casos em que os Direitos próprios colidam com o Direito comum. A solução passa, naturalmente, pelo estabelecimento de verdadeiras regras de conflitos, sendo a mais importante, nesta altura, a que determina que os Direitos próprios têm primazia sobre o Direito comum, ficando este configurado como um *Direito subsidiário*. Historicamente, nos territórios situados na orla do desagregado império romano (do ocidente) os principais conflitos normativos verificavam-se entre os Direitos das várias tribos ou povos germânicos e o Direito comum constituído, como vimos, na sua grande maioria, pelo Direito romano. Particular destaque merecerão, neste aspecto, os séculos XV e XVI pela abundância de exemplos de codificação dos Direitos (costumeiros) locais bávaros: a *Reformation*, de 1518, a *Gerichtsordnung*, de 1520 e no mesmo ano o *Büch der gemeinen Landpot-Landsordnung*. Como exemplo de uma verdadeira norma de conflitos, consagrada da regra *Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichsrecht* podemos apontar a disposição contida na *Reichskammergerichtsordnung* (1495) que estabelece que o Tribunal do Império deve, na falta de disposição local, julgar *nach des Reichsgemeinen Rechten*. Em Portugal, também se encontra sem dificuldade uma regra de conflitos que prescreve a derogabilidade do Direito comum em face do Direito local, designadamente as “leis do reino”. Com efeito, no livro II, título 9 das *Ordenações Afonsinas* (1446-7) estatui-se que “*onde a Lei do Reino dispõem, cessam todalas outras Leis, e Direitos...*”. Trata-se de uma afirmação inequívoca da superioridade do Direito local sobre o geral, em termos de se pode tirar duas conclusões: em primeiro lugar, em caso de conflito entre o Direito do reino e o Direito comum, prevalece o primeiro; e, em segundo lugar, não se trata de uma derrogação absoluta deste último, pois ele continua a ser aplicado a título subsidiário, em face do seu carácter

- ou uma regra de sentido inverso, isto é de preferência do Direito de abrangência territorial mais alargada, situação onde, com maior frequência se pode estabelecer uma hierarquia.

2.1.2.4. Critério do escalonamento (hierarquia)

O escalonamento de um ordenamento normativo, se bem que sempre reconduzido ao esquema binário básico sobreordenação-subordinação, encontra raízes profundas em termos históricos – podendo-se dizer que a ideia de hierarquia em geral nasceu e desenvolveu-se no seio da igreja católica⁶⁸¹, se bem que normativamente possa ser defensável que advém da revolução francesa e da superioridade da lei como vontade geral⁶⁸² – e pode ser feito mediante o apelo a critérios estruturantes diversos e a opções normativo-valorativas também distintas. Ora, na medida em que o estabelecimento de uma graduação entre normas pressupõe uma decisão normativa prévia (bem entendido, a existência de uma norma sobre a norma que estabeleça os parâmetros básicos das estruturas normativas de um determinado ordenamento) pode dizer-se que estamos em presença de um critério válido em termos de confrontação com os dados de um ordenamento jurídico-positivo concreto e não em termos de teoria geral dos ordenamentos. Importará, por isso, averiguar quais as coordenadas que o decisor, no momento do seu estabelecimento, tomou em consideração.

A este respeito podem ser apontadas variadíssimas tipologias gradualísticas, baseadas em outros tantos factores de diferenciação. Por exemplo, o Direito medieval estabelecia uma hierarquia valorativa ou substancial entre as normas, a partir da distinção *lex de sacris/lex de profanis*, enquanto as correntes jurídicas tipicamente jusnaturalistas tendem a basear-se

tendencialmente homogéneo e racional. Desempenha, portanto, um importante papel ao nível da integração das (muitas) lacunas do Direito pátrio. Este regime, se bem que com algumas alterações, continua em vigor no âmbito das *Ordenações Manuelinas* (1521) (livro II, título 5). As *Ordenações Filipinas* (1603) embora mantendo em vigor este regime, denotam uma clara preocupação de juridicizar esta questão, se se atentar a sistematização então escolhida: deixa de ser um problema. – como nas anteriores *ordenações* – de relações entre os poderes (v.g., temporais e espiritual) resolvido em sede de livro II, para passar a ser uma questão de “Direito aplicável”, resolvida já no livro III. Actualmente, não deixa de ser importante notar que, embora em outro contexto, GOMES CANOTILHO refere uma supletividade do ordenamento jurídico estadual em relação aos ordenamentos regional e local. Actualmente, pode-se vislumbrar a aplicação deste critério naquelas situações em que as normas emanadas de determinados entes locais (v.g., regiões, comunidades) preferem – sem que se afirmem como hierarquicamente superiores – em relação às normas Estaduais centrais.

681 Neste sentido, HERZOG, Roman, “*Allgemeine Staatslehre*”, cit., 189.

682 Neste sentido, RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica del Derecho Constitucional*”, Tecnos, Madrid, 1996, 105.

na dicotomia *lex fundamentalis/lex minus fundamentalis* e as correntes processualistas apontam para a diferenciação entre lei substancial e lei processual. Diversamente, e a partir da forma do Estado, pode-se estabelecer hierarquias normativas tendo por base o âmbito territorial ou geográfico de aplicação, o órgão produtor da norma, o substrato democrático desta, a sua forma ou os seus caracteres distintivos (generalidade e abstracção), etc.⁶⁸³

Antes de nos debruçarmos sobre as diferentes ponderações que podem estar na base do estabelecimento de um eixo de escalonamento (os “critérios hierárquicos”), procuremos empreender um esforço de sistematização e tentemos identificar os paradigmas básicos aos quais, neste particular, os diferentes ordenamentos se têm reconduzido. Neste seguimento, podemos apontar a existência de dois paradigmas (jurídicos) graduais básicos: um de natureza formal, que procura atender à proveniência ou ao procedimento genético de feitura das normas – que se pode desdobrar em diversos modelos –, e outro de natureza substancial, que procura atender ao conteúdo das mesmas.

Não obstante a diversidade de formulações, o que se verifica é que em todos os casos, estamos em presença de uma *qualidade jurídica relacional* emergente de um contacto de tensão entre normas de valor diverso – resultado da superação do paradigma da unidade formal da lei – e que, geometricamente, pressupõe a marcação de eixos verticais de sobreponibilidade⁶⁸⁴.

Procuremos então conhecer melhor os modelos em questão, com especial ênfase nos que possuem natureza formal.

683 Apenas a título de exemplo, diremos que CARRÉ DE MALBERG – entendendo que a mera distinção entre actos gerais e individuais não é suficiente para estabelecer uma hierarquia, pois há actos gerais hierarquicamente diferentes – defendia que essa graduação deve ser feita a partir graduação dos órgãos. Assim, cfr. CARRÉ de MALBERG, R., “*Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés...*”, cit., 25 e ss. Já ROSS defende um esquema escalonado, baseado nas ideias de delegação, e nos termos do qual as fontes se ordenam numa relação de dependência recíproca, cada uma delas pode ser origem (isto é, fundamento de conhecimento) de outra., na medida em que vale como seu ponto de entrada no sistema. Cfr. ROSS, ALF, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 312 e ss. Finalmente, o princípio do primado do Direito europeu reflecte o estabelecimento de uma hierarquia formal com aquele no cume (v. HAVERKATE, Görg, “*Materiale und formale Hierarchien...*”, cit, 1187).

684 Cfr. SAMPER, Christophe, “*Argumentaire...*”, cit., 336.

2.1.2.4.1. Modelos de escalonamento

2.1.2.4.1.1. Modelos formais (gradualísticos)

a) A proximidade em relação à competência das competências e a ideia de autorização

Um dos maiores contributos para o estabelecimento de um esquema de hierarquia entre normas terá sido dado por Kelsen que procurou basear tal hierarquia na ideia de autorização, tomando como pressuposto a adopção de uma teoria jurídica *pura*, isto é expurgada de elementos não jurídicos e a importância do elemento volitivo, enquanto componente subjectiva de qualquer norma. Constituindo qualquer norma jurídica um acto de vontade, assume-se que para que haja uma norma seja necessário haver previamente um órgão autorizante que permita que o órgão produtor preveja determinado comportamento como jurídico. Pode assim ser estruturado um modelo normativo escalonado a partir das ideias de *fundamento determinativo* (MERKL) e *fundamento de validade* (KELSEN). Neste quadro, o estabelecimento de uma relação de diferenciação vertical passa pela consideração de que existem normas determinantes e normas determinadas, sendo as primeiras aquelas que estabelecem e delineiam a forma e o conteúdo de outras, enquanto as segundas são as que vêem essa forma e conteúdo por outras delineadas. A partir desta premissa básica, a escola de Viena avança para a consideração de que a validade de uma norma jurídica só se pode encontrar em outra norma jurídica (ou seja, em outro dever-ser, nunca num ser)⁶⁸⁵, sendo a norma que constitui o fundamento de validade de outra uma norma superior, na medida em que disciplina a sua criação. Este delineamento pressupõe a existência de uma adequada normação sobre a produção jurídica, que teria o seu vértice num acto constituinte, numa norma positiva que se assume como o fundamento de validade de todas as outras, a que se convencionou chamar a Constituição desse ordenamento (*“Sie ist die Verfassung dieser Rechtsordnung”*)⁶⁸⁶. Esta Constituição, por sua vez, funda-se num pressuposto não materializável, mas meramente pensável, (a *Grundnorm*⁶⁸⁷), que autoriza o acto constituinte, e que é o determinante da

685 Cfr. KELSEN, Hans, “Der Begriff der Rechtsordnung”, in “Die Wiener rechtstheoretische Schule”, cit., 1397.

686 V. KELSEN, Hans, “Der Begriff...”, cit., 1397.

687 Assim, KELSEN, Hans, “Der Begriff...”, cit., 1397 e ss.

criação de todo o ordenamento^{688 689}, sendo a partir de si que derivam todas as outras normas⁶⁹⁰.

Daqui procede o conhecido esquema piramidal, de acordo com o qual um acto normativo determinado deverá conter em si a autorização do acto normativo superior. Por exemplo, para que o poder regulamentar possa ser exercido pelo agente administrativo, deve este indicar a autorização recebida do órgão legislativo; do mesmo modo, para que o órgão legislativo possa restringir liberdades fundamentais, deve de antemão indicar a autorização constitucional nesse sentido.

A graduação entre as normas será estabelecida com base nesta ideia de autorização e na correspondente proximidade em relação às decisões fundantes do ordenamento. O grau hierárquico do acto será, assim, directamente proporcional à proximidade em relação ao núcleo central da soberania (em particular o cerne desta: a competência das competências) e inversamente proporcional ao número de autorizações que o precedem.

Desta forma, em primeiro lugar, aparecer-nos-á a *Grundnorm*, fundamento último (insusceptível de autorização por qualquer outra norma, pois caso contrário, também esta por sua vez careceria de autorização e seríamos forçados a seguir uma linha de raciocínio até ao infinito) de todas as outras normas, ela própria uma norma lógica, não resultante do produto de qualquer vontade, pré- concebida e insusceptível de demonstração. Em segundo lugar surgem as normas constitucionais, atinentes, principalmente, às estruturas fundamentais da organização estadual (v.g., definição dos órgãos estaduais, distribuição de competências, regulamentação de procedimentos e de processos) e ao reconhecimento das liberdades fundamentais. Seguidamente, as normas ordinárias (designadamente, legislativas), e, no esquema Kelseniano, as normas costumeiras (fonte

688 Assim, KELSEN, Hans, “*Der Begriff...*”, cit, 1399.

689 Na verdade, este modelo estrutural de escalonamento parece ter na sua génese uma ideia de hierarquia orgânico-formal, ou seja, uma hierarquia que é estabelecida a partir da diferenciação da competência legiferante. Os actos serão diferentes consoante o órgão de onde provêm – Direito federal, Direito estadual; Direito Constitucional, Direito legal; Direito europeu comunitário, etc. – procurando-se assegurar a unidade do Direito, não só no espaço, como também no tempo (Direito local posterior, Direito nacional anterior, etc.). Claro que tudo isto pressupõe o estabelecimento prévio de uma hierarquia competencial e a resolução da questão de saber quem tem a *Kompetenz-kompetenz*, de modo a que se possa identificar claramente *quem* pode determinar os limites entre um escalão e outro. V. HAVERKATE, Görg, “*Materiale und formale Hierarchien...*”, cit, 1178.

690 À parte os actos normativos *stricto sensu*, temos alguns outros actos que têm o seu fundamento directo na constituição, não obstante o seu carácter eventualmente “executivo”: os actos políticos. V. ADAMOVIČ, Ludwig, “*Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*”, cit., 333

subsidiária). Posteriormente, seguem-se as normas regulamentares, emanadas do poder executivo. E, por fim, as normas “individuais”, aplicadoras dos preceitos gerais aos casos em concreto (actos administrativos e decisões jurisdicionais).

Particular destaque merece para nós um sub-modelo lógico-linguístico, atendedor da estrutura linguística das normas. HART é aqui o principal precursor ao distinguir normas primárias (de comportamento) e normas secundárias (normas sobre normas)⁶⁹¹. Estas últimas, referindo-se à produção das primeiras e corporizando uma meta-linguagem de que as normas primárias são objecto, afirmam-se superiores.

b) O substracto democrático das normas (teoria da representatividade)

Também é possível empreender uma escala de hierarquia normativa a partir do grau de representatividade quer do órgão que aprova a norma, quer do procedimento adoptado para a sua introdução do ordenamento jurídico⁶⁹². No primeiro caso, adoptar-se-ia uma fundamentação subjectivista da hierarquia, na medida em que se admite que esta seria estabelecida tendo em consideração a posição do órgão que constitui a fonte (em sentido impróprio), aceitando-se que as normas que provenham de órgãos democraticamente eleitos de uma forma directa teriam uma posição de primazia normativa. Se a tónica fosse colocada no *iter* de elaboração, essa primazia seria conferida às normas que, no seu processo genético, passassem em maior grau pelo crivo da democraticidade (princípio da legitimidade pelo consenso). Assim, de acordo com esta ideia de representatividade poderá ser proposto o seguinte esquema ordenacional hierárquico das várias normas:

- no topo dessa hierarquia encontraríamos as normas provenientes do corpo eleitoral propriamente dito, ou seja as normas com legitimidade democrática directa. Seria o caso, por exemplo, das normas aprovadas pelo povo por meio de um referendo legislativo;
- imediatamente a seguir em termos de hierarquia, posicionar-se-iam as normas com legitimidade democrática indirecta, resultado da

691 Pode-se aqui advogar uma tese de *superioridade lógica*: as normas sobre a normação devem assumir uma superioridade lógica — a que pode não corresponder a uma superioridade formal, na medida em que podem assumir a forma de normas ordinárias (cfr. art.º s 7.º e ss. do CC português) — em relação às normas normadas. Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 261.

692 Cfr. DAHM, Georg, “*Deutsches Recht...*”, cit., 186.

adopção do princípio da democracia representativa. Estariam neste nível as normas provenientes das assembleias electivas;

- finalmente, em terceiro lugar, teríamos as normas sem legitimidade democrática ou em que essa legitimidade se encontra diluída. Caberia aqui distinguir normas provenientes do poder executivo-administrativo – podendo aqui ser feita uma sub-distinção entre aqueles casos em que este estabelece com a assembleia electiva uma relação fiduciária, e aqueles em que tal relação não existe – e as normas de juizes não electivos (decisões dotadas de força obrigatória geral e, para os sectores que o defendam, o precedente judicial com força normativa).

c) O âmbito territorial das normas

Outro dos critérios determinantes para o estabelecimento de uma hierarquia é a territorialidade. Aqui, procura colocar-se em relevo não apenas a origem da norma – v.g., se estamos em presença de um órgão federal, estadual, regional ou local – mas também o seu âmbito geográfico de aplicação. Como já tivemos oportunidade de assinalar, a territorialidade assume-se como critério autónomo de resolução de conflitos normativos, na medida em que pode ser convocada mesmo em situações nas quais não se verifica hierarquia⁶⁹³. Todavia, no contexto em que agora nos movemos é precisamente esta vertente a que nos ocupa: a territorialidade enquanto factor determinante de uma hierarquia. Embora seja possível, em abstracto, fixar um eixo hierárquico num duplo sentido, o certo é que, em rigor, só será correcto falar em verdadeira hierarquia quanto estamos perante situações de opção pelo Direito geral, na medida em que, nas situações opostas, o que se verifica é antes uma preferência applicativa.

A regra segundo a qual o Direito de abrangência territorial mais vasta tem vantagem em relação ao Direito de abrangência territorial mais restrita assume singular relevo no âmbito dos Estados não unitários ou

⁶⁹³ Trata-se das situações nas quais se verifica, por exemplo, a consagração de um princípio de paridade entre os actos legislativos e administrativos do *Bund* e dos *Länder* (excepcionando-se, por consequente, e naturalmente, as normas constitucionais federais), onde estes últimos eventualmente preferirão. No sentido da adopção de tal princípio pela B-VG, cfr. ADAMOVICH, Ludwig “*Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*”, cit., 334.

compostos⁶⁹⁴, e em particular dos Estados constituídos sob a forma federal. Neste tipo de Estados — onde, como já tivemos oportunidade de salientar, entes menores, mais do que meras corporações territoriais autónomas (*Gebietskörperschaften*), consideram-se juridicamente verdadeiros Estados⁶⁹⁵ —, assiste-se a uma tensão jurídica permanente entre forças de direcção centrífuga e forças de direcção centrípeta, tornando-se imperioso assegurar a coerência entre as várias normas conflituantes. Neste contexto, assume-se que as normas emanadas pelos núcleos de produção dos Estados federados devem estar de acordo com as normas emanadas pelos núcleos de produção do Estado federal⁶⁹⁶, estabelecendo-se — aqui sim — uma verdadeira hierarquia entre elas, podendo ser apresentados dois arquétipos clássicos: a Constituição Norte-Americana, nos termos da qual o Direito federal é concebido como *supreme law of the land*⁶⁹⁷ e

694 V., a propósito, PAREJO, Luciano, “*La prevalencia de derecho estatal sobre el regional*”, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1981; GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 806 e ss.; CUOCOLO, Fausto, “*Rapporti fra leggi statali e leggi regionali...*”, cit., 61 e ss.

695 V., por exemplo, BLECKMANN, Albert, “*Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht*”, cit., 391 e ss.

696 V. BURDEAU, Georges, “*Manuel de Droit Constitutionnel*”, cit., 55; SOMMERMANN, Karl-Peter, “*El federalismo cooperativo*”, cit., 2281; KATZ, Alfred, “*Staatsrecht...*”, cit., 128.

697 A ordenação competencial e a distribuição normativa — em termos territoriais — que a partir da Constituição dos EUA se pode estabelecer repousa principalmente em duas importantes disposições: a décima emenda e a chamada *Supremacy Clause* (art.º VI, cláusula 2.ª). Estabelece o primeiro desses preceitos normativos que:

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

A primeira conclusão que uma leitura rápida desta disposição permite tirar é a de que a distribuição de competências entre a união e os estados tem como ponto de partida a enumeração dos poderes federais. Logo a competência dos estados é residual e quase se pode afirmar que estamos em presença de dois círculos de actuação separados e sem plano secante algum. Contudo, os conflitos aparecem, e para os resolver temos a *Supremacy clause* (art.º VI, cláusula 2.ª), nos termos da qual:

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land

A maior vitalidade a este princípio foi dada por MARSHALL principalmente em *Mc Culloch vs. Maryland* (1819) e *Gibbons vs. Ogden* (1824), estabelecendo-se que a actuação federal válida (qualquer que seja a sua forma) deve prevalecer sobre a actuação estadual (também independente da forma) contraditória. Note-se, todavia, que não se trata de estabelecer nem competências reservadas, nem uma hierarquia entre poderes (mas entre actos normativos), pois, por um lado, as competências estão estabelecidas noutro dispositivo normativo e a sua menção nesta sede seria uma repetição e, por outro lado, os poderes da Federação e dos Estados são equivalentes e hierarquicamente iguais. O que se trata é de estabelecer um efeito preemptivo (*preemptive capability* – princípio da preeminência). Saliente-se ainda que os actos do Congresso supra referidos são, não apenas os actos que sejam emanados no âmbito da competência reservada expressa do Congresso (art.º I, secção 8.ª), mas ainda os que se estabeleçam com recurso à *necessary and proper clause* (idem, cláusula 18.ª). Esta consubstancia-se numa espécie de cláusula competencial ampliativa, nos termos da qual:

a Constituição Alemã, que recorre à também clássica regra *Bundesrecht bricht Landesrecht*⁶⁹⁸.

d) A dependência jurídica

Ainda pode ser estabelecido um escalonamento normativo com base num critério de dependência jurídica (*Rechtlicher Bedingtheit*)⁶⁹⁹. Estamos aqui em face de situações em que uma determinada prescrição jurídica constitui a base de emanação de uma prescrição jurídica posterior, casos em que a prescrição baseante terá força normativa superior em relação à prescrição baseada. É o que se passa com os segmentos normativos de complementaridade, onde se apela para a existência de normas que não contêm uma disciplina jurídica exaustiva e que, por esse motivo de se podem designar, de um modo imperfeito, por “incompletas”. Tais normas, a maior parte das vezes, assumem a forma de actos legislativos e reclamam a integração, desenvolvimento ou densificação por outro acto, legislativo – situação em que se verifica uma hierarquia entre normas formalmente idênticas – ou não⁷⁰⁰.

The Congress shall have Power:(...) To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.

Refere a este propósito MARSHALL (v. McCulloch vs. Maryland): “*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consistent with the letter and spirit of the Constitution, are constitutional*”.

698 Trata-se, da mesma forma que o art.º VI cláusula segunda da Constituição dos EUA, de uma afirmação inequívoca de superioridade do Direito Federal sobre aquele de origem Estadual, traduzindo-se, nessa medida, numa verdadeira norma de conflitos. Com efeito, pressuposto necessário de aplicação deste art.º 31.º será a existência de um conflito normativo territorial ou seja, a concorrência de duas ou mais normas aplicáveis, provenientes de fonte territorialmente distinta, contraditórias e reciprocamente excluentes a regular a mesma matéria. Pode-se até afirmar que é uma norma que vale para todos os conflitos normativos – com excepção dos conflitos entre normas constitucionais, que são regidos pelo art.º 28.º da GG (“*Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates in Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen*.”) –, independentemente: do tipo de norma jurídica (por exemplo, no extremo, um regulamento federal prevalece sobre uma norma constitucional de um *Länder*) da precedência temporal, em termos de o Direito Federal posterior derrogar o Direito Estadual anterior.

699 Cfr., a propósito, SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung von Normen...*”, cit., 402.

700 É importante salientar que o estabelecimento de um escalonamento normativo com base num critério de dependência jurídica não dá corpo a um nexo jurídico de natureza revogatória ou derogatória entre as normas em confronto. Nestas situações, ou se entende que a norma complementar ou densificadora é inválida por violar os preceitos inscritos na norma complementada ou densificada – caso em que o tribunal competente deverá declarar a correspondente nulidade ou anulabilidade originária e, se for caso disso, expulsá-la do ordenamento jurídico [cfr. art.º 281.º, n.º 1, alínea b) e 282.º, n.º 1 da CRP] –, ou então entende-se que a posterior emanação de uma norma densificada (v.g., uma nova lei de princípios) pode tornar supervenientemente inválida a norma

Nestes casos, a hierarquia explica-se em face da prevalência material que a norma primária comporta, prevalência essa que se materializa no seu carácter impulsionador, porque activador da emissão de outros actos normativos, e modelar ou paradigmático, porque serve de orientação material vinculativa para esses outros actos⁷⁰¹. Este último aspecto, aliás, reveste uma extrema importância pois é através dele que se consegue vislumbrar o verdadeiro alcance das relações entre normas incompletas e densificadoras. As orientações materiais referidas assumem uma dupla dimensão positiva e negativa: positiva, na medida em que os actos secundários deverão constituir-se em conformação com determinados parâmetros substantivos, fixados mediante a imposição de linhas de conduta normativa (directivas) pelo acto primário; negativa, na medida em que este último impõe uma autêntica obrigação de não contradição, vedando a possibilidade de actuar de determinado modo ou de o acto densificador expandir a sua densidade reguladora para além de certos limites.

Duas situações são, neste contexto, individualizáveis:

- as leis que fixam bases, quadros, princípios ou regimes gerais e que reclamam posterior desenvolvimento (Leis de bases, Leis de enquadramento *lato sensu*);
- as leis que autorizam outro órgão a disciplinar determinado núcleo material (Leis de autorização), no âmbito de um quadro normativo básico e inultrapassável.

Compreensivelmente, as leis densificantes e as que dependem do referido enquadramento normativo prévio não poderão violar, respectivamente, as bases ou os princípios que densificam ou desenvolvem ou o desenho normativo traçado pelo órgão primário (*Lex completa derogat legi complenti*). A consequência de uma eventual violação será a invalidade da norma violadora que se assumirá *ab initio*, perante o ordenamento jurídico, como uma norma hierarquicamente inferior.

densificadora de um preceito análogo anterior (cfr. art.º 282.º, n.º 2 da CRP). O que não se verifica, em qualquer dos casos, é a revogação da norma inferior pela norma superior.

701 V. BLANCO de MORAIS, "As leis reforçadas...", cit., 310 e ss e 324 e ss. Todavia, o autor separa a parametricidade material da hierarquia, devido à constatação de que determinadas leis paramétricas não dispõem de força derogatória (vg., LEOE face à LOE, que exige um procedimento agravado, que a primeira não respeita). Contudo, como já deixamos assinalado, na nossa perspectiva não é a capacidade derogatória, mas a resistência derogatória que constitui o traço individualizador de uma relação hierárquica.

2.1.2.4.1.2. Modelos materiais

Adoptando outra perspectiva – que, em face dos propósitos da investigação e dos ambientes teoréticos em que nos movemos, merecerá da nossa parte apenas uma breve referência sistematizadora –, uma graduação escalonada pode ser encontrada a partir da diferenciação dos conteúdos das normas. Uma hierarquia assim concebida recebe o seu impulso a partir das diversas ponderações valorativas que o ordenamento integra, assumindo que existem normas valiosas e desvaliosas e que as primeiras, por o serem, são normas superiores. Será o caso, por exemplo, das concepções que vislumbram *normas constitucionais inconstitucionais* a partir de *contradições transcendentais* (OTTO BACHOF⁷⁰²) ou *contradições positivas*⁷⁰³ ou que, numa perspectiva Kantiana⁷⁰⁴, erigem a dignidade da pessoa humana à categoria de valor intangível⁷⁰⁵.

2.1.2.4.2. Efeitos jurídicos do escalonamento

Quer enquanto critério de resolução de conflitos normativos quer enquanto expressão da construção de um ordenamento, a hierarquia apela à ideia de supraordenação de determinado acto em relação a outro. Tal supraordenação, traduzindo a assunção da parte do ordenamento jurídico da ideia de escalonamento (*Stufenbau Theorie*), consiste numa posição de vantagem atribuída a uma norma em face de outra ou outras, assente no consequente reconhecimento (i) de um estatuto de parametricidade e (ii) de uma força normativa superior⁷⁰⁶.

a) Estatuto de parametricidade

Em primeiro lugar, reconhece-se à norma superior uma condição de parâmetro aferidor da validade das normas inferiores, o que, consequentemente,

702 V. BACHOF, Otto, “*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*”, cit., 11 e ss.; BVerGE, 3, 225, 234 e ss. (*Gleichberechtigung*); GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1232; BONAVIDES, Paulo, “O artigo 45 da Constituição federal ...”, cit., 6 e ss.

703 V. WIEDERIN, Ewald, “*Die Verfassungsgebung im wiedervereinigten Deutschland (Versuch einer dogmatischen Zwischenbilanz zu art. 146 GG n. F.)*”, in AöR, 117, 3, 1992, 413 e ss. e, em particular, 417 e ss.

704 Cfr. BRUGGER, Winfried, “*Grundlinien der Kantischen Rechtsphilosophie*”, in JZ, 1991, 19, 893 e ss., em particular, 900.

705 Assim, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “*Menschenwürde als normatives Prinzip*”, in JZ, 2003, 17, 809 e ss.; HERDEGEN, Matthias, “*Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin*”, cit., 877. Cfr. art.º 1 (1) e (3) da GG.

706 Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, “*As leis reforçadas...*”, cit., 266 e ss. V., tendo por referência as normas constitucionais, MODUGNO, Franco, “*Sulla posizione costituzionale dei Patti lateranensi*”, cit., 871-872.

implica um estatuto normativo privilegiado a ponto de se concluir pela invalidade da norma inferior antinómica. As manifestações jurídicas mais evidentes da atribuição de tal estatuto são, no âmbito do ordenamento normativo português, as possibilidades de declaração de inconstitucionalidade e de ilegalidade que arrastam, como se sabe, a invalidade da norma inferior (anulabilidade⁷⁰⁷), a maior parte dos casos com eficácia retroactiva e repristinatória⁷⁰⁸. Tradicionalmente estudada no quadro dos desvalores de certos actos jurídicos, a invalidade traduz uma categoria genérica no âmbito da qual se englobam várias realidades. Todas elas — nulidade e anulabilidade, para uns; nulidade, anulabilidade e inexistência (e, eventualmente irregularidade e ineficácia), para outros — na sua especificidade, todavia, apresentam um denominador comum: a ideia de sanção, de cominação de uma consequência negativa sobre um acto desvalioso para o Direito. A análise que se faz de tal acto é uma análise qualitativa em que ele é cotejado ou comparado com um parâmetro (superior) pré-determinado e se conclui pela sua contrariedade em absoluto, o que significa que um acto contraria ou não contraria o seu parâmetro, não existindo possibilidade de meio termo.

b) Força normativa superior: poder derogatório e resistência derogatória

Em segundo lugar, a norma hierarquicamente superior encontra-se revestida de um invólucro protector que se projecta num duplo sentido: é uma norma que pode eventualmente afectar a eficácia de outras normas que com ela conflituem e é uma norma que não pode ver a sua eficácia afectada por outras normas que com ela conflituem. Queremos com isto significar que as normas que, numa dimensão de escalonamento, se considerem superiores são portadoras de uma posição de supremacia que as dota de um poder duplamente perspectivado: por um lado, um poder de afastar do ordenamento as normas que não lhes sejam superiores e, por outro lado, um poder de resistir ao afastamento por parte das normas que lhes sejam inferiores. Para significar linguisticamente este poder bicéfalo podemos convocar a designação “força derogatória” — activa no primeiro caso (ou *poder derogatório*), e passiva no segundo (ou *resistência derogatória*).

707 Assim, no que respeita às normas inconstitucionais, MEDEIROS, Rui “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional” in *O Direito*, ano 121.º, 1989, III, 500 e ss, especialmente 508, 509. Todavia, podem-se apontar situações de autêntica nulidade — como sejam as de usurpação de poder legislativo por um órgão regional ou por uma Autarquia local e de violação do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias — ou de ineficácia — como a falta de promulgação, falta de referenda (apesar do enunciado linguístico utilizado pelo legislador constituinte) e falta de publicidade.

708 V., quanto a este último efeito, SORRENTINO, Federico, “*L’abrogazione...*”, cit., 23. Cfr., ao nível positivo, art.º 282.º, n.º 1 da CRP.

Note-se que esta *derrogatorische Kraft* não tem por referência a faculdade jurídica de derrogação em sentido estrito (que afecta um segmento determinado e parcial da disciplina), mas sim a de revogação⁷⁰⁹ (abrogação), e também nela se pretende abarcar as prerrogativas de modificação, interpretação e de suspensão de eficácia, em termos de se afirmar que o acto superior pode revogar, derrogar, modificar, suspender ou interpretar o acto equiparado (salvo situações “reforçadas”) ou inferior e não pode por este último ser revogado, derrogado, modificado, suspenso ou interpretado⁷¹⁰.

2.1.2.4.3. Os distintos níveis de diferenciação – esboço de uma escala de gradação

Em rigor, o estabelecimento de uma relação hierárquica ou escalonada entre normas não pressupõe a verificação simultânea de todas as características referidas nem, inversamente, a sua verificação isolada conduz necessariamente a uma gradação. Por exemplo, a consideração conjunta das forças derrogatórias activa e passiva para atribuir uma posição de escalonamento superior só é verdadeira num certo sentido: se é verdade que a resistência derrogatória, só por si, parece ser suficiente para afirmar uma supraordenação de certo acto, não é menos verdade que o poder derrogatório, só por si, é insuficiente para tal fim.

Desta forma, do cruzamento das coordenadas referidas — estatuto de parietricidade, poder derrogatório e resistência derrogatória —, pode resultar uma escala de gradação, com níveis de superioridade diferentes:

- num primeiro caso, individualizam-se as situações nas quais a norma supraordenada constitui parâmetro aferidor da validade da norma

709 Esta pode ser expressa ou tácita. A primeira tem lugar mediante a emanação de uma disposição derrogatória; a segunda tem lugar mediante a emanação de outro tipo de disposições normativas e pode dar-se por incompatibilidade ou por nova disciplina da matéria. Cfr. SESMA, Victoria Iturralde, “*Derogación innominada, acto de habla y condiciones de satisfacción*”, in AnFD, XIX, 2002, 358 e ss; v., também, REGLA, Josep, “*La derogación en pocas palabras*”, in AnFD, XI, 1994, 407 e ss.

710 É útil trazer à análise a distinção, proposta por alguma doutrina, entre disposições derrogatórias e disposições sobre derrogação. As primeiras consistem em enunciados linguístico-normativos que estabelecem que certos outros enunciados são derrogados, e podem assumir uma natureza nominada — quando é precisamente identificado o objecto derrogado (por exemplo, através da fórmula “é revogado o art.º X”) — ou inominada — quando o normador utiliza cláusulas derrogatórias genéricas ou de objecto indeterminado (por exemplo: “são revogadas todas as normas incompatíveis com a presente lei...”). Já as disposições sobre derrogação, como a própria designação sugere, consistem em enunciados que disciplinam os actos e efeitos derrogatórios. A propósito, v. SESMA, Victoria Iturralde, “*Derogación innominada...*”, cit., 357-358.

- infraordenada e possui quer poder derogatório quer resistência derogatória (capacidade derogatória plena)⁷¹¹;
- seguidamente, temos as normas possuidoras de resistência derogatória e estatuto de parametricidade, mas que não podem derogar normas inferiores antinómicas⁷¹²;
 - depois, pode-se vislumbrar normas com poder derogatório e resistência derogatória, mas que não constituem parâmetro aferidor da validade de outras normas⁷¹³; e
 - finalmente, encontraremos normas apenas com resistência derogatória, mas que não constituem parâmetro aferidor, nem podem derogar normas inferiores⁷¹⁴.

Materialmente, o estabelecimento de uma hierarquia pressupõe um requisito genético: entre as normas ordenadas deve existir alguma identidade, quer quanto ao seu fim quer quanto ao seu objecto⁷¹⁵. Esta identidade pode-se materializar em uma de duas conexões:

- por um lado, podemos estar perante uma conexão de sobreposição, que se verificará nas situações em que as normas são portadoras de uma distinta densidade normativa – em termos de uma se configurar como um mandato básico e a outra como um mandato complementar ou secundário –, caso em que ambas poderão coexistir num plano de disciplina cumulada;
- por outro lado, podemos estar perante uma conexão de justaposição, naqueles casos em que a densidade das normas é idêntica (ambas

711 Em termos de concretização normativo-constitucional, pode ser apontado o exemplo das leis de autorização legislativa, leis de bases ou leis estatutárias, em relação, respectivamente, aos decretos-leis autorizados, decretos-leis de desenvolvimento e decretos legislativos regionais.

712 Ainda em termos exemplificativos, podem-se referir os nexos normativos que se estabelecem, em termos de produção de efeitos jurídicos entre a lei de enquadramento do orçamento do Estado e a própria lei (anual) do Orçamento. Aqui, em face do especial procedimento de aprovação que é constitucionalmente exigido às matérias integrantes da segunda, não é de aceitar que uma lei de enquadramento posterior possa, por exemplo, modificar uma lei orçamental já em vigor.

713 Seria o caso, por exemplo, de se admitir a existência de normas com o recorte constitucional emprestado pela CRP às leis orgânicas, embora incidentes sobre matérias não reservadas. Trata-se, contudo, de uma hipótese meramente académica.

714 É o que se passa em certa medida, por exemplo e em referência ao ordenamento normativo português, com as leis orgânicas que, por esgotarem o segmento material que ocupam, não admitem sequer a existência de outras leis posteriores a disciplinarem as mesmas matérias, pelo que não as podem parametrizar ou modificar (embora na verdade, em termos práticos, também não lhes resistam por não sentirem tal necessidade).

715 Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As Leis reforçadas...”, cit., 264 e ss.

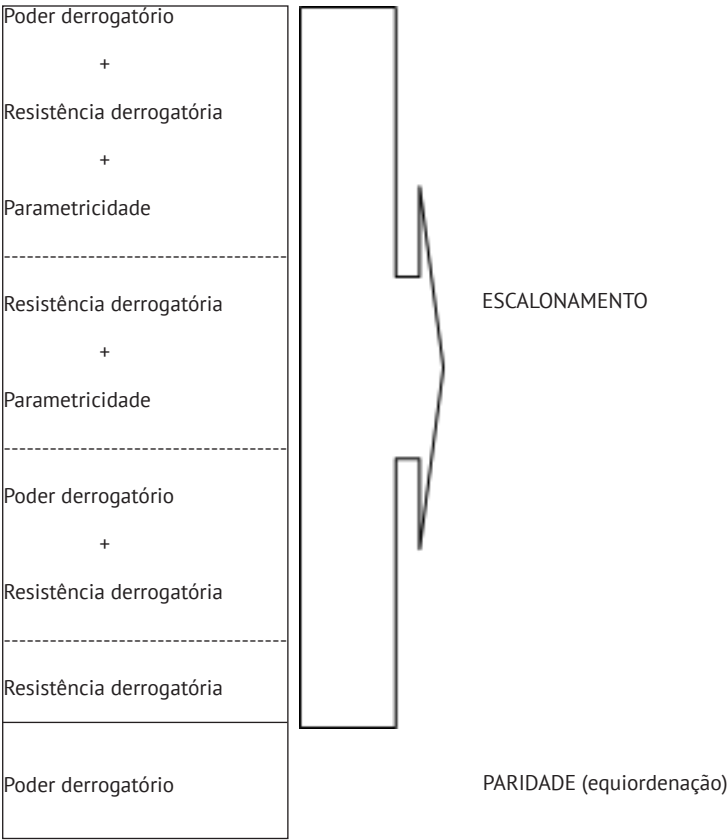
com igual grau de espessura concretizadora), situação em que apenas uma delas poderá, em princípio, persistir no ordenamento.

A partir dos dados referidos, pode estabelecer-se as seguintes deduções:

- 1) a resistência derogatória constitui a característica marcante da graduação. Daí que qualquer norma que a tenha se afirme como gradualmente superior, não necessitando sempre das outras características⁷¹⁶. É certo que nos casos de conexão de justaposição, a norma hierarquicamente supraordenada possui simultaneamente força jurídica superior e parametricidade material vinculativa, podendo revogar, alterar e suspender a eficácia da inferior, sendo-lhe reconhecido um estatuto de *capacidade derogatória plena*, e, por outro lado, constituir o seu parâmetro aferidor da validade. Contudo, o mesmo não acontece – ou, pelo menos, o mesmo não acontece *necessariamente* – nos casos de conexão de sobreposição. Pense-se, a título indicativo, numa situação na qual a Constituição de um determinado ordenamento reserva a competência de desenvolvimento a um determinado órgão, diferente do daquele que aprova a norma supraordenada (por exemplo, esta é aprovada pelo Parlamento e a competência de desenvolvimento está reservada ao Governo). Aqui, não obstante se continuar a estar em presença de um parâmetro aferidor de validade, não se poderia aceitar, sob pena de inconstitucionalidade orgânica (e, eventualmente, formal), uma alteração da norma infraordenada por parte do órgão que aprova a norma supraordenada (se bem que ainda se pudesse aceitar a sua revogação), pelo que se está em presença de uma *capacidade derogatória limitada*. Não obstante, a resistência derogatória mantém-se.
- 2) Não parecem ser verificáveis situações de normas que constituam parâmetro aferidor da validade de outras normas, mas que, tendo ou não poder derogatório, não tenham resistência derogatória.
- 3) As normas possuidoras de poder derogatório, mas sem resistência derogatória, são normas equiordenadas em grau. Estamos aqui em presença de uma situação na qual se verifica a existência de dois actos que se podem revogar mutuamente.

716 Essa força derogatória materializa-se num eixo de sobreposição que se projecta num duplo sentido – ascendente e descendente – e que pode ter na sua origem dois especiais fundamentos: a superior posição jurídica que o órgão produtor ocupa no plano do edifício constitucional ou a particular dependência jurídica de um acto em relação a outro.

Podemos representar graficamente estas possibilidades da seguinte maneira (Rep. X):



(Rep. X)

2.1.3. Concretização constitucional

Pois bem, após esta incursão teórica pelas dimensões mais relevantes dos critérios de resolução de conflitos normativos positivos, importa agora proceder a uma paragem discursiva tendente a confrontar essas dimensões com os dados fornecidos pelo ordenamento normativo português e a retirar daí as consequentes ilações. Trata-se de procurar efectuar uma reflexão conclusiva a partir do cruzamento do enfoque teórico-abstracto

até agora utilizado e o enfoque prático-concreto que um trabalho desta natureza necessariamente reclama. Neste sentido, traremos à colação a distinção já operada entre os critérios que reputamos de absolutos – os que não pressupõem norma sobre a norma, e não dependem de positividade (cronológico e especialidade) – e os critérios que consideramos relativos – carentes de uma referência dogmático-positiva (territorialidade e escalonamento).

a) Critérios absolutos

Quanto aos primeiros, não devem restar dúvidas da sua operatividade em termos sistemáticos internos. De resto, até se pode dizer que eles foram acolhidos positivamente de uma forma indubitável, embora vertidos em normas apenas materialmente constitucionais, como é o caso dos diversos números do art.º 7.º do CC.

Procuremos ver em que termos tal acolhimento se encontra juridicamente enquadrado:

- no que diz respeito ao critério cronológico, o segmento que menciona que “...a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei”⁷¹⁷ permite antever o princípio de acordo com o qual a vontade normativa actual impõe-se à vontade normativa passada, evitando que esta se torne invulnerável. Deve-se observar que, apesar de a referência ser feita apenas ao efeito revogatório, é de aceitar a admissibilidade dos restantes efeitos decorrentes da aplicação do critério em análise, nomeadamente, os efeitos de alteração e de suspensão de eficácia. Contudo, o efeito repristinatório fica afastado por determinação expressa do legislador⁷¹⁸.
- o critério da especialidade, por seu turno, aparece consagrado de uma forma indirecta, por via da articulação com o princípio “*lex posteriori...*”, ao prever-se que a lei geral, em princípio, não revoga a lei especial⁷¹⁹. Ainda assim, e não obstante esta formulação equívoca, a ideia de que com a norma especial o legislador tem por intuito subtrair a matéria à disciplina genérica e atingir a justiça material e a igualdade continua a ter plena aplicabilidade.

⁷¹⁷ Cfr. art.º 7.º, n.º 1, 2.ª parte do CC.

⁷¹⁸ Assim, art.º 7.º, n.º 4 do CC.

⁷¹⁹ Cfr. art.º 7.º, n.º 3 do CC.

Resta acrescentar o que, à partida, parece desnecessário dizer: na medida em que estamos em presença de normas inseridas no Código Civil, é certo, mas materialmente constitucionais, qualquer intervenção legislativa ordinária em sentido diverso – dando prevalência jurídica à norma anterior ou à norma geral – poderá estar ferida de inconstitucionalidade material.

b) Critérios relativos

α) Territorialidade

No quadro de uma adequada teoria dos conflitos normativos, o problema do âmbito territorial das normas e da correspondente eficácia normativa em função desse âmbito coloca-se fundamentalmente naquelas situações em que sobre a mesma matéria (i) o mesmo órgão aprova um diploma com pretensão reguladora universal e um outro diploma com pretensão reguladora localizada ou (ii) um órgão aprova um diploma com pretensão reguladora universal e outro órgão aprova um outro diploma com pretensão reguladora localizada, mas em que ambos têm competência para o fazer.

Deixamos já vincada em outra sede a ideia de que a territorialidade ganha corpo, enquanto critério de resolução de conflitos, nas situações de confronto acto universal – acto local, ressalvando que não deve ela ser convocada quando funciona o princípio da competência nem quando funciona o princípio do escalonamento. Quando tais princípios funcionarem, um dos actos será inválido, seja porque o respectivo órgão produtor não o pode emanar seja porque, podendo-o, o fez em desconformidade com o parâmetro superior que o enforma.

Ora, tendo por referência o ordenamento constitucional português, pode-se dizer que os problemas se suscitam nas seguintes situações (em todas elas, recorde-se, existe uniformidade do objecto disciplinado e competência prévia):

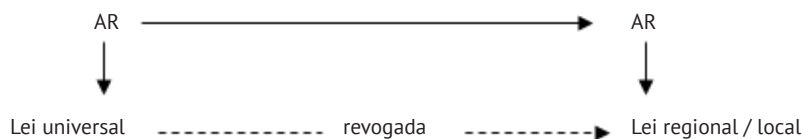
- 1) quando a AR ou o Governo emanam uma lei (ou um decreto- lei, naturalmente) de abrangência universal e uma lei de abrangência restrita (local ou regional);
- 2) quando a AR ou o Governo aprovam uma lei de abrangência universal e a Assembleia legislativa regional aprova uma lei de abrangência restrita (decreto legislativo regional); ou

- 3) a Assembleia legislativa regional aprova uma lei (decreto legislativo regional) de abrangência universal e uma lei de abrangência restrita.

Nestes casos, cabe perguntar: existe entre eles qualquer nexo de preferência? Em caso afirmativo, em que sentido?

Face aos dados fornecidos por uma observação dos elementos positivos, pode-se concluir que, no ordenamento português, é de aceitar uma preferência em função do âmbito territorial das normas, embora se trate de uma preferência com alcance bastante limitado, e restringido à situação 2) acima referida. Na verdade, nas situações 1) e 3), entendemos que serão de admitir as decorrências da aplicação do princípio cronológico, devendo a primeira das normas considerar-se tacitamente revogada pela segunda. Isto porque parece ser de supor que o criador normativo – que, em ambas os casos é o mesmo ou, pelo menos é *homólogo* – emanou uma norma que manifesta patente incompatibilidade entre as suas disposições e as disposições precedentes que já existiam no ordenamento, sem que se possa razoavelmente acreditar que desejava a manutenção destas últimas.

Exemplificando figurativamente:



Já na situação 2), os dados da questão alteram-se. Além de estarmos em presença de núcleos produtores distintos, deve ser tido em conta o estatuto constitucional de especial autonomia reconhecido às Regiões autónomas⁷²⁰. Tal estatuto leva a que se possa considerar que a norma regional tem preferência aplicativa em relação à norma universal⁷²¹, sendo que tal preferência resulta, não de qualquer hierarquia que se estabeleça entre ambos os actos – uma vez que estamos em presença de relações normativas

⁷²⁰ Cfr. art.º 228.º, n.º 1 da CRP.

⁷²¹ V. MIRANDA, Jorge, "Manual...", cit., tomo V, 403.

equiordenadas, — nem de qualquer competência reservada ao órgão regional — porque estamos em presença, recorde-se, de núcleos produtores igualmente competentes, — e nem sequer de qualquer relação de especialidade — pois assume-se que os dois actos têm idêntica densidade reguladora — mas resulta somente do âmbito territorial mais circunscrito por parte acto regional.

Mais uma vez de um modo exemplificativo e figurativamente:



Em conclusão, as normas regionais não estão hierarquicamente subordinadas às normas do Estado⁷²², nem vice-versa, apenas podendo afirmar-se que, na ausência de qualquer outro critério resolutor, a territorialidade desempenha um papel que, apesar de aparentemente residual, não deixa de ser importante. De resto, até parece ser neste sentido que o legislador constituinte prescreve que “na falta de legislação regional própria sobre matéria não reservada à competência dos órgãos de soberania, aplicam-se nas regiões autónomas as normas legais em vigor”⁷²³.

β) Escalonamento

Podemos começar por referir que o ordenamento normativo português é, indubitavelmente, um ordenamento fortemente escalonado. Não queremos com esta afirmação significar a ideia de que apenas se conseguem vislumbrar, no contexto dos enlaces normativos totais, relações de escalonamento. Na realidade, não pode deixar de se constatar que, a par destas, também relações de equiordenação (paridade) e até de reflexividade (circularidade) são possíveis de apontamento; todavia, também não deixa de ser verdade que os nexos de supra- e infra-ordenação são, além dos mais apelativos,

⁷²² Assim, GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho administrativo”, cit., 283.

⁷²³ Cfr. art.º 228.º, n.º 2 da CRP.

aqueles que conferem de forma mais expressiva a marca valorativa distintiva de um ordenamento.

A ordenação escalonada dos actos normativos parte da consideração de que alguns deles possuem uma acrescida força normativa em termos de resistirem às investidas derogatórias de outros e, por via disso, são considerados actos superiores. O estabelecimento desta *qualidade jurídica relacional* e destes *eixos verticais de sobreponibilidade*⁷²⁴ não pode deixar de ser efectuado sem a fixação em termos claros dos pontos de apoio que permitem delimitar os escalões, e sem a consideração dos dados que pode fornecer o ordenamento jurídico-positivo concreto no qual as normas se integram. Isto porque, insistimos em afirmá-lo, o estabelecimento de uma graduação entre normas pressupõe uma decisão normativa prévia, um desenho articulado de normação sobre a normação.

A Constituição portuguesa demonstra sem margem para equívocos que nem todo o Direito tem o mesmo valor jurídico em termos de projecção de efeitos, podendo-se com clareza revelar os distintos níveis que compõem a escala de gradação por nós atrás apontada e que resulta do cruzamento das coordenadas básicas *estatuto de parametricidade – poder derogatório – resistência derogatória*.

Contudo, antes de averiguar quais são os concretos escalões desenhados, será conveniente saber quais as coordenadas que presidem ao escalonamento.

A este respeito, o primeiro dado que pode ser retido é o de que não é possível efectuar uma graduação entre actos normativos a partir do seu substracto de representatividade. Aceitando a plenitude deste critério – e assumindo que a democracia directa não tem expressividade ao nível normativo⁷²⁵ –, teríamos de aceitar também que as normas emanadas através de esquemas de democracia semi-directa ou participativa, nomeadamente as que sejam aprovadas pelo parlamento na sequência de uma consulta referendária com efeitos vinculativos⁷²⁶, estariam supraordenadas em relação às restantes, o que não acontece, pois nem as leis, nem os regulamentos – actos relativamente aos quais pode haver referendo –, ganham força normativa acrescida em virtude de uma maior legitimidade democrática

724 Cfr. SAMPER, Christophe, “Argumentaire...”, cit., 336.

725 Cfr., todavia, art.º 245.º, n.º 2 da CRP.

726 Cfr. o art.º 115.º, em particular o n.º 11, da CRP.

que a consulta prévia lhes poderia emprestar. Por outro lado, e deslocando a argumentação para outro quadrante, também a aparente falta de legitimidade democrática dos actos legislativos do Governo não contribui para uma infraordenação destes em relação aos restantes actos legislativos, antes vigorando entre eles um princípio de paridade⁷²⁷. Além disso, convém não esquecer que as decisões dotadas de força obrigatória geral proferidas pelo Tribunal Constitucional⁷²⁸ (composto por juizes não electivos) produzem efeitos jurídicos equivalentes aos de uma lei, o que seria intolerável se o critério em análise fosse o adoptado.

Do mesmo modo, inutilmente se procurará estabelecer uma hierarquia entre normas a partir do critério da territorialidade. Desde logo, porque entre as leis e decretos-lei, por um lado, e os decretos legislativos regionais por outro, estabelece-se um relacionamento baseado no princípio da competência e no apartamento dos respectivos núcleos de disciplina material. Quando tal não sucede, prevê-se uma relação de subsidiariedade deste último em relação aos primeiros, e nunca uma relação de hierarquia⁷²⁹. A única situação em que, rigorosamente, se pode falar num escalonamento hierárquico entre actos nacionais e actos regionais verifica-se no eixo de subordinação dos decretos legislativos regionais às respectivas leis estatutárias. Contudo, mesmo aqui, não opera o princípio da territorialidade, na medida em que o âmbito geográfico de abrangência de uns e outras é precisamente o mesmo.

Finalmente, cabe referir que também o critério da dependência jurídica não se mostra convincentemente adequado para estabelecer um escalonamento entre normas. Na realidade, só se entendermos a dependência jurídica de um ponto de vista estritamente formal é que poderíamos descobrir algum sentido operativo, na medida em que as normas de um determinado escalão encontram nas normas do escalão que lhes é superior o seu fundamento de existência. Contudo, mesmo esta observação deverá ser entendida com cautelas, já que se por “fundamento de existência” entendermos a fonte genética da validade, então necessariamente seremos forçados a concluir que algumas normas que indubitavelmente fazem parte do ordenamento português encontram fora dele – e não rigorosamente num escalão superior – esse fundamento. É o que se passa, como veremos, com as normas de Direito internacional ou de Direito europeu comunitário. De qualquer

727 Assim, art.º 112.º, n.º 2, 1.ª parte, da CRP.

728 Cfr. art.º 282.º da CRP.

729 Cfr. art.º 228.º, n.º 2 da CRP.

modo, não foi no sentido apontado que nos referimos a dependência jurídica, mas antes na acepção de prescrição directiva-material que se encontra em determinados segmentos normativos de complementaridade (v.g., leis de princípios, leis de autorização). Neste sentido, o critério até pode ser útil, principalmente para sub-escalonar normas dentro do mesmo escalão. Mas não para distinguir escalões diversos.

Ora, após termos procurado demonstrar a inconveniência ou insuficiência de alguns dos critérios clássicos de escalonamento normativo, procuremos apontar aquele que para nós é o factor decisivo: a proximidade em relação ao núcleo da soberania e, particularmente, à competência das competências.

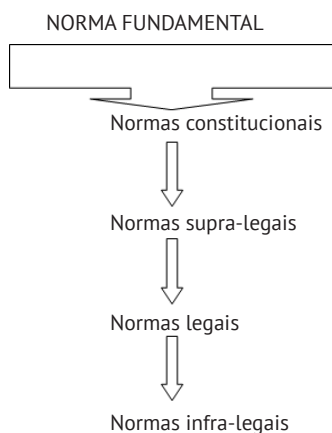
Este modo de encarar os fenómenos jurídicos parte da consideração de que cada disposição normativa encontra o seu fundamento normativo numa outra, de grau superior que, de uma forma mais ou menos pormenorizada, disciplina a sua produção e a sua introdução do ordenamento. A ideia de autorização desempenha aqui um papel fundamental, pois é a partir dela que se pode concluir que existem normas determinantes e normas determinadas, ou se preferirmos, normas delineadoras e normas delineadas. Em poucas palavras, existem normas primárias e normas secundárias (normas sobre normas). A graduação entre todas as normas será estabelecida com base nesta ideia de autorização e na correspondente proximidade em relação às decisões institutivas e fundacionais do ordenamento, em termos de o grau hierárquico ser directamente proporcional à proximidade em relação ao núcleo central da soberania⁷³⁰. Deste modo (Rep. XI):

- (i) identifica-se desde logo uma Norma fundamental pressuposta (*Grundnorm*) que se afirma como a Norma suprema e que procura dar resposta aos inconvenientes da circularidade lógica que adviria da consideração de que certa norma só seria válida se introduzida validamente no agregado;
- (ii) No plano positivo, são as normas constitucionais quem desempenham a função de normas sobre normas, ao estipularem o modo de criação das normas internas (*condição de validade*) e o modo de introdução das normas externas (*condição de aplicabilidade*), além de conterem prescrições valorativas e materiais que fornecem o conveniente substracto ideológico ao ordenamento. Em consequência, possuem capacidade derogatória e resistência derogatória plenas,

⁷³⁰ Neste sentido, GORLERO, Maurizio P. “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 12.

além de se afirmarem como parâmetro vinculativo de todas as outras normas⁷³¹.

- (iii) Seguidamente, é possível identificar um conjunto de segmentos normativos que são criados pelos poderes constituídos – daí não se integrarem no escalão acima referido – mas que, por motivos diversos (como constituírem um bloco de validade de outras normas, serem oriundas de núcleos externos específicos, etc.), não podem ser equiparadas às normas ordinárias *stricto sensu*. A sua autonomia justifica, segundo cremos e como procuraremos demonstrar, a criação de um escalão próprio que as integre.
- (iv) Abaixo delas, encontramos as normas ordinárias com valor legal que, por sua vez, possuem capacidade derogatória apenas em relação às outras normas suas análogas, e resistência derogatória em relação às normas do escalão inferior (regulamentar), às quais servem ainda servem de parâmetro balizador.
- (v) As normas regulamentares e equiparadas constituem o escalão mais baixo, encontrando-se parametrizadas pelas normas dos escalões superiores⁷³², não lhes sendo reconhecida capacidade derogatória senão em relação a outras normas regulamentares.



(Rep. XI)

731 Cfr. art.º 3.º, n.º 3 da CRP, de acordo com o qual "A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição".

732 Cfr. art.º 266.º, n.º 2 da CRP, onde se pode ler: "Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei..."

Como se consegue ver, à medida que as autorizações se vão sucedendo — isto é, à medida que nos vamos afastando do núcleo central da competência suprema — assim vai baixando o escalão a que a norma em causa pertence. Deve-se salientar a ideia de que a designação que aqui adoptamos tem carácter provisório e meramente expositivo, na medida em que, como constataremos, dentro de cada escalão não apenas as normas cuja designação referimos se podem integrar. Quer isto dizer que quando agora aludimos a “normas legais” ou a “normas regulamentares” não pretendemos afirmar que apenas leis ou regulamentos ali se encaixam, antes sucedendo que tal pode acontecer com outros tipos (v.g., normas de produção unilateral confessional, ou normas das convenções colectivas de trabalho). Por outro lado, também importa advertir para o facto de que podem existir marcas constitucionalmente reconhecidas e consagradas de diferenciação gradativa entre as próprias normas integrantes dos vários escalões. Exemplo disso são as denominadas “leis com valor reforçado”⁷³³ ou a subdivisão que deve ser feita entre alguns regulamentos⁷³⁴. Contudo, e como termos oportunidade de averiguar, não estamos em presença de escalões novos, mas tão somente de distinções intra-escalonadas.

2.2. Conflitos negativos – a integração de lacunas

Chegou agora o momento de passarmos à referência dos modos de resolução das dificuldades inerentes aos conflitos negativos. Assumimos já que estamos em presença de um verdadeiro problema jurídico que urge enfrentar e ao qual cumpre dar solução, problema esse que se materializa no facto de estarmos perante uma carência de regulação ou uma qualificação normativa incompleta. Recordando o que acima dissemos: no âmbito alargado de todo o material normativo existente num ordenamento, não se consegue encontrar uma norma para disciplinar um determinado espaço de pretensão reguladora.

A expressão “lacuna” — que diz respeito a uma realidade distinta dos espaços vazios de norma — é aqui recorrente. O seu preenchimento ou supressão concreta consiste numa tarefa (integração) consumada pelo aplicador normativo (v.g., juiz) que, para o efeito, pode convocar material jurídico de características bastantes diversas mas que tem em comum o facto de, directamente, não se referir ao espaço material lacunoso. Com propósitos

733 Cfr., por exemplo, art.º 112.º, n.º 2, 2.ª parte e n.º 3 da CRP.

734 Cfr. art.º 241.º da CRP.

sistemáticos, distinguiremos as situações em que tal material convocado provém do próprio ordenamento onde a lacuna se vislumbra e aquelas em que essa proveniência é externa, o que significa que provém de outros ordenamentos. Deste modo, com BOBBIO⁷³⁵, nos primeiros casos falaremos em auto-integração e nos segundos em hetero-integração.

2.2.1. Modelos de auto-integração

a) a analogia particular

A analogia – que, num certo sentido, evidencia uma forte tendência de expansão lógica de um ordenamento – consiste na transposição de uma regra prevista normativamente para determinada hipótese, para outra hipótese não regulada mas a ela semelhante ou, dito de outra forma, trata-se de assimilar um padrão de comportamento não qualificado normativamente a outro que o esteja e que tenha com ele em comum determinadas propriedades relevantes⁷³⁶. O juízo de assimilação aqui presente pressupõe que, sob o ponto de vista material, ambas as hipóteses são identicamente valoradas⁷³⁷, embora tal não signifique, simplesmente, identificação valorativa. O que se passa é que elas concordam em alguns aspectos e não em outros, até porque se concordassem em todos não seriam hipóteses semelhantes, mas hipóteses iguais e não haveria qualquer lacuna. Assim sendo, trata-se de um juízo que envolve uma dupla constatação: por um lado positiva, de que a semelhança existe, e, por outro lado negativa, de que as diferenças que existem não são de tal ordem que impeçam uma idêntica valoração⁷³⁸.

α) A teoria da *norma geral inclusiva*

A decomposição analítica do raciocínio analógico leva a concluir que estamos em presença de três normas distintas: uma norma particular inclusiva (NPI) – que prevê determinado padrão de comportamento como juridicamente relevante e que lhe faz corresponder uma determinada consequência jurídica –, uma norma geral excludente (NGE) – significativa da conclusão de que a todos os outros comportamentos não correspondem essas mesmas consequências jurídicas – e uma norma geral inclusiva (NGI) – que

735 V. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 242 e ss.

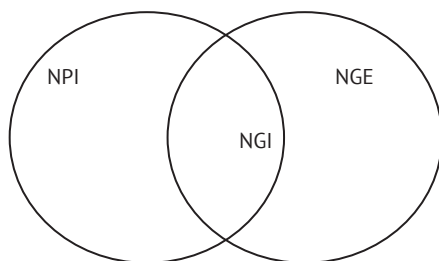
736 Cfr. SANTIAGO NIÑO, Carlos, “*Introducción...*”, cit., 285; BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 260 e ss.; PATTARO, Enrico, “*Filosofia del Diritto*”, cit., 234 e ss.

737 Cfr. LARENZ, Karl, “*Metodologia da ciência do Direito*”, cit., 461.

738 Assim, LARENZ, Karl, “*Metodologia da ciência do Direito*”, cit., 461 e HORN, Norbert, “*Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*”, 2.^a ed., C. F. Müller Vlg., Heidelberg, 2001, 118.

determina que o juiz, em presença de uma comportamento análogo, deve transpor para este a consequência normativa prevista na primeira norma. O espaço normativo abrangido por esta norma geral inclusiva, ao qual se vai aplicar o raciocínio analógico, constitui, de certo modo, uma zona intermédia entre o regulado e o não regulado. Como está bom de ver, as consequências jurídicas derivadas da aceitação de uma norma geral inclusiva do género “em casos análogos, aplica-se o disposto na presente lei” são relevantíssimas: se face a uma lacuna se aplica a norma geral excluyente, o caso resolve-se de modo oposto ao regulado (argumento *a contrario*); se se aplica a norma geral inclusiva, o caso resolve-se de modo idêntico ao regulado (argumento *a simili*).

Em termos figurativos, e apelando para a existência de conjuntos interseccionados, poderíamos exprimir esta situação da seguinte forma (Rep. XII):



(Rep. XII)

Convém, contudo, salientar que a existência de uma norma desta espécie, autorizadora da utilização do raciocínio analógico, é frequentemente proibida, até ao nível das normas superiores do ordenamento, por razões de segurança jurídica (*Analogieverbot*)⁷³⁹, sendo até o mais frequente em disciplinas normativas pertencentes a domínios sancionatórios (Direito criminal e Direito contra-ordenacional) e restritivos (v.g, Direito tributário impositivo).

β) Raciocínio analógico e raciocínio silogístico

Em termos estruturais, a analogia pressupõe um juízo de similaridade que encontra muita da sua operatividade no raciocínio de construção silogística.

⁷³⁹ Cfr., a propósito, HORN, Norbert, “Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie”, cit., 118.

Procuremos precisar os contornos desta afirmação.

Como se sabe, a forma clássica do raciocínio silogístico, baseado num método subsuntivo, funda-se na aceitação de dois raciocínios lógicos (duas premissas) como verdadeiros () e na dedução (=), a partir destes, de uma conclusão, ou seja:

$$(A \Rightarrow B + C \Rightarrow A) = C \Rightarrow B$$

Já o raciocínio analógico, partindo desta estrutura silogística requer um *plus* essencial: uma relação intermédia de similitude (\Leftrightarrow). Assim:

$$(A \Rightarrow B + C \Leftrightarrow A) = C \Rightarrow B$$

Como se pode constatar, no primeiro caso a conclusão $C \Rightarrow B$ é sempre necessária, enquanto no segundo pode não o ser. Em rigor, apenas o será se a similitude ou semelhança $C \Leftrightarrow A$ se assumir como relevante, pois se tal semelhança for irrelevante a conclusão não será, como deve, necessária⁷⁴⁰.

740 Uma “semelhança relevante” neste contexto significará que os factores da premissa têm em comum elementos que são condição ou razão suficiente para se lhes atribuir um certo predicado. Em princípio, e em termos jurídicos, tais elementos partem de uma comum *ratio legis*: o elemento que induziu o legislador a consagrar uma certa disciplina normativa ao 1.º caso também se verifica no segundo (Assim, BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 218). Procuremos ilustrar o que dissemos com o recurso a um exemplo demonstrativo de uma situação de semelhança relevante

Premissa 1: a tributação do rendimento na Holanda é justa ($A \Rightarrow B$)

Premissa 2: O Luxemburgo tem um sistema fiscal parecido com o Holandês ($C \Rightarrow A$)

Conclusão: A tributação do rendimento no Luxemburgo é justa

Já um exemplo de semelhança irrelevante seria o seguinte

Premissa 1: a tributação do rendimento na Holanda é justa

Premissa 2: Portugal é semelhante à Holanda porque também é um país da UE

Conclusão: A tributação do rendimento em Portugal é justa

Por conseguinte, parece ser mais acertado afirmar que os termos do raciocínio por analogia, afinal, não são três mas quatro:

$$(A \Rightarrow D + D \Rightarrow B + C \Leftrightarrow A) = C \Rightarrow B$$

Ou seja,

Premissa 1: A Holanda tem um sistema fiscal com impostos baixos ($A \Rightarrow D$)

Premissa 2: um sistema fiscal com impostos baixos é justo

Premissa 3: O Luxemburgo tem um sistema fiscal similar ao Holandês ($C \Leftrightarrow A$)

Conclusão: O sistema fiscal do Luxemburgo é justo

Para reduzir este raciocínio à forma de silogismo, elimina-se o primeiro termo:

$$(D \Rightarrow B + C \Leftrightarrow A) = C \Rightarrow B$$

Premissa 1: um sistema fiscal com impostos baixos é justo

Premissa 2: O Luxemburgo tem um sistema fiscal similar ao Holandês ($C \Leftrightarrow A$)

Conclusão: O sistema fiscal do Luxemburgo é justo

b) A suposta integração de lacunas mediante o recurso aos princípios gerais de Direito (analogia Juris)

Uma das formas tradicionalmente apontadas como método integrador de lacunas é o recurso aos Princípios gerais de Direito⁷⁴¹. Aqui, infere-se um princípio jurídico geral que se aplica tanto à hipótese não regulada como às hipóteses reguladas, ou, por outras palavras, de um conjunto de regras que disciplinam uma certa matéria, abstrai-se indutivamente uma norma geral não formulada, da qual as normas expressamente consagradas são concretizações ou densificações. Entende-se que se trata de princípios vectores e enformadores de todo um ordenamento, e que, por via desse carácter, estão na base de grande parte das suas opções normativas positivadas. A ser assim, não se vê que exista grande discrepância entre tais princípios e os princípios jurídicos fundamentais (*Rechtsgrundsätze*) cujos contornos foram exemplarmente fixados por GOMES CANOTILHO da seguinte maneira⁷⁴²: “princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica”. Resta aqui acrescentar – de resto como o faz o próprio autor – que tais princípios podem estar consagrados de forma expressa ou implícita na norma, nomeadamente constitucional, do ordenamento em causa. Como está bom de ver, estamos a trazer ao discurso as traves mestras da construção de qualquer ordenamento, a saber o Princípio do Estado de Direito, o Princípio Democrático e o Princípio da igualdade. Igualmente se poderão aqui incluir, na nossa perspectiva, os princípios políticos constitucionalmente conformadores, isto é os princípios que “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”⁷⁴³ (Princípio Republicano/Monárquico, Princípio do Estado Unitário/ Federal, etc.).

Perspectivado o problema desta forma, e assumindo, como desde o início desta investigação o fizemos, que as normas podem ser geneticamente consideradas princípios ou regras, parece poder concluir-se que o recurso a estes princípios como forma de integração de espaços lacunosos acaba por se considerar (ainda) uma *analogia legis*, se bem que em sentido impróprio. Com efeito, mais não se faz do que recorrer a outra norma do ordenamento, positivada ou não positivada (embora neste último caso, as exigências de segurança jurídica acarretem que se verifique, ao menos uma consagração implícita numa norma positivada) como forma de integração.

741 Cfr. PATTARO, Enrico, “*Filosofia del Diritto*”, cit., 240.

742 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1165.

743 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1166.

c) *O recurso ao costume*

Por último, outra forma de auto-integração de lacunas frequentemente referida e aceite pela teoria do ordenamento jurídico – e que não resulta excluída pela opção (por nós efectuada *ab initio*) no sentido do carácter normativista deste – consiste no recurso aos padrões tradicionais de comportamento (costume).

Como já tivemos oportunidade de deixar salientado⁷⁴⁴, o Direito, enquanto realidade eminentemente comunicativa, pode-se materializar, quanto ao seu conteúdo, na transmissão de padrões comportamentais de natureza diversa, nomeadamente padrões de natureza valorativa e padrões de natureza tradicional ou costumeira. Dissemos então que, em termos formais, tais padrões de comportamento se expressavam sob a forma de lei ou de precedente, consoante o ordenamento submetido em análise, e relegamos o costume para uma posição eminentemente secundária ou subsidiária, em face da primazia que aquelas formas assumem. Ora, neste momento, estamos em condições de avançar um pouco mais no desenvolvimento desta ideia.

Esse carácter subsidiário do fenómeno costumeiro – este último, recorde-se, traduzido na prática reiterada de uma determinada conduta humana, acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade fáctica – manifesta-se sobremaneira, ou melhor dito pode manifestar-se, no domínio da integração de lacunas. Aqui, onde as formas correntes de transmissão de juridicidade (v.g., a lei ou os precedentes judiciais) se revelam insuficientes, a integração da lacuna pode ser feita recorrendo às *práticas tradicionais*. Trata-se aqui, bem entendido, de um costume *praeter legem*, bem diferente do costume *contra legem*, ilegal e refutado pelo ordenamento.

2.2.2. Modelos de hetero-integração: o recurso a outros ordenamentos – em particular, o reenvio

Como dissemos, as lacunas podem também ser integradas por via da referência a material jurídico proveniente de ordenamentos forasteiros. Embora não seja uma solução comum, pelo menos teoricamente são admissíveis os reenvios extrasistemáticos⁷⁴⁵, quer no sentido de serem efectuados tendo por referência ordenamentos passados (“reenvio temporal”, como seria o caso, por exemplo, da referência integradora ao Direito romano), quer no

⁷⁴⁴ Cfr. supra, pp. 63 e ss.

⁷⁴⁵ V., a respeito, BAPTISTA MACHADO, João, “Âmbito de eficácia...” cit., 300.

sentido de terem por referência ordenamentos actuais (por exemplo, o ordenamento europeu comunitário, um ordenamento estadual estrangeiro ou até, para certo enfoque, o Direito natural).

2.2.3. Concretização constitucional

Em termos de ancoramento positivo, não se pode dizer que as *normas normarum* sejam significativamente esclarecedoras no que diz respeito ao problema da integração de lacunas. Ainda assim, algumas pistas orientadoras é possível fixar, principalmente a partir do art.º 10.º do CC – uma outra norma que se deve considerar materialmente constitucional –, designadamente as seguintes:

- (i) O modo “corrente” de integração será o recurso ao caso análogo – ou melhor, à norma que o disciplina –, enquanto reflexo de um processo de assimilação de um objecto material não qualificado normativamente a um outro que o está. Ponto é que se assuma entre ambos um nexó necessário de partilha de propriedades relevantes, nos termos que deixamos assinalados, o que exige que as hipóteses consideradas sejam identicamente valoradas pelo ordenamento no seu conjunto (o legislador refere-se a “razões justificativas” comuns)⁷⁴⁶;
- (ii) subsidiariamente, entende-se, no âmbito do ordenamento português, que é possível o recurso aos princípios gerais de Direito ou princípios jurídicos fundamentais (*Rechtsgrundsätze*). Embora tal não resulte directamente da formulação positivada, entendemos que de um modo disfarçado essa ideia se encontra prevista no enunciado linguístico que refere que “na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar *dentro do espírito do sistema*” (itálico nosso, naturalmente)⁷⁴⁷. Na verdade, recorrer ao “espírito do sistema” mais não parece ser do que fazer apelo aos fundamentos axiológicos básicos do ordenamento, isto é, àquelas coordenadas historicamente objectivadas e introduzidas na consciência jurídica, que não são colocadas em crise ou em dúvida por nenhum operador jurídico. Como já deixamos salientado, o recurso a estes princípios como forma de integração equivale ainda a recorrer a outra norma do ordenamento, positivada ou não positivada;

⁷⁴⁶ Cfr. art.º 10.º, n.ºs 1 e 2 do CC.

⁷⁴⁷ Assim, art.º 10.º, n.º 3 do CC.

- (iii) o recurso ao costume como modo integrativo apenas será de aceitar se tal costume se revê num dos princípios referidos em (ii).

3. A resolução dos conflitos normativos de segundo grau

Nos termos já referidos, convoca-se a noção de conflito de segundo grau quando se verifica uma de duas ocorrências: ou quando, em situações de afinidade total das normas (contemporâneas, ambas gerais, etc.), se dá a inaplicabilidade dos critérios de resolução dos conflitos de primeiro grau (conflito negativo de segundo grau) ou quando se conclui pela sua aplicabilidade simultânea e aplicando-se um obtém-se uma solução oposta da que resultaria da aplicação do outro (conflito positivo de segundo grau)⁷⁴⁸.

Começemos por nos referir a estes últimos.

3.1. Conflitos positivos

Estamos neste particular domínio a analisar situações jurídicas no âmbito das quais dois critérios são convocados para resolver a antinomia primária e se coloca a seguinte questão: qual dos dois aplicar? Antes de averiguar como resolver as antinomias concretas de segundo grau, convém, desde agora, fixar alguns traços elucidativos que melhor ajudarão a compreender e a enquadrar estes problema, nomeadamente: (i) o critério cronológico é considerado um critério “fraco”, na medida em que, quando conflituando, cede perante todos os outros; e (ii) o critério da territorialidade é o critério “mais forte”, pois prevalece, em situação de confronto, sobre todos os demais.

3.1.1. Conflito entre o critério cronológico e o da especialidade

Nesta possibilidade, a prevalência deve ser dada ao critério da especialidade, apesar de ser inegável que a articulação do princípio *lex specialis* com o princípio de que a norma posterior revoga a norma anterior se pode revelar bastante problemática.

As dúvidas começarão a surgir nos casos em que a norma especial é posterior. Esquemáticamente, a situação será a seguinte:

NG1 —————→ NE2

⁷⁴⁸ Assim, PIZZORUSSO, Alessandro, “Sistema istituzionale del Diritto Pubblico Italiano”, cit., 495.

É certo que nestas situações a norma geral anterior (NG1), e utilizando uma expressão propositadamente lata e imperfeita, não será aplicada; todavia, a questão que se poderá colocar é a seguinte: não é aplicada porque é uma norma geral (afastada pela norma especial) ou não é aplicada porque é uma norma anterior (afastada pela norma posterior)? A solução até nem será indiferente pois no primeiro caso a norma geral não é aplicada mas permanece no ordenamento jurídico — pois podem existir situações em que a norma geral seja aplicada porque não abrangentes por *aquela* norma especial — enquanto no segundo a norma anterior sai do ordenamento jurídico, revogada. A opção passará pela consideração da ideia de aproveitabilidade das normas jurídicas — o ordenamento não deverá excluir do seu seio as normas jurídicas que ainda possam por ele ser aplicadas. Tal leva a concluir que a norma geral anterior não será revogada pela norma especial posterior, sendo apenas por ela preterida.

Contudo, nos casos em que a norma especial é anterior, as inquietações aumentam. A situação será a seguinte:

Norma E1 \longrightarrow NG2

Aqui existe a tendência para se afirmar a ideia de que *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, chegando mesmo a afirmar-se a existência de um verdadeiro princípio. Tal resultaria da sobreposição óbvia do princípio da especialidade sobre o princípio cronológico, pelo que, no caso analisado, a norma especial anterior (NE1) não seria revogada nem preterida pela norma geral posterior (NG2). Contudo, especiais cautelas devem aqui ser tomadas. Como refere BLANCO de MORAIS⁷⁴⁹, “uma lei especial antecedente prevalece, a título parcial, sobre a lei geral sucessiva, bloqueando assim o princípio cronológico, contanto que o legislador que produziu o segundo acto não se tenha, inequivocamente, decidido por uma prevalência em favor deste” (revogação da lei especial anterior por via da lei geral sucessiva). No mesmo sentido, NACCI coloca em evidência que a prevalência, nestes casos, da lei especial anterior pode não ser defensável quando da vontade nova legislativa (completa, exaurente) se permita concluir que a sua manutenção no ordenamento não é, em absoluto, querida⁷⁵⁰.

749 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 235.

750 V. NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 21. Pense-se, por exemplo, na situação em que a norma geral posterior pretende constituir um princípio geral novo em relação ao princípio geral da qual a norma especial era excepção.

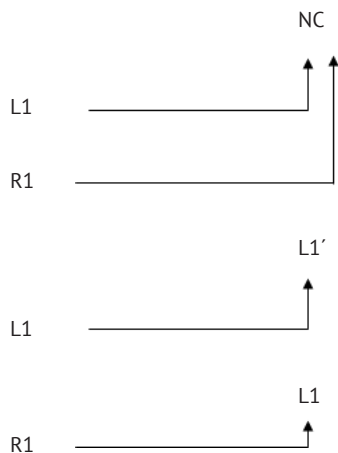
3.1.2. Conflito entre o critério cronológico e o da hierarquia

Também quando se encontra em oposição com o critério da hierarquia, o critério cronológico cede. A norma antinómica de grau inferior, seja anterior ou sucessiva, será sempre inválida. No primeiro caso aliás (norma anterior inferior *versus* norma posterior superior), o critério cronológico nem chega a operar, uma vez que a norma antinómica sucessiva superior prevalece sempre sobre a inferior anterior, não por causa da revogação, mas da hierarquia. Estamos aqui perante dois grupos de situações:

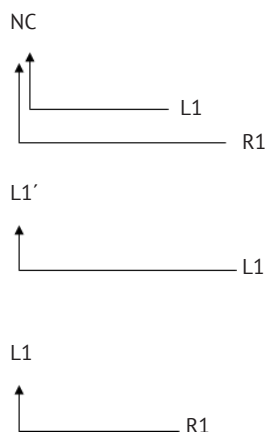
- em primeiro lugar, aquelas em que a norma inferior, quando ingressa num agregado normativo, é, à partida, válida, no sentido de não desrespeitar qualquer dos seus parâmetros aferidores de validade. Contudo, posteriormente, surge nesse agregado uma outra norma, hierarquicamente superior e que com ela conflitua, dando origem a uma situação de *invalidade superveniente*. Pense-se na hipótese de inconstitucionalidade ou ilegalidade superveniente, no âmbito das quais nem a lei (L1) é revogada pela norma constitucional (NC) (ou pela lei reforçada: L1') antinómica posterior, nem, o regulamento (R1) o é, nos mesmos termos, pela lei (ou pela Constituição com a qual esteja em oposição). Pelo contrário, o acto primeiro permanece (em vigor) no ordenamento jurídico enquanto não for declarado supervenientemente inconstitucional ou ilegal pelo órgão competente (v.g., Tribunal constitucional, Tribunal superior), e nem a eficácia retroactiva (eventualmente parcial) desta declaração implica a sua revogação, mas antes a sua anulação ou a declaração da sua nulidade⁷⁵¹.
- em segundo lugar, as situações em que a norma inferior quando ingressa num agregado normativo é inválida, mas posteriormente a norma superior que lhe servia de parâmetro é revogada por outra, que “aceita” a norma inferior, convalidando-a. Ora, também aqui, por maioria de razão, não assistimos à revogação da norma anterior, mas estamos perante situações de invalidade pretérita⁷⁵². Esquematicamente:

751 Cfr., todavia, NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 22.

752 Deve-se salientar que nas situações em que determinada norma é inválida de acordo com um parâmetro anterior e passou a ser inválida de acordo com outro parâmetro posterior (v.g., uma nova norma constitucional), em rigor está-se ainda perante um caso de invalidade superveniente, pelo que a situação não tem real autonomia.



Do mesmo modo, nas situações de dissídio entre uma norma anterior superior e uma norma posterior inferior a hierarquia prevalece sobre a temporalidade. A norma legal posterior não poderá, naturalmente, revogar a norma constitucional (ou legal reforçada) anterior, nem o regulamento poderá fazê-lo em relação à norma constitucional ou legal, valendo, em ambos os casos a sanção de invalidade (nulidade ou anulabilidade):



3.1.3. Conflito entre o critério cronológico e o da territorialidade

Estamos aqui a tratar de situações jurídicas nas quais a eficácia territorial das normas contende com a sua eficácia temporal, ou seja os efeitos

produzidos de acordo com os critérios determinantes da irradiação geográfica podem conduzir a resultados diversos da aplicação da aplicação da regra *lex posterior*.

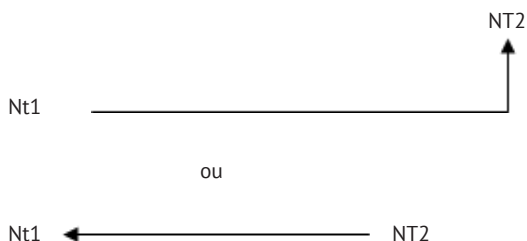
Nos casos em que a norma sobre a norma prevê uma hierarquia em função do território, sendo a norma de aplicação territorial mais ampla (NT1) anterior e a norma de aplicação territorial mais restrita (Nt2) posterior, a primeira prevalece, não se verificando a aplicação do critério cronológico e, consequentemente, não se verificando a sua revogação. Pelo contrário, a norma posterior é inválida. Será o que sucede, por exemplo, quando uma norma federal precede uma norma estadual.



Pelo contrário, se a norma sobre a norma não prevê qualquer hierarquia em função do território, parece ser de aplicar a norma posterior de aplicação territorial mais restrita (Nt2), sem, contudo, revogar a norma anterior de aplicação territorial mais ampla (NT1). Pense-se nos casos em que, no âmbito dos Estados unitários, uma norma legal de aplicação a todo o território (como, por exemplo, as antigas “Leis gerais da república” portuguesas) são seguidas de uma lei regional.:



Quando a norma de aplicação territorial mais ampla é posterior (NT2), será ela a prevalecente nos casos de hierarquia — invalidando supervenientemente a norma de aplicação territorial mais restrita anterior (Nt1) — e será preferida nos restantes casos.



3.1.4. Conflito entre o critério da especialidade e o da hierarquia

Trata-se aqui de um conjunto de situações onde estão em causa duas coordenadas valorativas distintas: por um lado, o respeito pela hierarquia constitucionalmente estabelecida, que levaria a optar pelo critério da hierarquia, e, por outro lado, a justiça material, com a consequente exigência de adaptação do Direito às concretas necessidades sociais, que levaria a optar pelo da especialidade. Parece-nos, contudo, e diferentemente do que entende por exemplo BOBBIO, que advoga a existência de um verdadeiro poder discricionário do aplicador/intérprete⁷⁵³, que a hierarquia deverá prevalecer.

Estando em causa um conflito entre uma norma hierarquicamente superior geral e uma hierarquicamente inferior especial, a regra da especialidade cede perante a da hierarquia. Vale isto por dizer que, nestes casos, a norma especial não preferirá à norma geral e será inválida por violação desta. Será o que acontece, por exemplo, com um regulamento especial e uma lei geral que ele procura concretizar e densificar.

Na situação oposta – dificilmente concebível, uma vez que os actos inferiores, em regra, são mais densos que os actos superiores – parece-nos que a solução será idêntica (invalidade da lei geral).

Enfim, em poucas palavras, pode-se dizer que critério da hierarquia prevalece sempre, independentemente do carácter especial ou geral da norma – leis especiais só prevalecem parcialmente sobre leis gerais de idêntica hierarquia.

3.1.5. Conflito entre o critério da especialidade e o da territorialidade

Neste contexto, e perante esta particular espécie de conflito, deve-se começar por assinalar que o estabelecimento, em termos normativos, de uma relação de especialidade pode derivar da aplicação territorial particular.

Deste modo, se uma norma geral de aplicação territorial alargada conflitua com uma norma especial de aplicação territorial restrita, havendo hierarquia entre ambas – o que, como assinalamos, depende das opções tomadas pelo ordenamento em concreto – a hierarquia irá sobrepor-se e a primeira prevalecerá, verificando-se a invalidade da segunda. Diversamente, se não houver qualquer diferenciação de grau hierárquico, parece-nos que a

753 Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., 231.

norma especial terá preferência em relação à norma geral, não obstante o carácter geograficamente mais abrangente desta.

Na situação oposta, isto é de existência de uma norma geral de aplicação territorial mais restrita e norma especial de aplicação territorial mais abrangente, a solução a dar passará sempre pela aplicação desta segunda, seja por verificação do critério da hierarquia – o que conduzirá à invalidade da primeira –, seja por verificação do critério da especialidade e aplicação do princípio *lex specialis* – o que conduzirá a uma preferência aplicativa.

3.1.6. Conflito entre o critério da hierarquia e o da territorialidade

Já dissemos atrás que o critério da territorialidade não pressupõe necessariamente hierarquia: pense-se, a título de exemplo, nas relações que se estabelecem entre um acto legislativo aprovado por um órgão legiferante “nacional” e um acto, também legislativo, aprovado por um órgão legiferante local (v.g., parlamento regional). Nestas situações, a hierarquia apenas se verificará se uma norma sobre a norma, superior, o estabelecer, pois caso contrário, verificar-se-á uma relação de equiordenação entre ambos os actos.

Analisemos, em primeiro lugar, as situações onde se verifica tal hierarquia. Neste âmbito, se a norma superior territorialmente mais abrangente (NT – uma lei “geral”) conflitar com uma norma inferior territorialmente mais restrita (NT’ – uma lei local), a solução passa pela prevalência da primeira, por aplicação do critério da hierarquia, invalidando-se a segunda. Será o que se verifica quando, por exemplo, uma norma da Constituição federal conflitar com uma lei local; ou uma lei federal com um regulamento local. Se suceder o inverso – ou seja, a norma superior é local (NtS) e a norma inferior territorialmente geral (NTi) – a solução parece passar pela cedência da hierarquia, em detrimento da aplicação da territorialidade, o que implica, designadamente, que um regulamento federal prevalece, a título de norma primária, sobre uma norma constitucional local (estadual)⁷⁵⁴.

Não havendo hierarquia, a norma territorialmente mais ampla cederá perante a territorialmente mais restrita.

⁷⁵⁴ V., a respeito, BLANK, Michael, FANGMANN, Helmut, HAMMER, Ulrich, “Grundgesetze - Basiskommentar”, 2.ª ed., Bund Vlg, Köln, anotação ao art. 31, p. 187. Cfr. art.º 31.º da GG, consagrador da conhecida regra *Bundesrecht bricht Landesrecht*.

3.2. Conflitos negativos

Diferentemente do que se passava com os conflitos positivos de segundo grau – nos quais se podia convocar vários critérios para a resolução de um conflito normativo – aqui, nos conflitos negativos, o problema é o oposto: nenhum critério se aplica: será o caso de duas normas jurídicas contemporâneas, do mesmo grau hierárquico, com a mesma abrangência territorial e ambas gerais.

Nestas situações, se for possível identificar o carácter normativo da prescrição em causa, poderão ser de aplicar os critérios sugeridos por BOBBIO:

- (i) se uma é imperativa ou proibitiva (aquela que impõe uma obrigação, seguida de sanção – *lex odiosa*) e outra permissiva (que concede uma determinada liberdade, faculdade ou direito subjectivo – *lex favorabilis*), permanece a permissiva (trata-se de um conflito onde ou se aplica uma ou se aplica outra). Contudo, face à estrutura da relação jurídica, pode ser permissiva para um sujeito e não para o outro (atribui um direito a um e um dever a outro e vice-versa). O intérprete deve ver, *in casum* qual dos sujeitos da relação é mais justo proteger⁷⁵⁵;
- (ii) se uma é imperativa e outra é proibitiva, trata-se de um conflito entre normas contrárias que se excluem, eliminam-se mutuamente pelo que o comportamento passa a ser permitido⁷⁵⁶.

Trata-se de uma proposta de solução que passa por um “poder discricionário” do intérprete ou aplicador e que remete, respectivamente, para uma interpretação abrogante simples (eliminar uma das normas) ou uma interpretação duplamente abrogante (eliminar ambas as normas)⁷⁵⁷.

Se a identificação do carácter normativo não for assim simples de identificar, ou a abrogação se revele manifestamente injusta, dever-se-á conservar ambas as normas (incompatibilidade aparente) e proceder a uma interpretação correctiva. Aliás esta deve ser a solução preferida em face de um *princípio da aproveitabilidade das normas jurídicas*.

755 Assim, BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 223.

756 Assim, BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 223 e ss.

757 Deve-se observar, contudo, que em rigor, não se trata de de uma verdadeira abrogação, na medida em que nem o intérprete nem o juiz podem expulsar a norma do ordenamento de que ela faz parte, apenas dispendo de poderes, importantes mas limitados, de inaplicabilidade.

Divisão II

Conflitos extrasistemáticos

§ único: sequência

Como dissemos, é nosso propósito procurar compreender a conflitualidade normativa de acordo com um duplo ponto de vista – interno e externo. Ora, após termos considerado os conflitos suscitados entre normas oriundas do mesmo agregado, estamos na altura de tematizar de uma forma ajustada os problemas que se originam em face dos conflitos entre normas de proveniência diversa, buscando pontos de apoio que permitam a obtenção de soluções juridicamente adequadas.

No sentido de fixar os referidos pontos de apoio, entendemos conveniente, em termos sistemáticos, proceder à abertura de um segmento especificamente pensado para o efeito e no âmbito do qual procuraremos salientar a importância – a nosso ver, extrema – dos conceitos de validade e de aplicabilidade e dos respectivos desdobramentos relevantes (sub-divisão I).

Após tal tarefa, julgamos estar em condições de analisar particularmente cada um dos impulsos de abertura que o ordenamento português parece revelar, nomeadamente os impulsos no sentido do Direito internacional, do Direito europeu comunitário, do Direito confessional, do Direito privado e do Direito estadual estrangeiro. Ao primeiro e ao segundo dos núcleos apontados dedicaremos uma sub-divisão particular (sub-divisões II e III), agrupando os restantes num segmento autónomo (sub-divisão IV).

Subdivisão I

O problema teórico da abertura
dos ordenamentos: as
externalidades normativas

1. O pluralismo ordenamental e a relevância recíproca como pressupostos do estabelecimento de uma adequada teoria das relações entre normas provenientes de ordenamentos diversos

O carácter plural da noção de ordenamento normativo⁷⁵⁸ e o reconhecimento da existência de diversos núcleos de produção, convocam a conclusão de que as fontes de Direito podem produzir normas que irradiam efeitos de diversa abrangência espacial. Pode-se constatar, em particular, que algumas delas apenas apresentam eficácia dentro do âmbito em que são criadas e em que se inserem geneticamente, enquanto outras disseminam a sua produção em direcções múltiplas, atingindo situações da vida que se constituem, desenvolvem ou extinguem fora desses limites. Simetricamente, verifica-se que, dentro das balizas de determinado espaço normativo, normas nele produzidas – e de acordo com os procedimentos nele previstos – e normas externas – produzidas de acordo com procedimentos forasteiros, múltiplos e diversos – podem servir de padrão à regulação dos factos e actos que nele ocorrem. Além disso, sob o ponto de vista orgânico, e como constata MacCORMICK⁷⁵⁹, o Direito estadual já não é o único Direito com relevância na composição de um agregado, impondo-se ao lado dele múltiplas outras espécies normativas, das quais o Direito internacional, o Direito emanado das organizações internacionais em diversos âmbitos materiais (comércio, desporto, saúde, etc...), o Direito das associações de Estados como a União Europeia, ou o Direito das igrejas e outras instituições religiosas, são apenas exemplos.

Neste sentido, pode falar-se em abertura dos ordenamentos normativos e no efeito de externalidade que as múltiplas normas que os integram podem ser aptas a produzir⁷⁶⁰. Naturalmente, esta difusão dos efeitos das diversas normas convoca necessariamente dissídios ou oposições entre elas e

758 Cfr. supra, pp. 216 e ss.

759 V. MacCORMICK, Neil, “Das Maastricht- Urteil: Souveranität heute”, in JZ, 1995, 17, 798.

760 Diferente da abertura “vertical” referida no texto – que (i) se verifica entre Estados, organizações internacionais e “entes supra-nacionais” e (ii) tem por referência poderes de natureza normativa (v.g., constitucional, legislativa) – é a abertura “horizontal”, que a mais recente doutrina tem trazido à discussão. Este segundo tipo de abertura diz respeito à susceptibilidade de entidades administrativas externas, normalmente pertencentes a outros Estados (entidades policiais, de investigação criminal, de inspecção tributária, de controlo de fronteiras, etc.) poderem actuar (praticar actos administrativos) no território interno, mediante uma “limitação de soberania” deste. Cfr., a propósito do tema, HECKER, Jan, “Grundgesetz und horizontale Öffnungen des Staates”, in AöR, 127, 2002, 291 e ss.

conduz à indagação das respectivas possibilidades de compatibilização ou harmonização.

Ora, o estudo do problema dos conflitos extrasistemáticos não poderá ser levado a efeito sem o seu prévio enquadramento numa conveniente moldura teórica que permita o afastamento de questões conexas e laterais que com ele se podem emaranhar. Na nossa perspectiva, tal moldura constrói-se a partir do substracto fornecido por duas ideias nucleares: (i) a pluralidade e (ii) a relevância.

- (i) Em primeiro lugar – e diríamos quase *logicamente* –, deve-se assinalar que só faz sentido falar em conflito entre normas provenientes de ordenamentos diversos se existir mais do que um ordenamento. Se, porventura, no âmbito do relacionamento entre normas de proveniência diversa se adoptar uma tese de monismo ordenamental, ou de inclusão total de um ordenamento em outro (com a correspondente subordinação), naturalmente não fará sentido falar em conflito extrasistemático, pois todas as normas farão parte do mesmo ordenamento. Todavia, o pluralismo aqui em evidência não é necessariamente estadual; podendo-o ser, também se pode materializar numa das modalidades do denominado pluralismo institucional (há um ordenamento onde houver uma instituição ou grupo social organizado), que é o pluralismo normativo. Este último significa que se reconhece a existência de um ordenamento onde houver um agregado normativo autónomo – isto é, que se revê numa Norma fundamental própria⁷⁶¹ –, o que não acontece apenas com o Estado, mas igualmente com realidades não estaduais como o ordenamento internacional ou o ordenamento europeu comunitário.
- (ii) Em segundo lugar, não se pode estabelecer entre os ordenamentos plúrimos um nexó de exclusão total e de indiferença, pois neste caso não haverá conflito algum entre normas, na medida em que estas nem sequer se reconhecem reciprocamente, como será o que se passa, por exemplo, com as relações entre o ordenamento estadual e os ordenamentos institucionais das associações criminosas. Por conseguinte, os ordenamentos devem ser mutuamente relevantes⁷⁶², no sentido em que a sua existência, conteúdo ou eficácia seja por outro(s) condicionada com base numa especial relação jurídica.

⁷⁶¹ Cfr. *supra*, pp. 221 e ss.

⁷⁶² V., a propósito, ROMANO, SANTI, “*L’Ordinamento Giuridico...*”, cit., 127.

Neste contexto, dois tipos de relações intranormativas se podem identificar:

- por um lado, relações de dependência quando um ordenamento encontra a sua génese numa manifestação de vontade de outro ou outros, o que equivale a dizer, quando este ou estes constituem o primeiro. Tal dependência pode ter como consequência a determinação, por parte do(s) ordenamento(s) gerador(es), das condições de existência, de validade ou de eficácia do ordenamento gerado, em termos de se configurar como a sua fonte imediata⁷⁶³. Será o que se passa, por exemplo com o Ordenamento europeu comunitário, constituído a partir das manifestações de vontade dos Estados-membros e que se vê por tais manifestações de vontade genericamente condicionado;
- por outro lado, relações de coordenação, nas situações em que ambos os ordenamentos normativos são absolutamente independentes entre si, mas integram-se num outro *geneticamente superior*, de modo que possam estabelecer relações reciprocamente relevantes no âmbito da existência deste último, que necessita dessas relações. Mais uma vez a título exemplificativo, pense-se nas relações entre Estados soberanos no contexto mais amplo do Ordenamento internacional.

Por agora, importa colocar em evidência que o problema dos conflitos entre normas provenientes de núcleos diversos e disseminados por vários ordenamentos (v.g., normas internas e comunitárias ou normas internas e internacionais) acaba por se reconduzir à abordagem de um outro que pode ser formulado nos seguintes termos: será que os vários ordenamentos podem, entre si, formar um conjunto normativo harmonioso e sistemático (se bem que não completamente autónomo), numa palavra, podem formar um *sistema*? Trata-se de saber se é possível, apesar da diversidade e autonomia das respectivas fontes, encontrar para a resolução dos diversos conflitos normativos soluções jurídicas unitárias⁷⁶⁴, e se podemos formular em termos jurídicos uma metodologia de aplicação unitária das normas. Naturalmente

763 Cfr., embora em sentido diferente, ROMANO, SANTI, “L’Ordinamento Giuridico...”, cit., 128 e 131.

764 Assim, PERNICE, Inglof, “Die Europäische Verfassung”, cit., 1326.

que não estamos aqui a fazer referência a um sistema dentro de um ordenamento, mas fora dele: um sistema entre os vários ordenamentos⁷⁶⁵.

À resolução desta questão procuraremos dedicar as considerações seguintes.

2. O quadro das relações normativas interordenamentais (tricotomia das possibilidades de relação)

Em termos de explanação teórica, dificilmente se poderá dar solução aos problema suscitados pelos conflitos entre normas provenientes de ordenamentos diversos se não se tiver por apreendido um quadro compreensivo e esclarecedor dos diversos tipos de enlaced e conexões que se podem estabelecer entre estes. Tal quadro, na nossa perspectiva, passa pela consideração de que são de considerar três tipos de relações, uma negativa e duas positivas, e são elas (i) as relações de exclusão total, (ii) as relações de inclusão total e (iii) as relações de intersecção⁷⁶⁶.

Analise-mo-las separadamente.

- (i) No primeiro grupo de situações enquadram-se, na verdade, casos de não-relação, estabelecendo-se entre ambos um nexo de exclusão absoluta. Trata-se daquelas situações em que os ordenamentos se encontram em posição de indiferença total, seja porque se desconhecem em absoluto, seja porque se ignoram ou se recusam unilateral ou mutuamente. Este tipo de casos identifica-se com maior clareza se for aceite uma noção ampla de ordenamento, que o equipare a instituição ou a aglomerado socialmente relevante⁷⁶⁷: pense-se, por exemplo, nas organizações que prosseguem fins ilícitos (v.g., associações criminosas) e na (ir)relevância que as respectivas normas apresentam para o ordenamento jurídico Estadual, ou, na ausência de relações normativas que se estabelecem entre certos Estados e as Igrejas. Em todos estes casos, que não são identificáveis perante a noção normativista de ordenamento por nós adoptada⁷⁶⁸, as regras

765 Cfr., a propósito, LINDAHL, Hans, “*Sovereignty and the institutionalization of Normative order*”, cit., 172.

766 V., a propósito, BOBBIO, Norberto, “Teoria dell’ordinamento giuridico”, cit., 291 e ss.

767 Cfr., a propósito do tema por exemplo, BOBBIO, Norberto, “Teoria dell’ordinamento giuridico”, cit., 278.

768 Cfr. supra, p. 212.

determinadoras de padrões de comportamento que cada um adota nunca se encontram nem sobrepõem.

(ii) Um segundo tipo de situações surge naqueles casos em que um dos ordenamentos tem o seu âmbito aplicativo totalmente incluído ou compreendido em outro. Tal sucede porque a norma suprema ou fundamental do primeiro é uma norma pertencente ao outro ordenamento, comportando-se ele em relação a este como um ordenamento absorvido⁷⁶⁹. Será o caso, por exemplo, das relações que se estabelecem no âmbito de um Estado composto entre a Federação e os Estados federados, ou entre o Estado enquanto ente público maior e determinadas associações (v.g., partidos políticos, sindicatos, igrejas) que vêem a validade dos estatutos constitutivos dependerem de seu prévio reconhecimento. Também aqui, contudo, a visão normativista que adoptamos nos impede de reconhecer verdadeiros ordenamentos, que apenas existirão numa perspectiva puramente institucionalista, que os perspetive enquanto ordenamentos menores a partir de determinado substracto fáctico sociologicamente organizado.

(iii) Finalmente, um terceiro grupo de casos abrange aquelas situações em que se verificam inclusões parciais de normas de um ordenamento na configuração de um outro, verificando-se entre ambos uma parte comum e uma parte não comum. Por isso, se afigura a expressão “intersecção” particularmente sugestiva. Nestes casos, podem-se verificar entre os ordenamentos em causa ligamentos de natureza e configuração diversa:

- em algumas situações o ordenamento hospedeiro procede a uma função de absorção da normas do ordenamento estrangeiro⁷⁷⁰, fazendo-as suas e reconhecendo-lhes, de uma forma permanente, a natureza de normas *suas*: pense-se, por exemplo, nas normas de um tratado internacional que são recebidas pelos ordenamentos que o celebraram ou nas normas de Direito europeu comunitário que são recebidas pelos ordenamentos dos Estados-membros. Aqui, fala-se em *referência receptícia*;
- em outras, o ordenamento hospedeiro não incorpora as normas estrangeiras, não as faz suas, apenas as reconhece como aplicáveis a uma determinada situação em concreto, mas

769 Cfr. GUASTINI, Riccardo, “*Lezioni di Teoria costituzionale*”, Giappichelli ed., Torino, 2001, 3.

770 Cfr., a propósito, SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung von Normen...*”, cit., 542.

após tal aplicação a norma em causa continua fazendo parte apenas do outro ordenamento. Aqui, onde podemos usar o exemplo do reenvio em Direito internacional privado, é preferível utilizar a expressão *referência cognitiva*.

Por outro lado, em situações de conflito — e aproveitando o que acima dissemos acerca da relevância recíproca de ordenamentos—, as normas em confronto podem-se encontrar numa posição de coordenação, caso em que se encontram ambas no mesmo plano de escalonamento normativo e, eventualmente, autolimitam-se de uma forma recíproca (v.g., tratados internacionais entre Estados soberanos; concordatas) ou numa posição de subordinação, na qual uma delas cede a sua posição em favor da aplicação da outra (preferência aplicativa).

Ora, nas situações em que se verificam fenómenos de intersecção de ordenamentos, criam-se linhas de encontro e desencontro entre as respectivas normas, em termos positivos e em termos negativos. Em termos positivos, pode-se verificar que determinado ordenamento abdica da disciplina jurídica sobre determinado núcleo material — ou sobre um particular segmento de determinado núcleo material — e reconhece às normas do outro legitimidade para sobre elas se debruçar, aceitando muitas vezes uma reserva de disciplina jurídica ou de jurisdição a favor deste. Em termos negativos, porém, surgem conflitos, seja porque ambos os ordenamentos se acham legitimados e disciplinar juridicamente determinado núcleo material, seja porque nenhum deles se acha para tal legitimado.

Seja como for, o que não pode deixar de se identificar é um fenómeno de *abertura* do ordenamento, que vê nele entrar normas com pretensões de legitimidade que, por sua vez, ultrapassam as balizas daquele de onde são oriundas. Por outras palavras, estamos aqui a fazer referência à abertura de um ordenamento no sentido de recepção de normas externas ou emanadas por núcleos de produção normativa (fontes) que não são dele originários. Em alguns casos, como vimos, o ordenamento do foro apenas reconhece certas normas como aplicáveis às situações ocorridas no seu seio, mas não as faz suas, não as incorporando (referência cognitiva). Noutros casos, pelo contrário, mais do que reconhecer certas normas externas, o ordenamento procede à sua incorporação, acolhendo-as e, após o cumprimento de requisitos determinados (v.g., cláusulas de recepção), considera-as normas próprias, apesar de oriundas de fora (referência receptícia).

No âmbito do Direito positivo, esta abertura dos ordenamentos (“abertura do Estado constitucional”) — que tem na sua génese o fenómeno *Doppelanfang*

des Staates und der internationalen Ordnung iniciado em 1945 e referido por WAHL⁷⁷¹ — materializa-se na previsão constitucional de diversas regras jurídicas, ou cláusulas normativas, das quais se destacam⁷⁷²:

- uma autorização para a transferência do exercício de determinadas competências que integram o núcleo de poderes soberanos, a favor de “entidades internacionais”;
- uma previsão do modo de recepção e incorporação do Direito internacional;
- um “artigo europeu”.

3. A refutação da tese da perda de soberania estadual

A abertura do ordenamento constitucional que temos vindo a referir será melhor compreendida se tematizarmos a sua ocorrência no quadro das limitações de soberania por nós já aludidas.

Como referimos, os fenómenos de des-estadualização que marcam a juridicidade actual contribuem para uma diluição do conceito tradicional de soberania (“*puzzle of sovereignty*”) e para a constatação de que, ao lado das normas internas, cada ordenamento se vê quase obrigado a reconhecer normas externas, produzidas por núcleos que lhe são forasteiros⁷⁷³. Contudo, segundo cremos, tal diluição da soberania não atinge o núcleo essencial desta, podendo-se continuar a afirmar que, do ponto de vista do Estado constitucional, nenhum poder externo o pode limitar sem o seu consentimento.

A independência normativa de cada agregado autónomo — e mais uma vez convocamos a importância do conceito de *Kompetenz-Kompetenz* — implica que ele possa criar os seus próprios instrumentos de disciplina jurídica e as suas próprias fontes de Direito, e, mais do que isso, possa ter a liberdade de reconhecer ou não como aplicáveis no seu seio normas que lhe

771 V. WAHL, Rainer, “*Der offene Staat...*”, cit., 1146.

772 V. WAHL, Rainer, “*Elemente der Verfassungsstaatlichkeit*”, cit., 1042 e “*Der offene Staat...*”, cit., 1147; WAHL, Rainer, “*Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates*”, in *Der Staat*, 40, 1, 2001, 45 e ss.; SWAINE, Edward, “*The constitutionality of international delegations*”, *ColRw*, 104, 6, 2004, 1492 e ss.

773 Interessa sublinhar neste ponto que a consideração externa de uma norma obedece a um critério formal e não a um critério material ou atendedor do respectivo conteúdo. Isto porque parecem não restar dúvidas de que será impossível estabelecer um rol de matérias que sejam apenas disciplinadas interna ou externamente, antes se devendo considerar somente a respectiva proveniência orgânico-formal, isto é o órgão de onde promana e a forma jurídica que reveste. Cfr., a propósito, QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, “*Droit International Public*”, 3.^a ed., LGDJ, Paris, 1987, 85; MENÉNDEZ, Fernando, “*Derecho Internacional Público. Parte general*”, ed. Trotta, Madrid, 1993, 486.

são estrangeiras. Neste sentido e com tal objectivo, ele pode consentir em “limitações de soberania”, em benefício de outras entidades⁷⁷⁴, mas sem que isso signifique a renúncia à marca fundamental da estadualidade. Trata-se, repetimos, de uma auto-limitação da soberania, mediante normas externas que um determinado Estado reconhece como obrigatórias, mas, na medida em que ele próprio consentiu nesta restrição, ele continua a exercer poderes soberanos e a obedecer a si mesmo.

O reconhecimento referido, como parece claro, será efectuado através das denominadas “regras de reconhecimento” (HART), que terão o papel nuclear de individualizar o material que compõe cada agregado, e onde se inserem naturalmente normas que não são nele criadas. Em termos exemplificativos, pense-se no que se passa, em referência ao ordenamento constitucional português, com as normas provenientes do ordenamento europeu comunitário. O Estado português, neste contexto, entendeu que poderia convencionar com a União Europeia o *exercício em comum de determinados poderes*⁷⁷⁵ – não abdicando, portanto da soberania – e reconheceu como aplicáveis na ordem interna as normas europeias⁷⁷⁶. Estamos perante, mais uma vez insistimos, normas autónomas de reconhecimento e não hetero-limitações de soberania – muito menos, limitações definitivas, como pretende o TJCE⁷⁷⁷.

4. Condições de validade *versus* condições de aplicabilidade

Para a correcta compreensão dos problemas inerentes a estas considerações e para a conveniente assimilação das premissas básicas que permitem a tentativa da sua resolução, convém explorar as noções de *condição de validade* e de *condição de aplicabilidade*, bem assim como pesquisar as correspondentes possibilidades de aplicação. Nomeadamente, cabe indagar: (i) é a Constituição o fundamento de validade de todas as normas aplicáveis num ordenamento normativo – na medida em que, ainda que indirectamente, fixa o seu modo de produção – e o parâmetro com que se há-de aquilatar a correcção normativa de todas elas? Por outras palavras, de idêntico sentido e alcance: pode a Constituição de um ordenamento atribuir validade a *todos* os enunciados normativos, mesmo os que não são obra

774 FAVRET, Jean- Marc, “*L’intégration européenne et la France...*”, cit., 1747.

775 Cfr. art.º 7.º, n.º 6 da CRP.

776 Cfr. art.º 8.º, n.º 4 da CRP.

777 V. acórdão do TJCE de 15 de Julho de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, cit.

(exclusiva) do legislador interno? (ii) Ou, diferentemente, a validade de uma norma no âmbito de um determinado ordenamento pode provir de origens diversas e externas à sua Constituição? Pode-se esta considerar não uma norma sobre a produção de normas, mas uma norma sobre a aplicação de normas, válidas de acordo com outros parâmetros?

Enfim, o problema da abertura do Estado constitucional tanto pode ser considerado um problema de unidade da causa de validade de normas oriundas de núcleos diversos, como de unidade de fundamento de aplicação de normas com diferentes causas de validade.

Assim colocada a questão, procuremos resolvê-la.

Uma aproximação proveitosa e operativa ao conceito de validade deve considerar o pressuposto de que a sua relevância pode ser enquadrada em dois segmentos de análise distintos: um, relacionado com o problema da unidade do ordenamento normativo no seu conjunto — que, na prática, se reconduz ao problema da integridade da sua Norma fundamental —, o outro, relacionado com o problema da relevância de cada elemento que o compõem (as normas jurídicas).

Quanto ao primeiro problema, já por nós abordado, a validade enquanto categoria jurídica remete para a existência de uma norma metapositiva, pressuposta e eventualmente transcendente que dá a “condição normativa” à norma constitutiva de todo o ordenamento: a Constituição⁷⁷⁸. Tal Norma Fundamental permite reduzir à unidade todo o arsenal normativo disperso e separado, recolhendo sob a sua alçada normas inferiores e normas superiores; normas nacionais e normas estrangeiras; normas estaduais e normas não estaduais, etc., possibilitando, como já dissemos, que todas elas sejam perspectivadas como parte integrante de um todo coerente. Contudo, e como referimos, já abordamos esta questão em momento anterior do presente trabalho, e não seria *economicamente* aceitável que o fizéssemos novamente. Por este motivo, limitamo-nos a fazer a correspondente remissão⁷⁷⁹.

Procuremos agora referir-nos ao segundo dos segmentos apontados: a validade de cada uma das normas isoladamente consideradas.

778 V., a respeito, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 23.

779 V. supra, pp. 232 e ss.

Aqui, deve-se começar por salientar que, numa perspectiva normativista, uma norma será válida se criada de acordo com os procedimentos de produção normativa instaurados no ordenamento de que faz parte, o que remete para a obediência à norma que, nesse mesmo ordenamento, lhe é considerada superior⁷⁸⁰. Considerando que cada norma, ou grupo de normas, foi criada de acordo com os ditames de uma diferente norma superior, estabelecem-se, no interior do agregado, cadeias múltiplas de validade que contém o código genético (a “guarnição cromossômica”) de cada uma delas, justificando a sua existência e fundamento jurídicos⁷⁸¹. Tudo isto se passa no âmago de um único ordenamento, em termos de se poder afirmar que as normas devem reger-se exclusivamente pelos critérios de validade do sistema que as criou, e nunca por critérios de validade externos ou oriundos de fora dele. Por conseguinte, a validade assume-se como uma categoria que só é operativa no interior de cada conjunto ou complexo normativo⁷⁸², revelando-se como um critério inadequado para resolver os problemas resultantes das tentativas de articulação de aglomerados normativos pluriformes ou compostos por normas provenientes de fontes diversas⁷⁸³. Torna-se, por isso, necessário encontrar outra categoria jurídica que neste domínio se mostre útil.

Tal categoria será a da aplicabilidade.

A aplicabilidade tem a ver com a decisão constituinte de saber quais as normas que fazem parte e configuram um ordenamento em particular que, deste modo, mais não é do que a articulação de várias normas de origem

780 Assim, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 22 e ss.

781 V. REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 38. Cfr., em sentido um pouco diverso, PEÑA FREIRE, Antonio, “*Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales*”, in AnFD, XVI, 1999, 107.

782 Neste sentido, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 25. Cfr. ainda, em referência às relações entre ordenamentos nacionais e comunitário, uma afloração desta tese em BVerfGE 37, 271 (Solange I), particularmente na seguinte passagem:

“Daraus folgt, daß grundsätzlich die beiden Rechtskreise unabhängig voneinander und nebeneinander in Geltung stehen und daß insbesondere die zuständigen Gemeinschaftsorgane einschließlich des Europäischen Gerichtshofs über die Verbindlichkeit, Auslegung und Beachtung des Gemeinschaftsrechts und die zuständigen nationalen Organe über die Verbindlichkeit, Auslegung und Beachtung des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland zu befinden haben. Weder kann der Europäische Gerichtshof verbindlich entscheiden, ob eine Regel des Gemeinschaftsrechts mit dem Grundgesetz vereinbar ist, noch das Bundesverfassungsgericht, ob und mit welchem Inhalt eine Regel des sekundären Gemeinschaftsrechts mit dem primären Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Das führt zu keinerlei Schwierigkeiten, solange beide Rechtsordnungen inhaltlich nicht miteinander in Konflikt geraten”.

783 Assim, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 24.

diversa. A importância da regra de reconhecimento é, mais uma vez, incontornável, pois é através dela que os diversos actores jurídicos ficam a saber qual o material que compõe o agregado em que se inserem, e, conseqüentemente, ficam a saber quais as normas externas que em tal agregado são reconhecidas como aplicáveis. Naturalmente que, no que diz respeito a estas últimas (normas externas), a regra de reconhecimento está indissociavelmente ligada às normas que no interior do ordenamento, desempenham o papel de o abrir e autorizar o ingresso de elementos forâneos, constituindo a ponte com os outros ordenamentos (*Brückentheorie*)⁷⁸⁴.

Decididas quais as normas aplicáveis, as relações internormativas decidem-se por aplicação combinada dos critérios da validade e da aplicabilidade: a validade para resolver antinomias entre normas do mesmo agregado e por parte dos órgãos de tutela de cada sistema concreto; a aplicabilidade para resolver antinomias entre normas de sistemas diversos e por órgãos especiais. A Constituição de cada ordenamento desempenha assim uma dupla função: condição de validade de umas normas e condição de aplicabilidade de outras⁷⁸⁵. Será condição de validade das normas integradas no sistema normativo por fontes relativamente às quais ela se afirma como Norma fundamental (as normas internas); será condição de aplicabilidade relativamente às normas criadas por fontes externas mas por si reconhecidas. No extremo, ela pode limitar-se a dispor sobre a incorporação de um sistema normativo criado por outra norma constituinte.

Verifica-se assim que a pluralidade normativa que caracteriza a realidade jurídica ganha dimensão através da existência de múltiplos agregados normativos autónomos e independentes — estaduais, não estaduais; internos, externos —, incomunicados quanto ao fundamento de validade, cujas normas se encontram, desencontram e interpenetram, e que, por via das diferentes Constituições, se articulam em ordenamentos coerentes e autónomos⁷⁸⁶. Um ordenamento normativo, desta forma, será um conjunto de normas, oriundas de uma pluralidade de fontes, reduzidas à unidade pela Constituição como norma sobre a aplicação de normas⁷⁸⁷.

784 V., a propósito, KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat in Prozeß...*” cit., 871, e “*Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen*”, cit., 966.

785 Neste sentido, MIRANDA, Jorge, “Direito internacional público - I”, policop., Lisboa, 1995, 208, 209.

786 Cfr., para uma primeira aproximação ao relacionamento entre os ordenamentos estadual e europeu comunitário, GRIMM, Dieter, “*Braucht Europa eine Verfassung?*”, cit., 585; IPSEN, Hans-Peter, “*Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*”, in INSENSEE e KIRCHHOF (org.), HdbStR, VII, 792.

787 V. REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 26.

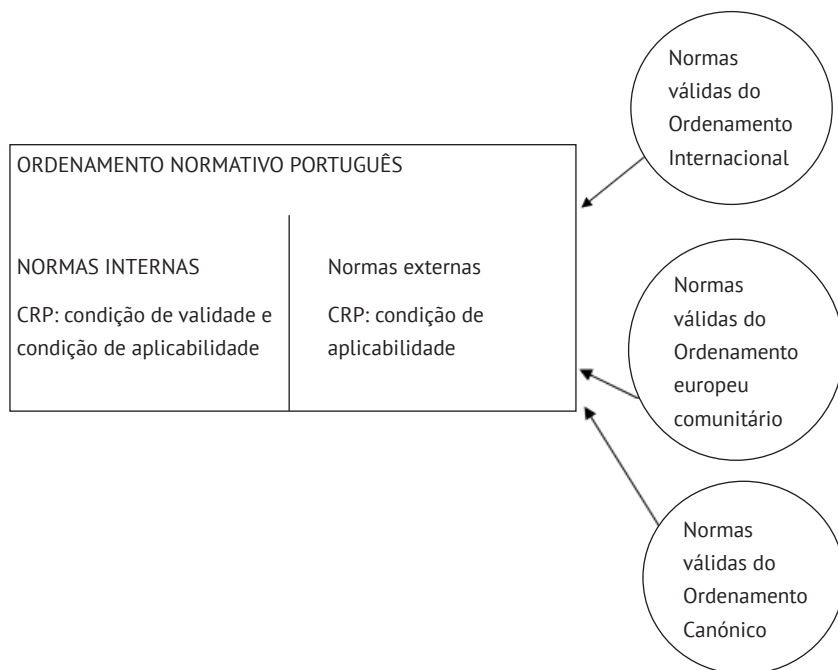
A articulação destas duas categorias jurídicas (validade e aplicabilidade) mostra-se inteligível tendo-se em conta que cada ordenamento é soberano (i) quer quanto à validade das normas nele criadas — e não quanto às normas criadas em outros ordenamentos —, (ii) quer quanto à decisão acerca de quais são as normas nele aplicadas. Quer isto dizer que as normas externas vêm sempre a sua validade aferida pela Constituição do ordenamento de onde provêm (o seu ordenamento de origem) e esperam que o ordenamento receptor decida se elas são neste último aplicadas ou não. Neste momento, a onnipotência constitucional do ordenamento receptor é absoluta: é o legislador constituinte que decide se quer ou não receber normas oriundas de outros ordenamentos⁷⁸⁸, criadas de acordo com as prescrições nestes previstas. É a CRP, enquanto regra de reconhecimento⁷⁸⁹, que decide, por exemplo, se as normas de Direito europeu comunitário entram ou não no ordenamento português⁷⁹⁰. Contudo, após uma decisão favorável no sentido da recepção, a norma ou normas em causa são reconhecidas pelo ordenamento interno e consideram-se aplicáveis pela Constituição deste, sem que possa a sua validade ser nesta sede questionada (na medida em que esta é uma questão a ser resolvida pelo *outro* ordenamento).

Concretizando estas ideias, e no que diz respeito ao ordenamento normativo português, dir-se-à que ele é composto: (i) por normas produzidas por fontes internas e que recebem da CRP a sua condição de normas válidas e aplicáveis; (ii) por normas produzidas por fontes externas, pertencentes (também) a outros ordenamentos e que recebem da Norma constituinte destes a sua condição de validade e da CRP a sua condição de aplicabilidade, como será o que se passa com as normas de Direito internacional, de Direito canónico ou de Direito europeu comunitário (Rep. XIII).

788 V. BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual...”, cit., 321.

789 V. MACHADO, Jónatas, “Direito internacional...”, cit., 113.

790 Neste sentido, pode-se dizer que os ordenamentos externos são ordenamentos *imperfeitos*, na medida em que não se aplicam em virtude da sua própria força, antes carecem sempre de autorização interna para serem Direito aplicável. V. MACHADO, Jónatas, “Direito internacional...”, cit., 111.



(Rep. XIII)

Neste sentido, dirá certa doutrina que um ordenamento não é sinónimo de sistema normativo: o primeiro é o complexo de normas que se reconhece como válido pela respectiva Constituição e, mediatemente, pela Norma fundamental; o segundo será algo mais do que isso, pois consubstancia também o complexo de normas que resulta do enlace de diversos ordenamentos e que recebe da sua Constituição a condição de aplicabilidade⁷⁹¹.

5. A questão da preferência aplicativa da norma externa

Questão ainda não resolvida é a de saber em que termos é a norma externa recebida e, em particular, qual a posição que ela vai ocupar no ordenamento receptor e como se procede à sua articulação com as normas internas.

Uma visão extrema defende que, em caso de conflito com a norma interna, esta deva ceder necessariamente, verificando-se um fenómeno de

⁷⁹¹ Assim, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 26 e ss.

preferência aplicativa da norma externa⁷⁹². Tal sucederia por dois motivos essenciais: em primeiro lugar, porque o ordenamento interno já aceitou receber a norma externa, pelo que se deve conformar com o conteúdo estatutário desta e com os efeitos por esta produzidos (considerando-se que a *preferência* aqui em causa até teria sido querida pela Constituição)⁷⁹³; por outro lado, esse mesmo ordenamento interno nada pode fazer acerca da validade da norma externa, pois trata-se de um problema que diz respeito ao ordenamento de onde a norma provém⁷⁹⁴. Nestes termos, um Tratado internacional ou uma norma de Direito europeu comunitário secundário acabariam por se impor à própria Constituição interna que se veria, desta forma, desbancada por aqueles. Contudo, não se torna inválida – pois este é um problema de aplicabilidade e não de validade – nem deixa de ser considerada a Norma fundamental por tal motivo, pois ela continua a ser a fonte de validade de todas as normas internas. Além disso, em caso algum se apreciará a validade daquelas normas à luz da Constituição interna, pois aquelas apenas recebem desta a sua condição de aplicabilidade e nunca de normas válidas⁷⁹⁵.

Numa visão mais moderada, à qual aderimos, a preferência aplicativa da norma externa cede perante as normas do escalão fundante (decisões constituintes fundamentais) do ordenamento receptor.

De resto, enquanto os órgão adequados do ordenamento de origem não se pronunciarem sobre a (in)validade de uma norma, esta é aplicável, pois desfruta de uma validade pressuposta⁷⁹⁶. A partir do momento em que tais órgãos decidam que ela é inválida (de acordo com os parâmetros de validade do ordenamento de origem), esta circunstância afecta as demais normas integradas nos demais ordenamentos, embora apenas em sede de aplicação e não de validade⁷⁹⁷. Por um lado, a invalidade da norma de acordo com o Direito externo (que é a sua fonte de validade) impõe a aplicação directa da norma à qual ela se terá eventualmente sobreposto em termos de preferência aplicativa. Por outro lado, tal invalidade tem como efeito a aplicação principal das normas externas que por decisão do próprio sistema externo (não do interno) tivessem aplicação subsidiária.

792 Assim, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 20.

793 V. REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 23.

794 V. GLAESER, Alexander, “*Souveränität und Vorrang*”, cit., 207.

795 V. REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 29.

796 Neste sentido, REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales...*”, cit., 39.

797 V., por último, REQUEJO PAGÉS, J. L. “*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...*”, cit., 76.

Subdivisão II

O impulso internacionalista

1. O dualismo temperado

Será a partir das noções de validade e aplicabilidade, e da sua adequada articulação, que procuraremos sistematizar o quadro das relações entre normas oriundas de núcleos internos de produção e normas oriundas de núcleos externos. O primeiro grupo de normas sobre o qual vamos incidir a nossa atenção é o que dá origem e corpo ao ordenamento internacional⁷⁹⁸, procurando averiguar, designadamente, como se procede à sua integração no agregado interno e qual a posição que tais normas, após essa integração, vão ocupar⁷⁹⁹. Contudo, interessa referir que os problemas que, neste âmbito, se podem levantar ultrapassam em muito as questões referidas. Basta pensar, por exemplo, nas temáticas atinentes à influência recíproca entre os ordenamentos interno e internacional, nomeadamente no que concerne aos reenvios recíprocos⁸⁰⁰ ou às “importações” temáticas que este último tem protagonizado ao nível do Direito dos Tratados (v.g., conceitos civilísticos obrigacionais), da responsabilidade internacional ou das normas administrativas sobre funcionalismo⁸⁰¹. Da mesma forma, se poderia questionar se faz sentido falar, com OLIVER DÖRR, numa “privatização do Direito internacional” (*privatisierung des Völkerrechts*), e reflectir sobre os direitos e deveres das pessoas singulares no âmbito internacional ou sobre a consideração normativa dos contratos de investimento entre Estados e privados⁸⁰². De todo o modo, e como se compreende, uma abordagem destas e outras temáticas ultrapassaria em muito o âmbito da presente investigação.

Um conveniente enquadramento destas questões passa, na nossa perspectiva, pela assunção de uma postura dualista⁸⁰³ (TRIEPEL fala numa *teoria*

798 V., a respeito de uma “ordem internacional”, por exemplo, ALLAND, Denis, “*De l’ordre juridique international*”, in *Droits* (RFTP), 35, 2002, 79 e ss; BRYDE, Brun-Otto, “*Konstitutionalisierung des Völkerrechts...*”, cit., 63.

799 Claro que, como muito bem observam GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS (“Manual de Direito internacional público”, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 1997, 81), os problemas referidos só se colocam quando, na definição do que seja uma “norma de Direito internacional” se rejeita o critério do objecto da norma. Caso contrário, nem sequer chega a haver campo comum de aplicação entre os ordenamentos referidos.

800 V., a propósito, BOSCO, Giacinto, “*Lezioni di Diritto Internazionale*”, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 1992, 295 e ss.

801 Cfr., a propósito, MENÉNDEZ, Fernando, “*Derecho Internacional Público...*”, cit., 484.

802 Cfr., a respeito, DÖRR, Oliver, “*Privatisierung des Völkerrechts*”, in *JZ*, 2005, 19, 905 e ss.

803 Cfr., em sentido diverso, entre nós, BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual...”, cit., 318; GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “Manual...”, cit., 92; FERREIRA de ALMEIDA, Francisco, “Direito internacional público – Parte I”, Coimbra editora, Coimbra, 2001, 54 e ss.; MACHADO, Jónatas, “Direito internacional...”, cit., 104 e ss (embora este autor reconheça que “...a diversidade axiológico-normativa

do paralelismo) que considere que o ordenamento normativo estadual é, em relação ao ordenamento normativo internacional, originário e autónomo⁸⁰⁴. Originário porque não deriva deste, mas nasce de um acto genuíno e espontâneo de criação que o individualiza e diferencia, conferindo-lhe uma identidade independente e soberana; autónomo porque busca a sua génese e fundamento numa Norma fundamental própria, que reduz à unidade todos os seus elementos e que constitui o seu germe de validade, sem dependência de recorrer a qualquer norma externa. Neste contexto, ordenamento nacional e ordenamento internacional constituem dois círculos separados, dois sistemas *geneticamente vedados* (cada um deles com fundamentos de validade diferentes) e em princípio auto-suficientes, que se tocam e até se contradizem bastantes vezes mas que não se confundem nem, muito menos, se reduzem um ao outro [ao contrário da postura Monista – quer com primado de Direito interno (nacionalismo), quer com primado de Direito internacional (internacionalismo) – que defende a existência de *um único* ordenamento⁸⁰⁵]⁸⁰⁶. Uma postura assim adoptada não poderá deixar de aceitar que as normas de Direito internacional, para assumirem relevância do ordenamento normativo interno necessitam de um acto deste – seja um acto do poder constituinte, seja um acto dos poderes constituídos (legislativos) – que o identifique, reconheça e afirme aplicável no seu âmbito de abrangência⁸⁰⁷.

Por outro lado, é importante clarificá-lo, não defendemos um dualismo extremo absolutamente voluntarista, superestadual e defensor da *incomunicabilidade*

tem como consequência a aplicação prática de modelos dualistas...”). V., ainda, QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, “*Droit International Public*”, cit., 88 e ss.

804 V. RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 187.

805 Em termos fundacionais, o monismo tanto pode assentar em alicerces materiais como em alicerces formais. Exemplo do primeiro será o monismo enquanto exigência de valores universais (v.g., dignidade da pessoa humana); exemplo do segundo, o monismo enquanto exigência de previsibilidade e estabilidade nas relações interestaduais - regra *pacta sunt servanda*. V. GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “Manual ...”, cit., 82 e ss.; MACHADO, Íonatas, “Direito internacional...”, cit., 102; MIRANDA, Jorge, “Direito internacional público...”, cit., 170. Cfr., por último, ÖHLINGER, Theo, “*Die Einheit des Rechts. Völkerrecht, Europarecht und staatliches Recht als einheitliches Rechtssystem?*”, GRW, 3, 161 e ss.

806 Convém assinalar que a doutrina internacionalista aponta duas importantes diferenças entre as teses monista e dualista que se confrontam no âmbito dos problemas inerentes ao relacionamento entre os ordenamentos interno e internacional: em primeiro lugar uma diferença relativa à respectiva arquitectura jurídica – assente numa estrutura de subordinação num caso e numa estrutura de coordenação no outro; em segundo lugar uma diferença relativa “à origem do Direito positivo” – num caso estaria na vontade singular do Estado e no outro na vontade colectiva de vários Estados. Cfr., a propósito, FERREIRA de ALMEIDA, Francisco, “Direito internacional público...”, cit., 55; BOSCO, Giacinto, “*Lezioni...*”, cit., 299 e ss.

807 Cfr. MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 429.

ordenamental, mas um dualismo temperado que apenas reconhece que estamos em presença de dois ordenamentos normativos diferentes e comunicáveis, se bem que eventualmente (e só eventualmente) possam assentar em alicerces axiológico-valorativos idênticos. De resto, como alguma doutrina já vem reconhecendo, mais do que elaborar teorias completamente coerentes e procurar o seu enquadramento numa concepção “monista” ou “dualista” pura, importa analisar e dar solução aos concretos problemas jurídicos que se levantam no âmbito do relacionamento entre ordenamentos distintos e complexos⁸⁰⁸.

Contudo, a adopção de uma postura dualista ainda não resolve, por si só, os problemas inerentes aos conflitos entre as normas internas e as provenientes de ordenamentos externos, pois cabe perguntar: havendo dois ordenamentos, como se realiza a sua intersecção? Como se procede à recepção do Direito de um no interior do outro?

Convém frisar que a resposta a dar a estas questões, ultrapassando o mero debate teórico, encerra uma forte componente técnico-positiva e depende das concretas soluções normativas adoptadas por cada ordenamento⁸⁰⁹.

Procuremos ver como o ordenamento normativo português trata estes problemas.

2. A recepção do Direito internacional pelo ordenamento normativo interno

Já tivemos oportunidade de salientar a importância que em cada ordenamento desempenham as normas constitucionais que autorizam a sua abertura, importância essa derivada do facto de serem tais normas que constituem a plataforma (ponte) que o Direito não interno deve transpor para nele se considerar aplicável⁸¹⁰. Deste modo, a abertura do Estado constitucional não significa – nem deve significar, na nossa perspectiva – desatualização do poder constituinte e pode continuar a defender-se que toda a alteração político- normativa relevante, nomeadamente no sentido internacionalista, necessita de uma norma constitucional habilitante que

808 Neste sentido, MENÉNDEZ, Fernando, “*Derecho Internacional Público...*”, cit., 483.

809 Assim, BACELAR GOUVEIA, Jorge, “*Manual...*”, cit., 319.

810 V. KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat in Prozeß...*” cit., 871 e “*Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen*”, cit., 966.

a efective e torne possível. Caso tal habilitação não se efectue, o Direito externo respectivo não é aplicável na ordem jurídica interna e não tem base legal para se legitimar e justificar (doutrina *ausbrechender Rechtsakt*).

Mas o problema da autorização referida, bem vistas as coisas, é apenas a primeira etapa de um processo gradativo de recepção. Problema posterior é o de saber como o Direito que se autorizou a entrar o vai fazer. Ora, a posterior integração do Direito externo no ordenamento normativo do foro pode ser efectuada de formas diversas, tendo a doutrina tradicionalmente vindo a referir as técnicas da *incorporação automática* e da *transformação* (implícita ou explícita) como os métodos mais utilizados⁸¹¹. No primeiro caso, as normas respectivas aplicam-se internamente enquanto normas de Direito internacional – podendo a incorporação ser automática (i. é, não dependente de qualquer acto intercalar interno) ou condicionada (dependente de uma *interpositio* que disciplina apenas a produção de efeitos da norma recebida) –, e no segundo aplicam-se enquanto normas de Direito interno, entretanto “modificadas”⁸¹². De qualquer modo, importa assinalar que a distinção apontada tem tendência a esbater-se porque, na realidade, “a tendência do moderno Direito Constitucional é para condicionar a ratificação à aprovação pelo órgão legislativo, e, portanto, o sistema puro e simples de transformação já não é praticado”, associando-se o exercício do *treaty-making power* com a função legislativa⁸¹³.

Um enfoque proveitoso destas questões passa pela distinção – “aproveitada” do Direito europeu – entre o Direito internacional primário e o Direito internacional secundário, o primeiro abrangendo as normas que têm uma referência constituinte directa radcada na vontade dos Estados (v.g., tratados) ou da Comunidade internacional (v.g., princípios), e o segundo abarcando as normas que são produzidas pelas organizações e instituições pelos primeiros criadas. Porém, em termos escolha positiva, a CRP adoptou um sistema trial de acolhimento das normas internacionais, que parte da distinção entre as normas e princípios de Direito Internacional geral, as

811 V., a propósito do tema, FERREIRA de ALMEIDA, Francisco, “Direito internacional público ...”, cit., 61 e 62; GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “Manual ...”, cit., 94 e ss.; MIRANDA, Jorge, “Direito internacional público...”, cit., 172 e ss.

812 V. BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual...”, cit., 320 e ss.

813 Assim, GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “Manual ...”, cit., 96.

normas de Direito internacional convencional, e as normas emanadas das organizações internacionais de que o Estado Português faça parte⁸¹⁴.

Vejamos em que termos e com que alcance.

a) As normas de Direito internacional geral ou comum

As *allgemeinen Regeln des Völkerrechts* consistem num conjunto de verdadeiras normas jurídicas (princípios⁸¹⁵ e regras) aplicáveis no âmbito das relações entre sujeitos de Direito internacional, que assumem uma natureza bastante heterogénea e que resultam de um processo de criação espontânea, não emanando de uma vontade positiva, mas sim da consciência jurídica geral⁸¹⁶. Tal fórmula genérica resulta de uma aproximação do Direito internacional ao constitucionalismo (*public law approach*⁸¹⁷) e tem contornos bastantes elásticos, abrangendo, consoante as posições doutrinárias de base, desde normas consuetudinárias (“costume internacional”⁸¹⁸), a “valores universais”⁸¹⁹, a verdadeiras regras jurídicas de Direito humanitário ou de Direito da guerra. De qualquer das formas, um núcleo material elementar e irredutível parece ser possível identificar e denominar como “Direito Constitucional Internacional”: trata-se, em todos os casos, de padrões de

814 Não parece, contudo, ter sido esta a mais feliz das soluções, na medida em que não se vislumbra com total exactidão o critério utilizado – não foi seguramente o da fonte normativa pois quer no primeiro como no segundo dos núcleos apontados podemos encontrar normas de fonte diversa (positiva ou não positiva / costumeira); como também não foi o da eficácia subjectiva geral ou particular das normas. Como refere FERREIRA de ALMEIDA (“Direito internacional público...”, cit., 67), “o legislador constituinte terá pretendido lidar com três categorias distintas de Direito internacional, ainda que na formulação do preceito não haja logrado os seus intentos. Que categorias são essas? O Direito internacional geral ou comum (art.º 8.º, n.º 1), o Direito internacional particular (art.º 8.º, n.º 2) e o Direito internacional das organizações internacionais (*direito derivado*)”. A diversidade de critérios utilizados leva a que surjam zonas de sobreposição como por exemplo nas situações em que estejamos perante convenções internacionais que sejam universais. Neste caso, como proceder: considerar Direito Internacional geral (art.º 8.º, n.º 1), ou Direito internacional convencional (art.º 8.º, n.º 2)? Além disso, alguns outros espaços normativos não foram contemplados (v.g., costumes internacionais locais, eventuais actos unilaterais normativos, etc.). V.as propostas de solução (que passam pela interpretação extensiva e integração analógica) em BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual...”, cit., 334 e 340 e ss.

815 Cfr. GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “Manual ...”, cit., 257 e ss.

816 Cfr., a propósito, MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 430. V., por último, BVerfGE, 23, 316; 95, 129; 96, 86.

817 Cfr., a respeito, WAHL, Rainer, “*Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates*”, cit., 49 e BARILE, Giuseppe, “*Costituzione e Diritto internazionale*”, in RTDP, 1986, 4, 970 e ss.

818 Cfr., a propósito, MACHADO, Jónatas, “Direito internacional...”, cit., 114; DEL VECCHIO, Giorgio, “Lições de filosofia do Direito”, cit., 431.

819 Por exemplo, WAHL, Rainer, “*Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates*”, cit., 49, refere-se a “*übergeordnete Werte*”.

comportamento que encontram uma “radicação generalizada na consciência colectiva das comunidades”⁸²⁰ e que adquirem uma sedimentação histórica que os coloca para além das concretas opções positivas.

Quanto a estas normas – que, a maior parte das vezes prescrevem uma mera *obrigação de resultado*, não impondo aos Estados nenhuma conduta determinada, antes lhes conferindo uma ampla discricionariedade de meios⁸²¹ –, a CRP assumiu uma posição de abertura e de aceitação total, prescrevendo com clareza que “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”⁸²².

Trata-se da conhecida *cláusula geral de recepção plena*, mediante a qual as normas em apreço – os respectivos blocos normativos – são integrados plenamente no âmbito do ordenamento do foro (o “Direito português”), sem que, para tal, haja necessidade de qualquer espécie de transformação – v.g., em acto legislativo interno – ou da observância de específicas regras ou formas introdutórias (aprovação, ratificação, referência, publicação, etc.)⁸²³.

b) As normas de Direito internacional convencional

Já quanto às normas de Direito internacional convencional – aquele que tem uma génese claramente voluntarista, visto que se materializa nas normas constantes das Convenções internacionais celebradas entre os sujeitos de Direito internacional e que já pode impor aos Estados comportamentos vinculados⁸²⁴ – vigora, prevista pela CRP, uma cláusula de recepção também automática – pois não se exige qualquer acto de transformação, não se estando em presença de actos legislativos necessários mas quando muito actos meramente políticos – mas condicionada⁸²⁵. Quer isto dizer que a

820 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 8.º, 83. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 819; GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “Manual ...”, cit., 109.

821 Assim, MENÉNDEZ, Fernando, “*Derecho Internacional Público...*”, cit., 488.

822 V. art.º 8.º, n.º 1. Cfr., ainda, art.º 25.º da GG, nos termos do qual “Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechtes (...); o art.º 9.º (1) da B-VG (“*Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechtes gelten als Bestandteile des Bundesrechtes*”) e a 14.ª alínea do *préambule* da Constituição Francesa de 1946, referente ao *préambule* da Constituição de 1958, proclamando que a República francesa “*se conforme aux règles du droit public international*”. Quanto à posição do ordenamento inglês, v. BROWNLIE, Ian, “*Principles of Public International Law*” (trad. Portuguesa: “Princípios de Direito internacional público”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, 54 e ss.)

823 V., por último, WAHL, Rainer, “*Der offene Staat...*”, cit., 1151.

824 Neste sentido, MENÉNDEZ, Fernando, “*Derecho Internacional Público...*”, cit., 488.

825 Neste sentido, BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual...”, cit., 336.

Constituição não recebe de uma forma totalmente aberta tais normas – que, por vezes, podem ser normas que prevêem outras fontes de Direito (como sucede, por exemplo, com o TCE) –, mas antes as subordina a condições de dupla natureza, suspensiva – as convenções internacionais devem ter sido “regularmente ratificadas ou aprovadas” e publicadas no Jornal oficial, sem o que as normas, mesmo vigorando na ordem externa e vinculando o Estado português, não vigoram na ordem interna – e resolutive – as normas respectivas são acolhidas enquanto “vincularem internacionalmente o Estado Português”⁸²⁶. A partir do momento em que tais condições se dão por verificadas existem regras de Direito que “formam parte do ordenamento interno”, em consequência da regra *pacta sunt recipienda* (obrigação de incorporação dos tratados), e não só vinculam o Estado perante as instâncias internacionais, como podem ser invocados perante os órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais internos⁸²⁷.

c) As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faz parte

Finalmente, neste contexto, a CRP faz alusão às normas emanadas das organizações internacionais, no seu art.º 8.º, n.º 3 ao prescrever que tais normas “vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”. Estamos, como se alcança, no domínio a que alguma doutrina norte-americana (v.g., EDWARD SWAINE) se refere como sendo o das “*international delegations*”⁸²⁸. Trata-se aqui de reconhecer competência a entes externos não estaduais para a emanação de actos normativos produtores de efeitos na ordem normativa

826 Cfr. art.º 8.º, n.º 2 da CRP. A autonomia desta segunda condição em relação à primeira compreende-se na medida em que pode uma Convenção ter sido aprovada, ratificada e publicada na ordem interna mas não vincule na ordem externa por v.g. não ter sido atingido o número suficiente de ratificações que se exige às partes que a subscreveram. Cfr., ainda, FERREIRA de ALMEIDA, “Direito internacional público...”, cit. 72; GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “Manual ...”, cit., 110 e ss.

827 Cfr., numa solução algo diversa, o art.º 53.º da CRF que obriga à transformação de certo Direito convencional. Prescreve o referido preceito que “*les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l’organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l’Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l’état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu’en vertu d’une loi*”.

828 V. SWAINE, Eduard, “*The constitutionality of international delegations*”, cit., 1492 e ss.. V., ainda, com interesse, do mesmo autor, “*Does federalism constraint the treaty power?*”, CoLRw, 103, 3, 2003, 403 e ss e LINDSETH, Peter, “*Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism...*”, cit., 628 e ss.

interna⁸²⁹, mediante a transferência do exercício de certos poderes soberanos (v.g., legislativos) nesse sentido. Em momento ulterior desta investigação teremos ocasião de abordar novamente esta temática, e de uma forma mais desenvolvida.

Por agora, importa reter os traços essenciais respeitantes à recepção no nosso ordenamento das normas referidas. E o primeiro problema é precisamente este: qual o âmbito subjectivo (internacional) da previsão constitucional? Querirá ele referir-se apenas a organizações internacionais em sentido restrito? Ou, diferentemente, tem por objectivo abranger qualquer instituição internacional, seja ou não organização internacional? Neste último caso, vigorariam “directamente na ordem interna” não apenas normas pelas primeiras emanadas, mas igualmente preceitos saídos de organizações intergovernamentais, conferências de partes, etc.⁸³⁰ Pela nossa parte, entendemos que o impulso de abertura não é assim tão abrangente e interpretamos a fórmula utilizada pelo legislador constituinte no sentido (literal) de se circunscrever apenas às normas emanadas de organizações internacionais em sentido próprio. Deste modo, todas as normas que não sejam destas saídas, logicamente, não beneficiam do regime previsto neste número 3. Ainda assim, cumpre salientar que este preceito, ao contrário do que alguma doutrina parece crer, tem um âmbito de abrangência que ultrapassa o Direito Europeu comunitário (que aliás autonomamente está previsto no número seguinte), abrangendo nomeadamente, as resoluções do Conselho de segurança das Nações unidas, as *normas* da Organização mundial de comércio, da Organização para a cooperação e desenvolvimento económico, da Organização mundial do trabalho, ou da Organização mundial de saúde⁸³¹, embora, não possa deixar de se reconhecer que o seu surgimento foi especificamente pensado para responder às exigências e problemáticas da integração europeia.

Um segundo problema: o regime previsto neste artigo da Constituição apenas se refere a “normas” *stricto sensu* como está nele expressamente previsto, ou podem-se considerar abrangidos também actos não normativos como decisões individuais das organizações internacionais que tenham por destinatário o Estado português? A questão adquire relevância na medida

829 Acerca das competências reconhecidas (= transferências) para a emanação de outros tipos de “actos” (v.g., alterações aos tratados, costumes), v. SWAINE, Eduard, “*The constitutionality of international delegations*”, cit., 1506 e ss.

830 V., a respeito, SWAINE, Eduard, “*The constitutionality of international delegations*”, cit., 1494, nota 3.

831 Cfr., por exemplo, MARCOLUNGO, Claudia, “*Gli effetti degli atti del WTO sugli operatori economici privati*”, in RTDP, 2003, 4, 996 e ss.

em que se aceite que os entes internacionais, não obstante a maior parte da sua actividade ser considerada administrativa em sentido restrito e técnico, possam ser titulares de poderes normadores com eficácia externa em relação à organização que corporizam⁸³². Aqui, pode-se dizer que existe alguma clivagem doutrinária aparente, embora as respectivas conclusões conduzam a resultados similares. Autores como JÓNATAS MACHADO e FRANCISCO FERREIRA de ALMEIDA defendem uma interpretação extensiva do enunciado linguístico utilizado pelo legislador constituinte, de modo a abranger actos formalmente administrativos e jurisdicionais, mas com força normativa⁸³³; JORGE MIRANDA, diversamente, entende – e a nosso ver bem – que o preceito em referência não se refere a actos não normativos porque não tem de o fazer, a exemplo do que se passa com todos os outros números do artigo respectivo. Impõe-se assim uma interpretação sistemática do n.º 3 que o compreenda inserido num artigo que apenas cuida da recepção no ordenamento interno de *normas* externas. Contudo, tal não impede que se abranja na sua *ratio* outro tipo de actos, como os apontados acima⁸³⁴.

As normas referidas estão sujeitas a uma cláusula de incorporação automática condicionada. Incorporação automática, porque a sua relevância não é mediatizada na ordem normativa interna, aplicando-se imediatamente ao Estado e aos indivíduos⁸³⁵; condicionada porque, por um lado, as normas devem provir dos órgãos competentes dessas organizações (competências que, como sabemos, em última linha são atribuídas pelos Estados, pois estes é que são os titulares da Competência das competências) e, por outro lado, porque a aplicabilidade directa deve estar prevista nos respectivos tratados constitutivos⁸³⁶.

Neste particular, contudo, não nos alongaremos. As referências que em fase ulterior desta investigação faremos às normas europeias comunitárias parecem-nos suficientes para declinar aqui tal tarefa.

832 V. VALENTI, Angelo, “*L’evoluzione della potestà normativa degli enti internazionali*”, in RTDP, 1961, 2, 357, que, todavia, se debruça apenas sobre as normas com eficácia interna.

833 V. MACHADO, Jónatas, “Direito internacional...”, cit., 117; FERREIRA de ALMEIDA, “Direito internacional público...”, cit. 75.

834 Nesta interpretação, v. MIRANDA, Jorge, “Direito internacional público...”, cit., 185.

835 Assim, FERREIRA de ALMEIDA, “Direito internacional público...”, cit. 73

836 Além das condições referidas, e como muito bem observa JORGE MIRANDA (“Direito internacional público...”, cit., 183), dever-se-ia exigir também a publicação no DR.

3. A harmonização dos ordenamentos interno e internacional

As opções normativas preconizadas pela CRP ao nível da integração do Direito internacional materializadas nas cláusulas referidas não são, todavia, suficientes para resolver todos os problemas jurídicos que se levantam com o relacionamento recíproco de ordenamentos. Após essa integração, a outras dúvidas urge dar resposta: qual a força normativa desse Direito internacional? Que tipo de relações se estabelecem entre ele e as normas de Direito interno?

Aqui, ao contrário do que se passa no que diz respeito à ordenação das normas internas – onde se emprega o postulado da *preferência de validade* (*Geltungsvorrang*), nos termos do qual o Direito infraordenado em caso de colisão com Direito supraordenado torna-se não apenas ineficaz, mas inválido – a solução a encontrar deve convocar a ideia de *preferência aplicativa* (*Anwendungsvorrang*), em termos de as contradições entre o Direito internacional – todo ele, e não apenas o convencional – e o Direito interno se colocarem sempre no plano da aplicabilidade⁸³⁷, o que significa que o Direito infraordenado em caso de colisão com Direito supraordenado torna-se ineficaz, mas não inválido⁸³⁸.

Em todo o caso, é importante salientar que todo este campo de análise é perpassado por uma ideia de concordância e harmonização, necessariamente de sentido bilateral. Utilizando as palavras de JÓNATAS MACHADO⁸³⁹:

“O legislador constituinte deverá adequar as normas constitucionais à protecção e promoção dos interesses e dos objectivos fundamentais da comunidade internacional no seu todo. O legislador ordinário deverá exercer a função legislativa de uma forma que não comprometa compromissos assumidos internacionalmente. Por sua vez, o Direito internacional não pode por em causa dimensões essenciais do Estado de Direito democrático e dos direitos fundamentais. Do mesmo modo, os juízes nacionais e internacionais devem fazer uma interpretação harmonizadora e adequadora das normas internacionais e internas, abstendo-se de empolar as situações de conflito real ou aparente”.

837 Assim, REQUERO PAGÉS, “*Sistemas normativos ...*,” cit., 40.

838 Neste sentido, SCHMIDT, Rolf, “*Staats-organisationsrecht*,” cit., 92.

839 V. “Direito internacional...”, cit., 110.

A este propósito, seja for qual a solução a dar a estes problemas, ela não será nunca uma solução em bloco, indiferente ao tipo de normas em confronto. Como veremos, a melhor postura passa pela diferenciação qualitativa dos diversos materiais jurídicos, quer ao nível interno quer ao nível externo, e nunca por uma solução uniforme e indiferenciada, do tipo “supralegalidade do Direito internacional”, que não tenha em atenção as especificidades do concreto conflito.

Por conseguinte, do lado do Direito internacional, importa averiguar particularmente se estamos em presença de Direito convencional ou não e, do lado do Direito interno, importa averiguar a natureza da norma em causa (constitucional, legislativa; com ou sem valor reforçado, etc.). Só com o apelo a estas distinções a análise será juridicamente proveitosa.

a) As normas de Direito internacional geral ou comum

No que diz respeito às normas de Direito Internacional geral ou comum, a regra parece-nos ser a da aceitação do seu valor constitucional. O principal argumento a favor desta tese reside na consideração materialmente constitucional de muitos dos seus preceitos e no reconhecimento da parte de muitos constituintes internos da relevância dos seus conteúdos materiais, particularmente em sede de Direito fundamentais⁸⁴⁰. Por exemplo, a CRP determina no seu art.º 16.º, n.º 1 que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, naquele que é um claro exemplo de abertura constitucional de direcção internacionalista. Consequentemente, qualquer norma infraconstitucional que viole um destes preceitos (Direito Internacional geral ou comum) será materialmente inconstitucional e poderá ser pronunciada ou declarada como tal pelo Tribunal constitucional ou ver a sua aplicação recusada por qualquer tribunal ordinário. Em todos

840 Neste sentido, a Constituição argentina (art.º 75.º, § 22), por exemplo, prescreve que “*la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*” (sublinhado nosso). Além disso, a transferência do valor constitucional será ainda possível sempre que, tendo por objecto direitos humanos, obtenham uma maioria qualificada das duas câmaras. Cfr., num sentido próximo, BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual...”, cit., 349 e 351.

os casos, a decisão respectiva poderá afectar a validade da norma sindicada pois, para todos os efeitos, estamos em presença de uma verdadeira norma constitucional como parâmetro⁸⁴¹.

Rejeitam-se assim as soluções de atribuição de valor (i) supraconstitucional⁸⁴² ou (ii) legal a estas disposições. A primeira, mesmo reconhecendo dados integrantes da *supraconstitucionalidade autogenerativa*⁸⁴³, poderia conduzir a uma acentuada perda da força normativa das Constituições; a segunda poderia corresponder a uma flutuação constante e à *desvalorização* material de domínios relevantes⁸⁴⁴. Ainda assim, e em consonância com o que dissemos anteriormente, é de aceitar a existência um princípio de interpretação da Constituição conforme os Tratados internacionais (*völkerrechtskonformen Auslegung der Verfassung*) em matéria de Direitos humanos⁸⁴⁵.

No que diz respeito à possibilidade de contradição — pouco provável — entre uma norma de Direito Internacional geral ou comum e uma norma constitucional interna, deve-se apelar para a resolução do dissídio mediante a intervenção da metodologia corrente em sede de conflitos entre normas constitucionais, nomeadamente chamando à colação o princípio da “concordância prática” (*praktischer Konkordanz*)⁸⁴⁶. Este princípio, como é sabido, exige uma ponderação de bens jurídicos quando as respectivas normas consagradoras estejam em confronto, e apela para uma solução apaziguadora que, neste caso, será a mais aconselhável.

841 Assim, BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual...”, cit., 360.

842 Cfr., em tal sentido, art.º da Constituição holandesa e mesmo o art.º 10.º da CRI (“*L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*”), no âmbito do qual a letra do preceito constitucional parece indiciar a subordinação de todo o Direito interno. Cfr., ainda, BRUGGER, Winfried, “*Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes*”, in AöR, 126, 3, 2001, 395; FERREIRA de ALMEIDA, “Direito internacional público...”, cit. 77 e GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “Manual ...”, cit., 117.

843 Assim, MACHADO, Jónatas, “Direito internacional...”, cit., 119, 123.

844 Cfr., ainda, HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 43.

845 V. BVerGE, 88, 103, 112 (*Streikeinsatz von Beamten*). V. BERNHARDT, Rudolf, “*Völkerrechtskonforme Auslegung der Verfassung? Verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge?*”, in *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Spinger Vlg., Heidelberg, 2002, 396; BRYDE, Brun-Otto, “*Konstitutionalisierung des Völkerrechts...*”, cit., 69.

846 GOMES CANOTILHO, “Direito constitucional...”, cit., 1225; HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 28; HERDEGEN, Matthias, “*Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin*”, cit., 876; SODAN, Helge, “*Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 871.

b) As normas de Direito internacional convencional

No que diz respeito às normas de Direito internacional convencional (que, bem entendido, não pertençam ao Direito Internacional geral ou comum), a solução, parece-nos, deve ser distinta. Aqui, o critério decisivo para a resolução de eventuais conflitos normativos não será o da validade, mas sim o da aplicabilidade, o que terá como consequência que, seja qual for a solução, a norma *perdedora* não será anulada nem declarada nula ou inexistente, mas tão somente verá a sua produção de efeitos afectada⁸⁴⁷.

Quanto à sua colocação em relação às normas constitucionais, é de aceitar que estas devem prevalecer, sendo tal conclusão normativamente suportada pela possibilidade de sujeição das Convenções a controlo da constitucionalidade⁸⁴⁸. Tal prevalência, recorde-se, não colide com a validade das normas dos tratados, mas afecta a sua aplicabilidade, em termos de estas, em caso de colisão com as primeiras, não produzirem os seus feitos de forma plena, tornando-se inaplicáveis na ordem interna. Doutrinariamente, GUASTINI entende que a supremacia dos tratados em relação à CRP – e a admissibilidade de que possam derrogar (ou mesmo desaplicar) uma norma constitucional – é um *nonsense*, negando o carácter rígido de um Constituição⁸⁴⁹. Nos Estados compostos, a solução vai no mesmo sentido: os tratados têm preferência aplicativa sobre leis e constituições dos Estados federados ou Länder mas não sobre a Constituição federal⁸⁵⁰.

Este problema da constitucionalidade dos tratados levanta-se em relação a convenções das quais os Estados em questão quiseram fazer parte, ou seja que o seu processo de conclusão foi correctamente observado. Nestas situações, para evitar as divergências com a Constituição do próprio país, duas soluções se afiguram possíveis: por um lado, alterar previamente a

847 Neste sentido, GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “Manual ...”, cit., 123.

848 Neste sentido, FERREIRA de ALMEIDA, “Direito internacional público...”, cit. 82; MIRANDA, Jorge, “Direito internacional público...”, cit., 190; RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 195; DE OTTO, Ignácio, “*Derecho Constitucional – sistema de fuentes*”, cit., 124. Cfr., ainda art.º s 278.º, n.º 1 da CRP e 70.º, n.º 1, alínea i) da LTC.

849 V. GUASTINI, Riccardo, “*Lezioni di teoria costituzionale*”, cit., 118.

850 V., a propósito, BLANK, Michael, FANGMANN, Helmut, HAMMER, Ulrich, “*Grundgesetze – Basiskommentar*”, cit., anotação ao art. 25, p. 174.

Constituição, antes da assinatura do Tratado⁸⁵¹ ou, por outro lado, aceitar as normas inconstitucionais como vinculativas⁸⁵².

Nas situações em que um Tratado é inconstitucional porque o processo de conclusão do mesmo não foi correctamente observado, aquele não é sequer incorporado na ordem interna, pelo que o problema da produção dos seus efeitos jurídicos não se deve colocar. Contudo, uma solução intermédia pode ser encontrada: se o Tratado tiver sido regularmente ratificado e apenas contiver vícios orgânicos ou formais, a aplicação das suas normas pode ser efectuada, mediante condições de reciprocidade⁸⁵³.

E no que diz respeito à sua colocação em relação às normas ordinárias?

O problema tem um alcance prático extremamente relevante: se as normas constantes dos Tratados internacionais tiverem valor legal, elas podem prevalecer sobre todo o Direito ordinário anterior desconforme, por aplicação da regra *lex posteriori*. Contudo, só se estiver supraordenado é que poderá prevalecer em relação ao Direito ordinário interno posterior, preterindo a sua aplicação, pois caso contrário será afastado por operatividade da mesma regra.

Neste contexto, a sobreposição escalonada parece fazer mais sentido⁸⁵⁴. Razões — apontadas por JORGE MIRANDA⁸⁵⁵ — como (i) o princípio geral segundo o qual um Estado que se vincula perante outrem não pode por acto unilateral eximir-se do cumprimento do que se obrigou; (ii) a conveniência

851 Cfr. art.º 54.º da CRF. V. MACHADO, Jónatas, “Direito internacional...”, cit., 109.

852 V. BESSELINK, Leonard, “*Becoming a party to treaties wich diverge from the Constitution*”, in *European Public Law* (EPL), 9, 4, 2003, 471. Cfr. art.º 277.º, n.º 2 da CRP e 91.º, n.º 3 da Constituição holandesa.

853 Cfr. art.º 277.º, n.º 2 da CRP, nos termos do qual “a inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental”. Quanto aos problemas levantados por esta disposição (v.g., saber se é aplicável também a acordos em forma simplificada; se pode ter por referência qualquer dos tipos de controlo da constitucionalidade), cfr. BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual...”, cit., 363 e ss.

854 Neste sentido, BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual...”, cit., 356; FERREIRA de ALMEIDA, “Direito internacional público...”, cit., 80 e ss; MIRANDA, Jorge, “Direito internacional público...”, cit., 197 e ss. V. ainda, por exemplo, e uma vez mais, a solução francesa prevista no art.º 55.º da CRF (*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.*). Cfr., em sentido diverso, SCHMITT, Carl, “*Verfassungslehre*”, cit, 72, para quem se trata em todos os casos de Direito legal.

855 V. MIRANDA, Jorge, “A concordata e a ordem constitucional portuguesa”, in *Concordata entre a Santa Sé e a República portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2001, 69.

da harmonização dos ordenamentos interno e internacional; e (iii) o impedimento da frustração por lei da recepção automática são, a nosso ver, determinantes⁸⁵⁶. Seja no confronto com uma norma ordinária anterior, seja no confronto com uma norma ordinária posterior, a inaplicabilidade desta impõe-se, por se admitir, a partir da prática constitucional, uma norma constitucional *implícita* (um verdadeiro princípio não escrito) nesse sentido⁸⁵⁷. Se do Tratado resultar direito derivado, a futura incorporação deste supõe igualmente a inaplicabilidade das leis anteriores que não tenham sido derogadas pelo acto de autorização da sua celebração⁸⁵⁸.

Quanto às normas internas emanadas para dar cumprimento a um tratado internacional, é curial reconhecer-lhes uma posição especial no sistema de fontes, na medida em que devem ser dotadas de uma força de resistência reforçada pois não poderão ser derogadas ou substituídas por outras que não tenham o mesmo objectivo, sem fazer incorrer o Estado em responsabilidade internacional⁸⁵⁹. Trata-se assim de um caso de valor reforçado atípico.

c) As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faz parte

O carácter infraconstitucional e supralegal afigura-se também como a melhor resposta ao problema do escalonamento das normas emanadas das organizações internacionais (Direito europeu comunitário à parte). Com efeito, se consideramos que o Direito convencional está situado num patamar abaixo da Constituição, o Direito derivado que dele nasce também nessa posição deve estar⁸⁶⁰. Por outro lado, deve-se considerar que estão situados acima da lei, mais uma vez devido à ideia de que um Estado não pode invocar as suas disposições internas para afastar a aplicação do Direito internacional⁸⁶¹.

Resta aqui salientar a ideia de que, embora não se esgote nesse âmbito, grande parte da utilidade normativa deste preceito reconduz-se ao

856 Cfr., ainda, art.º 70.º, n.º 1, alínea i) da LTC.

857 Acerca de tal possibilidade, v. MENÉNDEZ, Fernando, "*Derecho Internacional Público...*", cit., 508.

858 Cfr., a propósito, REQUERO PAGÉS, "*Sistemas normativos ...*" cit. 45 e ss.

859 Assim, RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, "*Teoría y práctica...*", cit., 196.

860 Assim, MIRANDA, Jorge, "*Direito internacional público...*", cit., 191.

861 V.,a propósito, art.º 27.º da CV. Cfr., em sentido algo diverso, MENÉNDEZ, Fernando, "*Derecho Internacional Público...*", cit., 517.

posicionamento das normas comunitárias. Assim, quando nos referirmos ao Direito europeu comunitário e ao respectivo posicionamento no âmbito do agregado normativo interno – o que faremos na subdivisão seguinte – teremos ocasião de explicar e fundamentar, de uma forma que cremos cabal, esta posição.

Subdivisão III

O impulso europeísta

1. Os alicerces da recepção do Direito europeu comunitário no ordenamento interno

O segundo grupo de normas que, numa perspectiva de abertura, vão merecer a nossa atenção é formado pelas normas que dão corpo ao denominado Direito europeu comunitário abrangendo este, bem entendido, quer o Direito primário, quer o Direito secundário. Estamos num domínio onde, mais ainda do que no impulso internacionalista, e para utilizar as palavras de GARCÍA de ENTERRÍA, “*se rompe (...) el llamado écran étatique*”⁸⁶².

Aqui, a quantidade e a complexidade dos problemas suscitados pela interação de ordenamentos – que levam certa doutrina a referir-se a uma nova fase de desenvolvimento do Direito público (a sua “europeização” – WAHL)⁸⁶³ – justificarão um maior desenvolvimento da análise, convocando para esta várias coordenadas teóricas preconizadas quer pela doutrina quer pela jurisprudência.

Cumpramos desde já chamar a atenção para o facto de que algumas dessas coordenadas (v.g., monismo ou dualismo de ordenamentos; integração no Direito do foro, etc.) arrancam de posições já tomadas a respeito do Direito internacional pelo que, numa primeira análise a sua referência aqui seria repetitiva. Contudo, tal não é assim, pois na verdade constata-se que se verificou um repensar de muitas questões e uma abordagem a vários títulos inovadora.

Justifica-se, portanto, a nosso ver, a sua inserção nesta sede⁸⁶⁴.

1.1. A tese dualista e as premissas do TJCE (carácter autónomo do ordenamento comunitário e auto-referencialidade da construção normativa)

Os maiores problemas relacionados com o cruzamento das normas provenientes dos ordenamentos internos e do ordenamento europeu comunitário começaram por ser suscitados não ao nível constituinte ou legislativo mas

862 V. GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, “*Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la unión europea*”, in RTDP, 1999, 1, 3.

863 Cfr., a respeito, WAHL, Rainer, “*Die Zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland...*”, cit., 495 e ss.

864 Cfr., para uma aproximação, LINDAHL, Hans, “*Sovereignty and the institutionalization of Normative order*”, cit., 168.

ao nível aplicativo, tendo inclusivamente sido a partir da jurisprudência “dinâmica” do TJCE que o ordenamento comunitário recebeu os maiores impulsos para a sua expansão. A metodologia utilizada pelo órgão máximo da jurisdição europeia comunitária baseia-se numa preferência dada à vertente teleológica da interpretação dos conceitos normativos, motivada, muitas vezes, pelo facto de os tratados constitutivos utilizarem conceitos vagos e carentes de preenchimento, apelativos de uma *dilatação competencial* que pode ser vista como o seu propósito nuclear. Tal leva a que a construção europeia se dimensione como uma galáxia em constante expansão e ganhe corpo jurídico num ordenamento próprio, dotado de unidade, sistematicidade e tendencial completude. O desenho dos contornos e limites jurídicos deste ordenamento, nesta perspectiva, estariam nas mãos das próprias instituições comunitárias que, desta forma, seriam titulares de uma soberania competencial indiscutível.

Mas não apenas ao nível das competências, e do desejo de incremento contínuo destas, se pode afirmar tal expansão. Também ao nível das fontes de Direito é possível vislumbrar a irradiação de uma vontade de dilatação. O expansionismo normativo que o *Direito comunitário* motivou caracteriza-se principalmente por uma acentuada inflação legal⁸⁶⁵ e pela criação de um inovador *Kollisionsrecht* através de uma avocação da competência de resolução de conflitos normativos e das consequentes prerrogativas de controlo das normas⁸⁶⁶.

As coordenadas de desenvolvimento apontadas – dilatação competencial e expansionismo normativo – são melhor compreendidas se integradas num problema mais vasto que é o da consideração da natureza *integrada* do ordenamento europeu comunitário. Trata-se de colocar em evidência o facto de que estamos perante um ordenamento jurídico autónomo, que tem a sua base num sistema, também ele autónomo, de fontes de Direito⁸⁶⁷ e que se integra de uma forma plena no ordenamento jurídico dos Estados-membros⁸⁶⁸. A autonomia referida, reflecte, por sua vez, um propósito de auto-referencialidade, no quadro de uma compreensão quase autopoietica

865 Cfr., a propósito, TEUBNER, Günter, “Juridificação...”, cit.

866 V., a respeito, ZULEEG, Manfred, “Die Vorzüge der Europäischen Verfassung”, in “Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge”, Armin von Bogdandy (org.), Springer Vlg., Heidelberg, 2003, 938.

867 Cfr. acórdão do TJCE de 15 de Julho de 1964, *Costa /E.N.E.L.*, cit., 555. V. igualmente as conclusões proferidas no âmbito do processo relativo ao mesmo acórdão por MAURICE LAGRANGE, idem, 566 e acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, CJTJCE, 1969-1970, 625 e ss. e BVerGE, 37, 271 (277).

868 Veja-se uma primeira afloração desta premissa no acórdão *Costa /E.N.E.L.*, supra cit.

do Direito⁸⁶⁹, motivado pela “necessidade existencial” de afirmação face a outros conjuntos normativos, muitas vezes conflitantes.

A regulamentação específica e própria que se exige a determinados núcleos materiais — regras do mercado comum e único, liberdades fundamentais etc. — individualiza um código jurídico próprio que se diferencia da comunicação jurídica geral e que torna o ordenamento recém-criado quase inevitavelmente auto-referencial, como que compelido a tematizar-se a si mesmo. A partir de determinada altura, o ordenamento europeu comunitário é forçado a descrever os seus próprios componentes, utilizando as suas próprias categorias, e criando as normas reguladoras das suas próprias operações, estruturas e processos⁸⁷⁰.

Deste modo, os instrumentos de disciplina jurídica — v.g., tratados, regulamentos, directivas —, após um impulso inicial dado pelo exterior, geram-se e renovam-se a si próprios, tornando-se auto-suficientes e semi-independentes em relação aos instrumentos normativos dos Estados-membros⁸⁷¹.

Em termos jurídicos, a autonomia assenta na premissa de que, no acto de adesão, os vários Estados-membros teriam efectuado, a favor das instâncias comunitárias uma “transferência de soberania” que, em termos práticos, redundaria numa “transferência de competências” a vários níveis. Destacar-se-iam, a este respeito, dois níveis:

- (i) ao nível legislativo, os estados transfeririam para o “legislador comunitário” as prerrogativas de legiferação em determinados núcleos

869 A propósito de tal compreensão, v. TEUBNER, Günter, “*Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungs-lärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtsetzung*”, JbHrRt, 13 (“*Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*”), 45 e ss. e TEUBNER, Gunther “*Recht als autopoietisches system*” (trad. Portuguesa, cit.). Acerca da circularidade e autopoiesis, a partir da análise *naturalista*, MATURANA, H (“*Autopoiesis and cognition*”, Reidel, Boston, 1980; “*Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*”, Vieweg, Braunschweig, 1982) e VARELA, F. (“*Autonomy and autopoiesis*”, in ROTH, G., “*Self-organizing systems*”, Campus, Frankfurt, 14-24). Quanto à adaptação ao domínio do estudo dos grupos sociais e dos processos comunicativos, v., em particular, LUHMANN, Niklas, “*Die Einheit des Rechtssystems*”, cit., 131 e ss.; “*The self-reproduction of the law and its limits*”, in G. Teubner, “*Dilemmas of the law in the welfare state*”, De Gruyter, Berlim, 1985, 111 e ss.; “*Closure and openness: on reality in the world of law*”, in G. Teubner, “*Autopoietic law: a new approach to law and society*”, De Gruyter, Berlim, 1987, 335 e ss.; “*The self-reproduction of law and its limits*”, in “*Essays on self-reference*”, Columbia University Press, New York, 1990, 228 e ss.

870 Cfr. TEUBNER, Gunther, “O direito como sistema autopoietico”, cit., 70 e 71.

871 Cfr., a propósito, TEUBNER, Gunther, “O direito como sistema autopoietico”, cit., 66.

materiais, seja sob uma forma exclusiva, seja sob uma forma concorrente;

- (ii) ao nível jurisdicional, os tribunais nacionais renunciariam a prerrogativas de controlo em relação a certos actos que produzem efeitos na ordem jurídica nacional, deixando o caminho livre para que os tribunais comunitários as exerçam de forma exclusiva.

Neste contexto, e de uma forma bastante enfática e expressiva – embora juridicamente em bases de sustentabilidade duvidosa –, o TJCE entende que “a transferência efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às obrigações dos tratados, implica (...) uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos”⁸⁷².

1.2. A desconstrução do edifício clássico e a teoria da autonomia relativa

Pois bem. Em presença de uma tão ambiciosa construção jurídica, será que se pode afirmar, de facto, a falência do paradigma estadual? Estará o Estado condenado, senão a acabar, pelo menos a diluir-se em ordenamentos de integração e a ver as suas fontes perder força normativa? Parece-nos que não. Porém, não podemos negar em bloco a adesão às retóricas comunitaristas, como se de meras ideologias ou políticas se tratasse. Impõe-se uma reflexão jurídica séria que não se deixe tolher por supostas paixões nacionalistas ou por motivações sócio-económicas mais ou menos encobertas. A seriedade referida obriga a aceitar pelo menos uma ideia fundamental: a de que existem dois círculos normativos separados e com fundamentos de validade autónomos.

Contudo, importa reconhecer que a contextura emprestada pelo TJCE ao edifício europeu comunitário não parece assentar em bases sólidas. Se quiséssemos utilizar uma linguagem propositadamente expressiva, diríamos que a ponte entre a União europeia e os Estados-membros foi partida por juizes ultrazelosos e por juristas que acreditavam estar a criar as fundações de um novo super-Estado⁸⁷³. Na nossa perspectiva, embora se possa dizer

872 Cfr. acórdão do TJCE de 15 de Julho de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, cit., 555.

873 Assim, HARTLEY, Trevor C., “*The constitutional foundations of the European Union*”, LQR, 117 (Abr 2001), 245.

que estamos perante um “ordenamento autónomo”⁸⁷⁴, a autonomia referida é tão somente uma autonomia relativa, por três ordens de motivos, todos eles “negativos”:

- em primeiro lugar, em rigor, não parece existir o que o Tribunal de Justiça convencionou designar por “transferências de soberania”;
- em segundo lugar, não é verdade que as instituições comunitárias tenham a possibilidade de colocar nas suas mãos os seus próprios destinos competenciais; e
- em terceiro lugar, não é sustentável a ideia de auto-referencialidade da construção comunitária, na medida em que continua a haver limites jurídicos impostos pelas ordens nacionais a tal tarefa.

Estes “motivos negativos” materializam-se em três teses diferentes, cuja separada análise se impõe de seguida.

a) A jurisprudência reactiva (impossibilidade de limitação definitiva de soberania)

O primeiro dos pilares de sustentabilidade da construção comunitária que parece ceder é o que foi construído a partir da tese da transferência definitiva de poderes soberanos efectuada pelos Estados-membros a favor da União e das suas instituições.

Em primeiro lugar, não será correcto falar, neste contexto, em “transferência de soberania”, pois se entendermos que a soberania é um dos elementos constitutivos da noção de Estado (mesmo que não se aceite em toda a sua plenitude a doutrina *Jellinista*), a sua transferência teria o efeito jurídico de uma alienação e, consequentemente, de uma perda por parte do sujeito alienante a favor do destinatário, ou seja, o sujeito para o qual se aliena. Consequentemente, estaríamos perante uma situação de perda de estaturalidade apenas compaginável com as estruturas jurídicas típicas de um estado federal, o que não é manifestamente o caso. Na verdade, será mais correcta a referência a “partilha de (alguns) poderes soberanos” expressiva da ideia de que se está perante uma tarefa solidária e de esforço comum e não uma tarefa de esvaziamento competencial de uns para fortalecimento competencial de outros.

⁸⁷⁴ Cfr., a respeito, GIANNINI, Massimo Severo, “*Profili di un Diritto amministrativo delle Comunità Europee*”, in RTDP, 2003, 4, 984; PACE, Alessandro, “*La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*”, in RTDP, 2002, 3, 613.

Esta problemática será melhor compreendida se apelarmos às coordenadas estruturantes e essenciais do debate que em termos de Direito comparado se tem efectuado, nomeadamente em dois dos ordenamentos onde os núcleos problemáticos jurídicos relacionados com integração europeia maiores controvérsias constitucionais têm suscitado – o ordenamento francês e o ordenamento alemão.

α) *Conseil Constitutionnel*

No primeiro caso, o *Conseil Constitutionnel*, em vez de se referir a transferências de soberania, utiliza as fórmulas mais cautelosas de limitações de soberania (“*limitations de souveraineté*”⁸⁷⁵) e *transferências de competências* (“*transferts de compétences*”⁸⁷⁶), sublinhado as seguintes notas:

- (i) o princípio constitucional da soberania nacional não constitui obstáculo a que, mediante condições de reciprocidade, o Estado possa concluir Tratados internacionais mediante os quais se proceda a transferências de determinadas competências a favor de outras pessoas jurídicas⁸⁷⁷;
- (ii) tais transferências de competências não são verdadeiras alienações de soberania mas apenas suas limitações, com carácter necessariamente revogável e recuperável (= reintegrável)⁸⁷⁸.

β) *Bundesverfassungsgericht*

Já no que concerne ao ordenamento alemão, merece destaque o debate doutrinal em torno do art.º 24.º da GG que determina expressamente a possibilidade de transferência (*Übertragung*) de poderes soberanos, mediante

875 Cfr. *décision* n.º 97-394 DC de 31 de Dezembro de 1997.

876 Cfr. *décision* n.os 92-308 DC de 9 de Abril de 1992 e 97-394 DC de 31 de Dezembro de 1997.

877 Cfr. acórdãos referidos na nota anterior e FAVOREU, Louis, “*Droit constitutionnel*”, cit., 59, que refere: “*C’est parce que la France est un État souverain qu’elle a le droit, sur le plan international, d’attribuer son actuelle compétence (...) à des organes de la Communauté Européenne*”.

878 Cfr., ainda, os art.ºs 88.º - 1 e 88.º - 2 da CRF que dispõem, respectivamente:

- *La République participe aux Communautés européennes et à l’Union européenne, constituées d’États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont institués, d’exercer en commun certaines de leurs compétences;*
- *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l’établissement de l’union économique et monétaire européenne. Sous la même réserve peuvent être consentis les transferts de compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés.*

V., por último, FAVOREU, Louis, “*Droit constitutionnel*”, cit., 187 e ss.

a verificação de certas condições, a favor de organizações internacionais, numa espécie de ponte com o Direito europeu⁸⁷⁹. Em termos críticos, o debate referido acentuou a ideia de que a integração europeia se projecta como uma construção jurídica radicada sempre na Constituição⁸⁸⁰ (*“Die Mitwirkung Deutschlands an der Europäischen Integration ist strikt verfassungsrechtlich angeleitet”*⁸⁸¹) e nunca poderá ser feita sem que esta autorize os vários poderes orgânicos do estado a administrarem — não a alienarem — da melhor forma os correspondentes poderes funcionais (daí que seja indispensável uma *Zustimmungsgesetz*).

Além disso, tal autorização deve ser compreendida no contexto de toda a constituição⁸⁸², não sendo por isso admissível, como pretende certo sector da doutrina, a transferência de soberania, mas apenas a abertura da ordem jurídica nacional à influência do Direito externo ou estrangeiro (não estadual)⁸⁸³. Em jeito conclusivo, realçam-se as seguintes notas estruturantes:

- (i) a transferência de poderes soberanos para uma organização internacional como a UE só se pode fundar na autorização dos respectivos estados soberanos, designadamente através dos parlamentos nacionais, com as respectivas “leis de adesão”⁸⁸⁴;
- (ii) a integração europeia é (ainda) uma manifestação do poder constituinte dos Estados-membros⁸⁸⁵, pelo que o preceito suprarreferido prevê um conjunto de condições impostas pela lei fundamental alemã para que o Estado alemão, possa participar na construção do edifício da UE.

879 Cfr., a propósito, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*); BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*); BVerfGE 92, 203, (*EG-Fernsehrichtlinie*); WAHL, Rainer, “*Der offene Staat...*”, cit., 1147 e ss; LORENZ, Norbert, “*Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften*”, Europäische Hochschuleschriften, 993, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1990, 25 e ss; HECKER, Jan, “*Grundgesetz und horizontale Öffnungen des Staates*”, cit., 299 e ss.

880 De tal fundamentação constitucional do processo integrativo, resulta, entre outras considerações, que os princípios elementares (fundamentais) da GG devem ser respeitados, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais. V. P. KIRCHHOF, “*Der Deutsche Staat...*”, cit., 881, 884 e BVerfGE, 37, 271 (296).

881 V. KIRCHHOF, Paul, “*Staat und Verfassung vor der Zukunft*”, cit., 204.

882 Cfr. BVerfGE 37 (*Solange I*), 271, 278 (“*Art. 24 GG muß wie jede Verfassungsbestimmung ähnlich grundsätzlicher Art im Kontext der Gesamtverfassung verstanden und ausgelegt werden*”).

883 Neste sentido, P. KIRCHHOF, “*Der Deutsche Staat...*”, cit., 882, e BVerfGE, 37, 271 (280).

884 Cfr. BVerfGE, 89 (*Maastricht*), 155 (186, 187).

885 Neste sentido, KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat ...*” cit., 877.

b) A ausência de Kompetenz-kompetenz da União europeia

O afirmação em epígrafe surge como a resposta acabada a um problema que muitas vezes tem sido negligenciado, ao menos do ponto de vista do debate estritamente jurídico-normativo. Tal problema, longe de ser uma questão meramente académica e/ou teórica, apresenta uma relevância prática extrema e afirma-se como uma questão prejudicial em relação a muitas outras, cuja resolução dela dependem. Basta pensar no seguinte: afirma-se correntemente que o Direito emanado das instituições europeias, no âmbito das competências que lhe foram atribuídas, goza de um *primado* sobre o Direito emanado pelas instituições nacionais. Ora, se assim é – o que teremos ocasião de averiguar, em termos de confirmação ou refutação – cabe perguntar: quais são as competências atribuídas à UE? Quem tem a competência para as determinar? Quem pode estabelecer um eficaz controlo do exercício dessas competências? Enfim, o problema fundamental: quem tem, no âmbito das relações entre os Estados-membros e a União europeia, a competência das competências⁸⁸⁶?

Em abstracto, essa soberania das competências poderia ser titulada em conjunto pelos Estados-membros e pela UE, determinando-se as competências de cada um em face do doutro – e a resolução dos respectivos conflitos – mediante a intervenção de uma vontade pactuada entre ambos, revelada por uma *assembleia conjunta* ou corpo equivalente⁸⁸⁷. Todavia, não será a solução juridicamente mais adequada, pois o problema de fundo mantém-se: *Quid iuris* na ausência de acordo? À medida que os conflitos vão surgindo – e é preciso alguém para os resolver... –, repara-se que a titularidade da *Kompetenz-kompetenz* é insusceptível de repartição e só pode estar nas mãos de um ou de outro núcleo⁸⁸⁸. Aliás, e como já foi assinalado, o verdadeiro conflito, o conflito supremo, surgirá quando a União Europeia emanar actos normativos que ultrapassem drasticamente os seus limites competenciais⁸⁸⁹. Aqui, será preciso “alguém” proferir a última palavra.

Neste particular, se fosse de seguir a retórica utilizada pelo TJCE, as dúvidas não existiriam: as instituições da UE poderiam determinar as suas próprias competências e, em caso de conflitos competenciais, a última palavra a si caberia. Opostamente, verifica-se que os tribunais nacionais podem não

886 Cfr. EGGERT, Marco, “*Licht im Dschungel der Kompetenzen...?*”, cit., 39.

887 Neste sentido, NETTESHEIM, Martin, “*Kompetenzen*”, in *Europäisches Verfassungsrecht*”, cit., 425.

888 Cfr. PAPIER, Hans-Jürgen, “*Europäische Verfassungsgebung*”, cit., 208.

889 V. HOFMANN, Hasso, “*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*”, cit., 184 e ss.

se conformar, e muitas vezes não se conformam, com esta “arrogância” de competências⁸⁹⁰.

A resposta a dar ao problema em análise não pode deixar de passar pela constatação de uma evidência que, juridicamente, é por vezes elidida: a de que os órgãos da União não são omnicompetentes⁸⁹¹. Tal resulta do facto de que o ordenamento comunitário “*non trova in se stesso l’origine della propria ragion d’essere*”⁸⁹², mas também da circunstância – incontornável – de que ao nível europeu e comunitário não existe qualquer disposição genérica atributiva de competências. Como se sabe, as organizações internacionais têm uma capacidade jurídica limitada às suas funções, e, em face do art.º 2.º do TCE, as instituições comunitárias têm restritas finalidades (económicas)⁸⁹³. Por tal motivo, dão corpo a um ordenamento “não geral” (GIANNINI)⁸⁹⁴, pelo que não se compreenderia a atribuição de poderes genéricos, designadamente uma *Kompetenz-kompetenz*⁸⁹⁵.

A tal nível, o que existem são competências por atribuição que definem o objecto, a instituição competente, a forma adequada e o procedimento a adoptar, vigorando um *princípio de atribuição limitada* (*begrenzen Ermächtigung*⁸⁹⁶). Tal princípio – que permite fixar, repetimos, a máxima de

890 V. CRAIG, Paul, “*Gran Bretaña en la Unión Europea*”, in “*The spanish Constitution in the european constitutional context*”, Francisco Segado (org.), Dykinson, Madrid, 2003, 387.

891 Assim, BADURA, Peter, “*Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Strukturen in den internationalen Gemeinschaften*”, in VVDStRL, 23, 1966, 48 e ss.; KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat...*”, cit., 877; RENGELING, Hans-Werner, “*Die Kompetenzen der Europäischen Union: Inhalte, Grenzen und Neuordnung der Rechtsetzungsbefugnisse*”, in BRENNER, HÜBER, MÖSTL (org.), “*Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*” (*Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*), Mohr Siebeck, 2004, 1140; SCHILLING, Theodor, “*Artikel 24...*”, cit., 176 e ss.

892 Assim, GIANNINI, Massimo Severo, “*Profil di un Diritto amministrativo delle Comunità Europee*”, cit., 984.

893 Neste sentido, LINDSETH, Peter, “*Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism...*”, cit., 652 e 675 e ss.. Cfr. ainda SCHILLING, “*The autonomy of the community legal order...*” cit.

894 V. GIANNINI, Massimo Severo, “*Profil di un Diritto amministrativo delle Comunità Europee*”, cit., 984.

895 Cfr., a respeito, BVerfGE 89, 155, 165 (*Maastricht*).

896 A respeito do princípio, v. KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat...*”, cit., 878. V., ainda, BVerfGE, 89 (*Maastricht*), 155 (181) e NETTESHEIM, Martin, “*Kompetenzen*”, in *Europäisches Verfassungsrecht*, cit., 421 e ss; BUCHWALD, Delf, “*Zur Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union*”, cit., 194 e ss; BEYER, Thomas, “*Die Ermächtigung der europäischen Union und ihrer Gemeinschaften*”, in *Der Staat*, 35, 2, 1996, 208 e ss; DI FABIO, Udo, “*Der neue Art. 23. Des Grundgesetzes...*”, cit., 196 e ss; MICHEL, Valérie, “*Le défi de la répartition des compétences*”, cit., 31.

que a União Europeia não é titular de qualquer competência das competências⁸⁹⁷ – densifica-se um três importantes exigências:

- (i) a União actua apenas no âmbito dos limites das competências que lhe tenham sido atribuídas pelos Estados-membros, e qualquer actuação dos seus órgãos deverá ser precedida de autorização destes, de forma a evitar uma erosão das competências internas⁸⁹⁸. Assim, da mesma forma que, no plano do direito interno, não haverá administração sem lei (princípio da precedência da lei), também no plano comunitário, não haverá actuação comunitária sem autorização estadual (mediatizada pelos tratados constitutivos);
- (ii) As competências que não sejam atribuídas à União e aos seus órgãos são inequivocamente tituladas pelos Estados-membros (podendo-se dizer que a competência dos Estados é a regra e a competência da União é a excepção)⁸⁹⁹; e
- (iii) O exercício de uma competência atribuída à União significa uma privação de competência da parte dos Estados – efeito de preempção – e o primado da aplicação da norma comunitária⁹⁰⁰.

Saliente-se que o que referimos a respeito da União no seu conjunto vale para cada um dos seus órgãos individualmente considerados. Neste particular, embora certa doutrina admita que o princípio das competências por atribuição diz respeito apenas ao poder legislativo comunitário⁹⁰¹, não é de aceitar igualmente que o TJCE, por exemplo, possa determinar, em última instância, a amplitude das suas prerrogativas de controlo. O TJCE é, por conseguinte, tribunal subordinado dos Tratados (*Ein Gericht unter den Verträgen*⁹⁰²).

Enfim, sob o ponto de vista de ordenação das competências, a construção jurídica em que a União Europeia se densifica não poderá deixar de reconhecer a preponderância da vontade dos seus Estados membros e de neles encontrar o seu fundamento jurídico de validade, pois são eles os

897 Assim, também EGGERT, Marco, "*Licht im Dschungel der Kompetenzen...*", cit., 43; HECKER, Wolfgang, "*Staats- und Verfassungsrecht*", cit., 395. Cfr. BverGE, 89 (Maastricht), 155 (181).

898 V., a propósito, MICHEL, Valérie, "*Le défi de la répartition des compétences*", cit., 34 e ss.

899 Assim, KIRCHHOF, Paul, "*Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen*", cit., 969, e DREHER, Meinrad "*Wettbewerb oder vereinheitlichung ...?*", cit., 107.

900 V. Dimitris TRIANTAFYLLOU, "*Des competences d'attribution ...*", cit., 41.

901 V. Dimitris TRIANTAFYLLOU, "*Des competences d'attribution ...*", cit., 12.

902 A expressão é de GLAESER, Alexander, "*Souveränität und Vorrang*", cit., 209.

verdadeiros actores da integração (*Herren der Verträge*), pelo que qualquer constituição, alteração ou extinção das suas competências tem que ser por eles determinada⁹⁰³. Da mesma forma que a soberania estadual não se determina por meio de competências ilimitadas por parte dos estados, mas antes em função da fonte (Constituição) de onde essas competências derivam, também ao nível europeu comunitário deverá ser a constituição a determinar, designadamente, as vinculações internacionais dos estados e as consequências dessas vinculações⁹⁰⁴.

c) A imposição de limites pelo Estado constitucional

Além de não ser destinatária ou beneficiária de qualquer transferência definitiva de poderes soberanos, nem ser titular de prerrogativas competenciais absolutas, a União europeia não se pode afirmar como um ordenamento auto-referencial e absolutamente autónomo devido a um outro motivo: é que toda a normaçaõ dela emanada encontra o seu fundamento genético (mais uma vez: a sua “guarnição cromossómica”) nos Tratados constitutivos e, em última linha, no ordenamento normativo dos Estados membros⁹⁰⁵.

A doutrina de língua germânica foi particularmente fecunda e proveitosa neste particular, devido a duas importantes teses que passamos a apreciar de seguida.

α) A teoria da autorização constitucional (*Brücketheorie*)

Em primeiro lugar, ganha relevo a ideia de que as normas de Direito europeu são recebidas no ordenamento jurídico dos Estados-membros por via de uma autorização constitucional que previamente lhe foi concedida.

É importante não perder de vista, no contexto destes quadrantes de pensamento, que a União europeia, ao contrário do que sucede com a generalidade dos Estados, foi criada por acto normativo⁹⁰⁶, podendo-se dizer, em termos simples, que “a lei veio primeiro e as instituições vieram depois”, lei essa, insiste-se, que é criada pelos próprios Estados. Em consequência,

903 Assim, KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat...*”, cit., 877. Em sentido diverso, NETTESHEIM, Martin, “*Kompetenzen*”, in *Europäisches Verfassungsrecht*”, cit., 425. Cfr., em sentido crítico, BRYDE, Brun-Otto, “*Konstitutionalisierung des Völkerrechts...*”, cit., 66-67.

904 V. KIRCHHOF, Paul, *Der Deutsche Staat...*, cit., 866. Cfr. todavia, HOFMANN, Hasso, “*Souverän ist...*”, cit., 186.

905 Assim, HARTLEY, Trevor C., “*The constitutional foundations of the European Union*”, cit., 226.

906 Neste sentido, HARTLEY, Trevor C., “*The constitutional foundations of the European Union*”, cit., 225.

a abertura do Estado constitucional, sendo uma exigência da falência de alguns dos paradigmas da modernidade jurídica, não significa des-estadualização do poder constituinte e das opções constituintes básicas. Estas continuam a repousar na vontade democrática soberana expressa nos actos fundacionais e toda a alteração político-normativa necessita de uma norma constitucional habilitante. Em relação à tarefa de construção e integração europeia, tal norma constitui uma ponte que serve de passagem do ordenamento jurídico interno (estadual) para os ordenamentos externos e em particular para o ordenamento europeu comunitário. É a famosa *Brückentheorie*, expressivamente manifestada nas palavras de PAUL KIRCHHOF a propósito do ordenamento alemão⁹⁰⁷:

„Europarecht fließt ... nur über die Brücke des nationalen Zustimmungsgesetzes nach Deutschland“.

Na sua versão mais extrema este modo de ver as coisas significará, por um lado, que as normas jurídicas de Direito europeu comunitário necessitam de uma cláusula de recepção da ordem interna – materializada na autorização constitucional para a conclusão dos tratados e necessárias partilhas de poderes soberanos – sem a qual enfermarão de inexistência jurídica e, por outro lado, no plano da sua validade, tais normas devem estar de acordo com as disposições constitucionais dos Estados membros, sob pena de invalidade.

Contudo, uma versão mais temperada – e na nossa perspectiva juridicamente mais aceitável – contemporiza em relação à segunda das exigências referidas, aceitando que as disposições constitucionais internas se afirmem apenas como parâmetro de aplicabilidade, e não já de validade, das normas externas, em vista de dois argumentos essenciais: primeiro, porque a vontade estadual não pode ser absolutamente soberana [sendo esta uma visão Hegeliana típica do séc. XIX (*äußeres Staatsrecht*)⁹⁰⁸], pois não se pode fundar a validade do Direito externo (v.g., tratados internacionais e actos emanados das organizações nestes previstas) na Constituição, no Direito interno e na vontade de *um só* Estado; depois, minar-se-iam por completo

907 V. KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat in Prozeß...*” cit., 871. V. também, do mesmo autor, “*Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen*”, cit., 966 e TREMPs, Peréz, “*Constitution española y Comunidad Europea*”, cit., 56 e ss. V., por último, GLAESER, Alexander, “*Souveränität und Vorrang*”, cit., 213.

908 Assim, TOMUSCHAT, C. “*Wer hat höhere Hoheitsgewalt?*”, cit., 2. Cfr. QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, “*Droit International Public*”, cit., 88.

todos os fundamentos de uma qualquer tentativa de construção conjunta e solidária do edifício europeu⁹⁰⁹.

Ainda assim, a exigência de autorização constitucional para a recepção continua a manter-se, daí resultando a célebre doutrina *ausbrechender Rechtsakt*: o Direito Europeu é aplicável na ordem jurídica interna através da lei do parlamento que deu o consentimento no contexto do procedimento de ratificação, e um acto não abrangido pelas disposições do TUE não tem base legal para se legitimar e justificar.

β) A teoria da alteração substancial do ordenamento normativo interno (*Gesamtänderung*)

A questão dos limites constitucionais ao *legislador de integração* ficou particularmente saliente a partir do debate que se suscitou em torno das possibilidades de corrosão do núcleo essencial da ordem constitucional interna no âmbito do ordenamento jurídico Austríaco⁹¹⁰. Aqui, procurava-se apurar designadamente a possibilidade de, com a referida integração, se estar a proceder a uma “alteração substancial” (*Gesamtänderung*) da ordem jurídica, em particular da Constituição (*Bundesverfassungsgesetze* – B-VG)⁹¹¹, o que, nos termos desta, obrigaria à aprovação de uma Lei Constitucional por 2/3 do *Nationalrat* (câmara baixa do parlamento) e a uma consulta popular (referendo)⁹¹².

Para a melhor compreensão desta questão, torna-se conveniente ter presente que a Constituição Austríaca (em sentido amplo) é o que se pode

909 Cfr., a propósito, GRIMM, Dieter, “*Braucht Europa eine Verfassung?*”, cit., 585.

910 Todavia, cfr., ainda, DI FABIO, Udo, “*Der neue Art. 23. Des Grundgesetzes...*”, cit., 199 e ss; BVerfGE 37, 271 (*Solange I*); BVerfGE 92, 203, (*EG-Fernsehrichtlinie*).

911 Neste sentido, FUNK, Bernd-Christian, “*Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*”, cit., 102; ÖHLINGER, Theo, “*Die Transformation der Verfassung*”, in *Juristische Blätter* (JB), 124, 1, 2002, 2; WINKLER, Roland, “*Integrationsverfassungsrecht*”, Springer Vlg., Wien, 2003, 1 e ss.

912 Cfr. art.º 44.º, parágrafos (1) e (3) da B-VG, que prescrevem, respectivamente:

- (1) “Verfassungsgesetze oder in einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen können vom Nationalrat nur in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden; sie sind als solche (“Verfassungsgesetz”, “Verfassungsbestimmung”) ausdrücklich zu bezeichnen”;
- (3) “*Jede Gesamtänderung der Bundesverfassung, eine Teiländerung aber nur, wenn dies von einem Drittel der Mitglieder des Nationalrates oder des Bundesrates verlangt wird, ist nach Beendigung des Verfahrens gemäß Artikel 42 [respeitante ao procedimento legislativo], jedoch vor der Beurkundung durch den Bundespräsidenten, einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes zu unterziehen*”

designar, tomando como ponto de partida um critério de hierarquia normativa, uma constituição flexível, composta pela B-VG e pelas Leis Constitucionais que, para serem aprovadas, requerem a maioria de dois terços referida. Daí que se possa afirmar que, até certo ponto, a constitucionalização depende menos do conteúdo da disciplina jurídica e mais do procedimento de aprovação.

Neste contexto, entende-se que se está perante uma *Gesamtänderung* quando os princípios estruturantes da ordem constitucional (os denominados *Baugesetze*, como será o caso dos princípios democrático, republicano, federal, separação dos poderes e legalidade da actuação administrativa) estão sujeitos a uma alteração substancial⁹¹³.

Duas importantes questões aqui se levantam: (i) o momento da alteração e (ii) o conteúdo jurídico-normativo que essa alteração deve conter.

- (i) Questão controvertida será, em primeiro lugar, a de saber se essa alteração substancial se processa com a lei constitucional que autoriza a adesão do estado austríaco à UE (denominada *EU-Beitritts-BVG*) ou com o acto jurídico de adesão propriamente dito (o tratado de adesão⁹¹⁴); no primeiro caso, dir-se-ia que o requisito constitucional da exigência de consulta popular estaria cumprido – uma vez que esta foi realizada tendo por objecto a referida lei –, enquanto no segundo tal não se verificaria – pois o povo não foi chamado a, pronunciar-se acerca do tratado de adesão. Neste último sentido parece apontar GRILLER, que entende que a *EU-Beitritts-BVG* não consubstancia qualquer alteração substancial, contendo apenas a autorização para uma eventuais futuras alterações. Quando muito, tais alterações produzir-se-iam com o tratado de adesão propriamente dito e nunca com a lei constitucional que permite a conclusão do tratado⁹¹⁵.

913 V. ÖHLINGER, Theo, “*Die Transformation der Verfassung*” cit., 2. Esta questão chegou a ser colocada perante o VfGH (v. acórdão de 30/08/94, sem que, todavia, o órgão máximo da jurisdição constitucional austríaca se tenha sobre ela pronunciado, tomando apenas conhecimento de questões jurídicas (procedimentais) inerentes à consulta popular relativa à *EU-Beitritts-BVG* (“*Prüfung der Rechtmäßigkeit der Volksabstimmungsprozedur*”).

914 Cfr., a propósito, deste tipo de tratados, NIEDOBITEK, Matthias, “*Völker-und europarechtliche Grundfragen des EU- Beitrittsvertrages*”, cit., 369 e ss.

915 V. GRILLER, Stefan, “*Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft*”, in ZfRV, ano 36, 1995, 3, 92. Todavia, deverá ter-se presente que, em rigor, não será esse tratado que consubstancia as alterações substanciais da ordem jurídica interna, embora seja a sua mola impulsora. O que o fará será a recepção do *acquis communautaire* presente quer nos tratados constitutivos

- (ii) Quanto ao conteúdo da alteração, pergunta-se qual ou quais as normas de Direito europeu comunitário, que, ao ingressar no ordenamento jurídico interno, se poderão categorizar como aptas a materializar uma alteração substancial. Não serão todas, seguramente, pois nem todo o acervo comunitário será parte integrante do Direito austríaco. A pedra de toque, neste particular, estará na individualização daquelas normas que, por via da adesão e das posteriores revisões do Direito primário, respeitem a alterações da ordem fundamental do Direito constitucional federal (*Grundordnung des Bundesverfassungsrecht*)⁹¹⁶, entendendo-se para tal que as alterações dos próprios princípios constitucionais “internos” da UE são relevantes para este fim, uma vez que tais princípios (ou pelo menos, alguns deles) não têm — como muitas vezes se diz... — auto-existência em face da ordem jurídica interna dos Estados-membros⁹¹⁷, antes constituindo parte integrante da desta. Assim sendo, conclui-se que uma alteração substancial daqueles deles é também uma alteração substancial dessa ordem jurídica interna⁹¹⁸.

(v.g. aplicabilidade directa de algumas normas), quer, muitas vezes, na jurisprudência dirigida do TJCE (v.g., primado do direito europeu comunitário). Além disso, os problemas são mais delicados do que uma análise superficial faria supor, pois se não restam dúvidas de que, no acto de adesão essa alteração substancial se produz, o que dizer das alterações subsequentes dos tratados? É que se tais alterações espelharem o conceito de alteração substancial da ordem jurídica interna, seremos forçados a concluir pela obrigatoriedade, também aqui, de consulta popular.

916 Aqui, estamos com GRILLER, Stefan, “*Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft*”, cit., 96.

917 GRILLER, Stefan, “*Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft*”, cit., aponta um esclarecedor exemplo, demonstrativo do facto de que os princípios estruturantes da ordem interna (como o princípio da legalidade da actuação administrativa) estão sujeitos a “flutuações” várias: desde a adesão, os órgãos administrativos austríacos não actuam só com base na lei — como o exige o art.º 18.º, par. 1 da B-VG (“*Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden*”) — mas também nas fontes de direito europeu comunitário directamente aplicáveis. Numa situação ainda mais extrema, suponha-se que, por revisão dos tratados, o parlamento europeu é dissolvido e o poder legislativo emana em exclusivo da comissão e conselho. O direito interno nem é alterado mas há uma alteração substancial da ordem jurídico-constitucional interna, em particular da B-VG.

918 V., uma vez mais, GRILLER, Stefan, “*Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft*”, cit., 97.

1.3. A recepção do Direito europeu no ordenamento interno

1.3.1. A recepção condicionada

A tese da autonomia relativa do ordenamento normativo comunitário tem implícita a aceitação de um modo particular de perspectivar a recepção do Direito europeu na ordem constitucional interna.

Como já tivemos oportunidade de observar, numa perspectiva normativista, uma norma será válida se criada de acordo com os procedimentos de produção normativa instaurados no ordenamento de que faz parte, o que quer dizer que as normas de Direito europeu serão válidas ou inválidas tendo em atenção os parâmetros integrantes do ordenamento Europeu (v.g., Constituição europeia, Tratados constitutivos). Contudo, e como também já o referimos, em termos de aplicabilidade, os ordenamentos normativos nacionais têm uma importante palavra a dizer, reconhecendo ou não como aplicáveis, no seu âmbito jurídico, os agregados normativos que lhe são exteriores. Por isso dizemos que a Constituição de cada ordenamento estadual desempenha uma função de *condição de aplicabilidade* das normas de Direito europeu comunitário. Deste modo, Direito nacional e Direito europeu constituem dois agregados normativos autónomos e independentes, cujas normas se interpenetram e se articulam, agregados esses que são incomunicados quanto ao fundamento de validade, mas que estabelecem teias várias de união quanto à aplicabilidade: por exemplo, uma norma pode ser inaplicável no ordenamento português – porque violadora da CRP, assim o haja determinado o Tribunal constitucional – mas aplicável nos outros ordenamentos, continuando sempre a ser considerada uma norma válida.

Tendo em atenção estas coordenadas, e o carácter relativamente autónomo do ordenamento europeu – corporizado nas teses da ausência de competência das competências, ausência de limitação definitiva de direitos soberanos e imposição de limites constitucionais internos –, o que dizer acerca do problema da recepção e aplicabilidade das normas deste no ordenamento português?

Prescreve a este propósito o art.º 8.º, n.º 4 da CRP que “as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”. Parece-nos que, respeitando as teses acima referidas, o legislador constituinte optou por

uma cláusula de recepção condicionada, tendo em vista três diferentes motivações:

- (i) em primeiro lugar, aplicando a *Brückentheorie*, entendeu que o Direito europeu não poderia ser aplicável na ordem interna sem a necessária autorização constitucional nesse sentido. Daí a necessidade de, em sede de revisão constitucional, se aditar um novo número ao art.º 8.º a prever expressa e precisamente esta matéria;
- (ii) em segundo lugar, não deixou de reconhecer um fundamento autónomo de validade para o Direito europeu, ao referir-se de forma clara aos “termos definidos pelo direito da União”;
- (iii) em terceiro lugar, sensível à tese da *Gesamtänderung*, condiciona a recepção desse Direito ao “respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

Parece-nos assim que estamos em presença de um facto receptivo de natureza complexa, constituído por dois pilares de uma mesma realidade que, sem um deles, não existe: por um lado, a norma constitucional de natureza habilitante, que torna a integração do Direito externo possível e, por outro lado, os Tratados europeus, que a fazem efectiva.

Após a sua recepção no ordenamento interno, e nos termos em que as disposições constitutivas da União europeia o determinem, as normas respectivas poderão aqui ser directamente aplicáveis (isto é, não necessitam de transposição para a ordem interna para *primarem* sobre o Direito interno)⁹¹⁹, vinculando inelutavelmente os três poderes estaduais⁹²⁰.

Estas conclusões, é importante salientá-lo, assentam não apenas no enunciado linguístico utilizado no referido artigo, mas na posição cautelosa que a CRP parece ter adoptado em relação ao atrás focado problema das transferência de soberania, que tem a sua moldura traçada no art.º 7.º, n.º 6 da CRP⁹²¹. Em relação a este artigo — que encerra um “potencial nacionalista”

919 Assim, IPSEN, Hans- Peter, “*Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*”, cit., 793 e ss; JARASS, Hans, “*Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG- rechtskonforme Auslegung*”, in JZ, 2003, 15-16, 768 e ss.

920 Assim, IPSEN, Hans-Peter, “*Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*”, cit., 800; STREINZ, Rudolf, “*Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrecht durch deutsche Staatsorgane*”, in INSENSEE e KIRCHHOF (org), HdbStR, VII., 818.

921 Estipula tal preceito o seguinte: “Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa

(TREMPS⁹²²) – convém salientar que em momento algum é feita referência ao problema da titularidade de soberania – problema que, de resto, se encontra indubitavelmente resolvido em vários outros preceitos⁹²³ – mas tão somente ao seu *exercício*; além disso, também ressalta do normativo em análise que tal exercício não é transferido, mas apenas *convencionado*. Quer isto dizer que as referências que continuamente são feitas a “transferências de soberania” da parte dos Estados – e consequente “limitação definitiva dos seus direitos soberanos”⁹²⁴ – devem ser na verdade entendidas em termos hábeis e interpretadas de uma forma juridicamente aceitável, tendo em conta, desde logo, que a titularidade da soberania permanece inalterada (continua titulada pelo povo ou pela nação). O que se passa é que os Estados aceitaram a existência de uma “convenção de exercício” quanto aos concretos poderes integrantes de alguns desses direitos soberanos, o que implica que, mesmo quanto à quantidade e qualidade (espécie) desses poderes, a “última palavra” lhes pertence sempre⁹²⁵.

Podemos dizer então que a integração na UE terá como consequência quase inevitável a abertura do ordenamento jurídico português em termos de permitir que poderes que até aí eram soberanos e exclusivos, quer do ponto de vista da titularidade, quer do ponto de vista do exercício, passem a ser configurados como poderes soberanos e não exclusivos, do ponto de vista do exercício. Trata-se, como está bom de ver, de uma alteração quantitativa e não qualitativa: os poderes continuam a ter os mesmos titulares, mas a *medida* de poderes altera-se. Está-se aqui a falar de um elemento negativo da integração: a limitação da soberania pode ser efectuada, mas somente através de uma declaração de renúncia do exercício exclusivo de certos poderes⁹²⁶.

comuns, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia”.

922 Cfr. “*Constitution española y Comunidad Europea*”, cit., 56.

923 Cfr., por exemplo, art.º s 3.º, n.º 1 e 108.º

924 Cfr., mais uma vez, acórdão do TJCE de 15 de Julho de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, cit.

925 Refere a este propósito autorizada doutrina (TREMPS, Pérez, “*Constitution española y Comunidad Europea*”, cit., 40) que “*la introducción del concepto de ejercicio común de competencias (...) no casa demasiado bien con la integración concebida como cesión de poder ante el ente supranacional*”. Acrescenta ainda: “*Solamente una interpretación muy amplia del concepto de «ejercicio común» puede identificarse con el resultado de la integración: el ejercicio de competencias por la Comunidad*”.

926 Cfr. TREMPS, Pérez, “*Constitution española y Comunidad Europea*”, cit, 39. Naturalmente que se deve concluir pela exigibilidade de um elemento formal ou declarativo que acompanhe tal limitação de soberania, pois caso contrário estaríamos perante uma mera situação de tolerância de participação de entes supra-estaduais, realidade que poderá ser relativamente frequente sob o ponto de vista da vinculação política.

Em resumo, parece que se pode constatar que há uma oposição forte entre a jurisprudência do TJCE que defende uma verdadeira transferência de titularidade de poderes e competências e a CRP que autoriza apenas a disponibilidade do seu exercício em concreto. Por isso, definitivamente, não aderimos à tese da transferência de soberania, mas antes à tese de transferência de certas prerrogativas em que essa soberania se desdobra⁹²⁷.

Após assentar esta conclusão, voltemo-nos para outros núcleos problemáticos.

Dissemos acima, de uma forma breve, que após a recepção no ordenamento interno, as normas europeias poderão aqui ser directamente aplicáveis. Ora, a referência a esta aplicabilidade directa levanta certos embaraços que urge enfrentar, nomeadamente os que dizem respeito aos tipos de actos executórios e ao enquadramento a que esses actos devem obedecer. Neste seguimento, entendemos ser conveniente abrir uma repartição sistemática autónoma, necessariamente curta, de modo a sobre eles reflectirmos.

1.3.2. A incompletude do Direito europeu e a necessidade de execução na ordem interna

Em matéria de execução das normas europeias, o primeiro ponto que nos merece saliência é o que diz respeito aos tipos de actos executórios⁹²⁸. Aqui, será oportuno não perder de vista que tal execução poderá ser levada à prática através de actos normativos gerais e abstractos (*Ausführungsgesetze*)⁹²⁹ ou através de actos individuais e concretos (*Anwendung*). Ora, na medida em que estes últimos se situam no plano da actividade administrativa *stricto sensu*, mediante actos administrativos propriamente ditos e sem carácter normativo no sentido por nós apontado, dispensamo-nos de sobre eles reflectir, debruçando a nossa atenção exclusivamente sobre a execução que é efectuada mediante verdadeiras normas jurídicas. Aqui, ganha relevo,

927 De resto, um outro argumento conclusivo pode ainda ser trazido à discussão: se houvesse uma transferência da titularidade de poderes soberanos, e se eventualmente a UE por qualquer motivo juridicamente deixasse de existir, os poderes entretanto cedidos não voltavam a quem os tinha cedido! No extremo, tais poderes (soberanos!) podiam ir para às mãos de um terceiro Estado. Cfr., a propósito do tema da possibilidade de abandono da União europeia, GRILLER, Stefan, "Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft", cit., 95. V., por último, TREMPs, Pérez, "Constitution española y Comunidad Europea", cit., 54.

928 Cfr. EGGER, Alexander, "Bundesstaat und EU-Recht: verfassungsrechtliche Probleme der Durchführung in Deutschland", in *Der Staat*, 38, 3, 1999, 454 e ss.

929 Cfr., a propósito do tema, STREINZ, Rudolf, "Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrecht...", cit., 818 e ss.

naturalmente, a emanação de actos legislativos e regulamentos como forma de “complementar” a norma produzida pelas instâncias comunitárias, salientando (i) o seu carácter tendencialmente – e propositadamente – lacunoso e/ou (ii) a sua falta de autonomia em relação aos ordenamentos internos, constatando que, na realidade, carece da “boa vontade” destes para ser aplicada.

No campo legislativo, sem dúvida que algumas das maiores especificidades e dificuldades têm surgido por via da necessidade de transposição das directivas – já que estas não se auto-executam, têm baixa intensidade normadora e são normas de resultado, obrigando a emanar disposições para cumprir os fins nelas previstos⁹³⁰, enquanto os regulamentos, em princípio, não necessitam de execução legislativa, bastando-lhes as medidas administrativas necessárias – e da constatação de que os Estados se encontram aqui num dilema: por um lado são executores do Direito europeu e devem lealdade à comunidade, às suas instituições e aos seus princípios norteadores; por outro lado, devem procurar assegurar os específicos interesses nacionais na transposição, enfrentando designadamente oposições parlamentares fortes ou forças internas (políticas ou não) de bloqueio da produção jurídico-normativa. Tal parece resultar, numa visão simplista, em dois enfoques distintos que sobre este problema se podem adoptar⁹³¹: de um lado, as instituições comunitárias defendem um europeização do procedimento legislativo, tendente à real aplicabilidade do Direito europeu (*Effektivitätsprinzip*) – o que, por sua vez, reclama, sob o ponto de vista jurídico, o reconhecimento de um princípio da aplicação uniforme de tal Direito (*einheitlichen Anwendung*)⁹³² e um princípio de efectividade ou eficácia prática (*praktischen Wirksamkeit*)⁹³³ – e, do outro lado, os Estados-membros falam num autonomia procedimental (*nationale Verfahrensautonomie*)⁹³⁴ baseada na relativa indiferença da União europeia em relação às estruturas normativas constitucionais de cada um deles⁹³⁵.

930 Cfr. KALTENBORN, Markus, “Rahmengesetzgebung im Bundesstaat und im Staatenverbund”, in AöR, 128, 3, 2003, 450 e ss. Quanto a uma eventual similitude entre as directivas e a “legislação de bases”, v., *idem*, 417 e ss.

931 Cfr., a respeito, SCHROEDER, Werner, “Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht...”, cit., 5.

932 V. SCHROEDER, Werner, “Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht...”, cit., 15 e ss.

933 V. SCHROEDER, Werner, “Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht...”, cit., 17 e ss.

934 Assim, SCHROEDER, Werner, “Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht...”, cit., 22 e ss.

935 V. RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “Teoría y práctica...”, cit., 204.

Passando ao plano jurídico-positivo, a CRP parece ter sido sensível a esta última forma de ver as coisas e prescreve claramente que “a transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou (...) decreto legislativo regional”⁹³⁶. Daqui pode concluir-se sem grande margem de erro que os actos de execução do Direito europeu comunitário na ordem interna devem continuar a basear-se na Constituição⁹³⁷, o que leva a assumir duas importantes consequências: (i) é o legislador constituinte quem diz como devem eles ser executados e (ii) do ponto de vista da União e das suas instituições deve ser indiferente o modo como se manifesta tal escolha interna, bastando apenas que o resultado seja atingido.

Uma das mais relevantes consequências que a opção constituinte determina — e que é genericamente defendida pela doutrina⁹³⁸ — é a de que, em caso algum, pode a transposição de actos europeus ser efectuada por regulamento. A propósito, podemos até referir um princípio inverso: não são as actuações europeias comunitárias que se baseiam nos regulamentos, podem é estes últimos (aliás, toda a actuação administrativa) nelas se basear. Ponto é que se assuma — como o fazemos — que o princípio da legalidade da actuação administrativa, na sua vertente de precedência de lei, seja entendido em termos hábeis e modelado em modos de precedência do acto europeu (ou internacional): o regulamento administrativo interno pode reportar-se hoje directamente às normas de Direito internacional convencional ou comunitário⁹³⁹.

2. A harmonização dos ordenamentos interno e europeu. Em particular, a ideia de primado

Ao nível da construção do ordenamento comunitário, os problemas de sistematicidade surgem por duas vias: por um lado, no que diz respeito à resolução dos conflitos suscitados pelas normas comunitárias entre si e, por outro lado (e principalmente), ao nível dos conflitos suscitados com as normas provenientes dos núcleos de produção normativa dos Estados-membros. Ora, se quanto ao primeiro aspecto, os tradicionais critérios de resolução de conflitos normativos — como, por exemplo, os critérios cronológico e da

936 Cfr. art.º 112.º, n.º 8.

937 Assim, STREINZ, Rudolf, “*Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrecht...*”, cit., 822.

938 Neste sentido, STREINZ, Rudolf, “*Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrecht...*”, cit., 824.

939 Assim, acórdão do TC n.º 184/89, in DR, I, 9 de Março de 1989.

especialidade – parecem bastar, no que a este último núcleo problemático diz respeito, a solução defendida passa, como já tivemos oportunidade de assinalar várias vezes, pela ideia de primado das normas europeias comunitárias⁹⁴⁰.

Contudo, a aceitação desta ideia de primado, não pode ser feita nos termos acrílicos e absolutos em que o tem sido, nomeadamente pelo TJCE, mas deve ser normativamente enquadrada no âmbito da teoria geral das relações entre ordenamentos jurídicos diversos, indagando em particular os seus efeitos e fundamentos.

Estas serão, por conseguinte, as próximas paragens de análise. Após isto, procuraremos averiguar em que medida uma *teoria pura* do primado pode ser juridicamente aceitável e se lhe podem ser perspectivados limites impostos pelas ordens constitucionais internas.

2.1. Efeitos do primado: a dupla vinculação

Considerando-se a ordem jurídica comunitária como autónoma em relação à ordem jurídica interna (dualismo), terá de se procurar encontrar regras de compatibilização e articulação, designadamente ao nível da harmonização da produção jurídica e da tentativa de solução dos conflitos potencialmente existentes entre ambas⁹⁴¹. A este último respeito, considerações várias – desde logo (i) a inviabilidade de criação de uma *Kollisionsnorm* de carácter geral quando estejamos em face de conflitos de normas jurídicas provenientes de núcleos produtores estrangeiros e (ii) a não consideração federal da comunidade – impedem a adopção de uma regra já clássica em sede de solução de conflitos nos ordenamentos jurídicos compostos, que para o âmbito comunitário redundaria num postulado de “*Europarecht bricht nationales Recht*”.

Por outro lado, como já observamos, a solução de conflitos entre normas provenientes de ordenamentos diversos não poderá ser feita com apelo a um critério de validade ou invalidade das normas em confronto – em termos de a norma superior se afirmar como parâmetro aferidor da validade da norma inferior – mas sim com apelo a um critério de aplicabilidade das

940 Cfr. GLAESER, Alexander, “*Souveranität und Vorrang*”, cit., 205; IPSEN, Hans- Peter, “*Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*”, cit., 792.

941 V., a propósito, ENOCH ROVIRA, “*Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana*”, cit., 121 e ss.

mesmas⁹⁴². Por conseguinte, deve-se buscar um critério de resolução de conflitos em que, qualquer que seja a solução a encontrar, ela não perturbará a legitimidade intrínseca das normas.

Tal critério foi desenhado pelo TJCE e passa pela ideia de primado (*primauté, Anwendungsvorrang*) do Direito europeu comunitário. Este é um dos pilares (absolutamente necessário⁹⁴³) em que assenta toda a construção comunitária e respectiva articulação com os ordenamentos internos e faz apelo à ideia de que a integração tem como corolário para os Estados a impossibilidade de “fazerem prevalecer sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior”⁹⁴⁴.

Neste contexto, a adopção do princípio do primado implica que as disposições dos Tratados e os actos das instituições que revistam carácter directamente aplicável, vinculam todos os poderes do Estado e têm por efeito uma dupla vinculação⁹⁴⁵:

- em primeiro lugar, uma vinculação respeitante aos poderes executivos (administrativos, jurisdicionais), materializada na exigência de tornar inaplicável — inaplicável e não inválida⁹⁴⁶ —, desde a sua entrada em vigor, qualquer norma de Direito interno contrária. Consequentemente, cria-se por seu intermédio um verdadeiro *dever de inaplicabilidade* que tem aqueles órgãos como destinatários e que os investe no dever de assegurar a protecção dos direitos conferidos pelas normas da ordem jurídica comunitária, sem que tenha de solicitar ou esperar a eliminação — por exemplo, por revogação ou por declaração de inconstitucionalidade — das normas de Direito interno que pudessem constituir um obstáculo⁹⁴⁷.

942 Assim, GLAESER, Alexander, “*Souveranität und Vorrang*”, cit., 207.

943 Acerca de tal “necessidade existencial”, cfr., por exemplo, HAVERKATE, Görg, “*Materiale und formale Hierarchien...*”, cit., 1176. V., entre nós, GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “Manual...”, cit., 124 e ss.

944 Acórdão do TJCE de 15 de Julho de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, cit., 555.

945 Cfr. IPSEN, Hans- Peter, “*Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*”, cit., 792.

946 Assim, ZULEEG, Manfred, “*Die Vorzüge der Europäischen Verfassung*”, cit., 938; GLAESER, Alexander, “*Souveranität und Vorrang*”, cit., 207.

947 Acórdão do TJCE de 9 de Março de 1978, SIMMENTHAL, in CJTJCE, 1978, 250. V., também aqui, as conclusões proferidas no âmbito do processo relativo ao mesmo acórdão por GERHARD REISCHL, CJTJCE, 1978, 258.

- Em segundo lugar, uma vinculação respeitante aos poderes legislativos, que consiste em impedir a formação válida de novos actos incompatíveis com o Direito europeu comunitário⁹⁴⁸.

2.2. Fundamentos do primado

Em termos de justificação teórica, o primado assume-se não apenas com um princípio lógico de resolução de conflitos normativos, mas igualmente como uma exigência fundamental e imperiosa inerente à arquitectura de todo a construção europeia comunitária.

Com efeito, e desde sempre, foi encarado como uma necessidade existencial da própria comunidade e de todo o ordenamento normativo onde foi criado. Isto porque também sempre se defendeu que a produção dos efeitos das normas de proveniência externa não pode variar de um Estado para outro em função da legislação interna posterior, pois tal variação colocaria em perigo a realização dos objectivos dos Tratados constitutivos⁹⁴⁹. Neste sentido, num cenário de eventual prevalência do Direito interno, as obrigações assumidas pelos Estados – e aqui entronca um outro argumento aduzido pelos defensores deste primado: a ideia de vinculatividade dos Estados- membros (*pacta sunt servanda*) – no momento da adesão não seriam absolutas, mas apenas eventuais.

Além disso, e como já referimos, o TJCE, na sua versão pura, defendia uma teoria de *limitação definitiva*: os Estados-membros, por via dos instrumentos de ratificação (nomeadamente instrumentos de natureza legislativa) assumiram um encargo de transferência de poderes soberanos em face das instâncias comunitárias, não lhes sendo posteriormente nem legítimo nem possível *venire contra factum proprium*. Esta ideia de transferência acarretaria necessariamente duas consequências: primeiro, a supremacia do ordenamento receptor e, segundo, a aceitação das regras de articulação entre o ordenamento comunitário e o ordenamento nacional, do modo como essas regras foram desenhadas por aquele.

Acresce ainda que o primado se impõe por motivos de segurança jurídica, pois seria de todos os modos inadmissível e inaceitável que a mesma norma fosse válida (em sentido amplo, isto é, aplicável, eficaz) num determinado

948 Acerca da prevalência do primado em relação à lex posterior interna, cfr. IPSEN, Hans-Peter, “Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften”, cit., 792 e ss.

949 V. IPSEN, Hans-Peter, “Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften”, cit., 792.

Estado ou ordenamento e não o fosse em outro. Os destinatários não estabeleceriam com o criador de tal norma a exigível relação fiduciária e de previsibilidade que deve existir entre qualquer produtor e destinatário de normas jurídicas.

Por fim, uma das armas usadas para defender o primado tem sido a invocação do princípio da separação dos poderes, numa visão “europeizada” (pós-moderna?). Com efeito, a consideração de tal princípio – aliado à ideia de legalidade da actuação administrativa – acarretaria a formulação de um modelo vertical de separação de funções, em que a função legislativa estaria nas mãos das instâncias comunitárias de poder e as funções administrativas/executivas estariam reservadas para os Estados-membros. A estes restaria apenas a execução *stricto sensu* das disposições – de carácter legislativo – comunitárias, não se podendo arrogar à pretensão de questionar e menos ainda avaliar a sua validade/constitucionalidade. E nem se objecte – argumentar-se-ia – que esta tarefa aplicativa estaria apenas reservada aos órgãos de natureza administrativa e não aos tribunais, podendo estes, por conseguinte, aferir a sua legitimidade constitucional. É que os defensores desta maneira de pensar não concedem espaço para dúvidas: quem está vinculado à ideia de legalidade é o Estado-membro (i.é., todos os seus órgãos) e não as respectivas administrações.

2.3. Limites do primado

O primado, com a configuração apontada, pode revelar-se um instrumento jurídico útil para estabelecer um sistema articulado de coerência normativa entre os ordenamentos europeu e estadual, na medida em que seja enquadrado e balizado por pressupostos jurídico-normativos claramente determinados. Na nossa perspectiva, tal determinação implica que a aceitação das respectivas consequências não pode ser feita nos termos absolutos em que o tem sido, nomeadamente pelo TJCE, e que o seu desenho deva ser feito tendo em atenção um carácter duplamente relativo:

- (i) em primeiro lugar, trata-se de um primado de normas de Direito da UE emanadas no exercício das competências que lhe são atribuídas (sendo, por via disso, um primado *horizontalmente relativo*);
- (ii) em segundo lugar, trata-se de um primado sobre todas as normas que não tenham valor normativo constitucional (trata-se, por isso, de um primado *verticalmente relativo*).

Analisemos separadamente cada um destes argumentos.

2.3.1. Primeiro limite: as normas emanadas no exercício de competências atribuídas

A relatividade horizontal apontada ao primado das normas de Direito europeu significa que, sob o ponto de vista material, ele não se manifesta em todos os núcleos de disciplina jurídica (i. é, não se manifesta em todas as matérias). Na realidade, os efeitos jurídicos do primado apenas se desencadeiam no âmbito das competências atribuídas à UE⁹⁵⁰, domínios onde, pelas razões apontadas, o Direito por esta emanado deve prevalecer, desbancando ou tornando inaplicável, qualquer norma de Direito interno, anterior ou posterior, contrária e impedindo a formação válida de novos actos normativos com ele incompatíveis. Consequentemente, fora desses domínios – ou seja, nos terrenos onde a União não está autorizada a agir – o Direito interno dos Estados-membros tende a prevalecer.

No fundo, trata-se de procurar transpor do plano interno (estadual) para o plano externo o bloqueio que o princípio da competência impõe à operatividade dos princípios cronológico e da especialidade, reconhecendo que estes últimos pressupõem a concorrência da possibilidade de produção normativa⁹⁵¹. Ora, se a UE tem competência exclusiva para disciplinar determinadas matérias, os actos do Estado serão considerados actos *ultra vires*.

Os maiores problemas, contudo, e como se intui de tudo o que já fomos dizendo, não se situam a este nível, mas a um nível prejudicial e, por isso, anterior: quais são as competências atribuídas à UE e quem tem a competência para as determinar em última instância? Mais uma vez o mesmo problema: quem tem, no âmbito das relações cruzadas entre estes espaços normativos a competência das competências⁹⁵²?

950 Neste sentido, MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 462. Acerca dos tipos de competências da União Europeia, v. a esclarecedora tipologia apresentada por Valérie MICHEL, in “*Le défi de la répartition des compétences*”, cit., 54 e ss. e ainda LENAERTS, Koen, “*Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l’article 3 B du Traité CE*”, CDE, 1994, 1-2, 36 e ss; NETTESHEIM, Martin, “*Kompetenzen*”, in *Europäisches Verfassungsrecht*, cit., 432 e ss; RENGELING, Hans-Werner, “*Die Kompetenzen der Europäischen Union...*”, cit., 1142 e ss; SCHRÖDER, Meinhard, “*Vertikale Kompetenzverteilung und Subsidiarität im Konventionsentwurf für eine europäische Verfassung*”, in JZ, 2004, 1, 8 e ss.; TRÜE, Christiane, “*EU- Kompetenzen für Energierecht, Gesundheitsschutz und Umweltschutz nach dem Verfassungsentwurf*”, in JZ, 2004, 15-16, 779 e ss. Numa perspectiva teórica, cfr. PERNICE, Ingolf, “*Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*”, in JZ, 2000, 18, 866 e ss.

951 Assim, NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 17; SCHROEDER, Werner, “*Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG- Recht...*”, cit., 28.

952 Cfr. EGGERT, Marco, “*Licht im Dschungel der Kompetenzen...?*”, cit., 39.

Já nos pronunciamos a respeito deste problema numa fase anterior da presente investigação, pelo que entendemos desnecessárias referências inúteis e repetitivas. Ainda assim, convém trazer ao discurso os pontos-chave das conclusões já tiradas e salientar que, não havendo qualquer disposição genérica atributiva, a União actua apenas no âmbito dos limites das competências que lhe tenham sido atribuídas pelos Estados-membros (*princípio de atribuição limitada – begrenzen Einzelerermächtigung*). Assim, a competência dos Estados é a regra e a da União é a excepção, ou o mesmo é dizer, as que não sejam atribuídas à União e aos seus órgãos são consideradas competências dos Estados-membros⁹⁵³.

Contudo, após tal atribuição, parece não restar dúvidas: o exercício de uma competência atribuída à União significa uma privação de competência da parte dos Estados – efeito de preempção⁹⁵⁴ – e o primado da aplicação da norma comunitária⁹⁵⁵.

2.3.2. Segundo limite: a prevalência normativa das Constituições dos Estados-membros

Em segundo lugar, trata-se de um primado sobre todas as normas que não tenham valor normativo constitucional, o que acarreta a consequência de que as normas da UE – mesmo as de uma hipotética “Constituição”(?) – estão normativamente subordinadas às Constituições dos Estados-membros, nomeadamente, às suas *decisões fundamentais* (*Grundentscheidungen*⁹⁵⁶, *Principi supremi*⁹⁵⁷). Esta conclusão, sem mais precisões, poderia levar a assumir um de dois distintos caminhos: em primeiro lugar, a sujeição de todos os actos da União a controlo da Constitucionalidade por parte dos tribunais dos Estados-membros ou, em

953 Assim, KIRCHHOF, Paul “*Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen*”, cit., 969, e DREHER, Meinrad “*Wettbewerb oder vereinheitlichung ...?*”, cit., 107.

954 Cfr., embora em outro contexto, MICHEL, Valérie, “*Le défi de la répartition des compétences*”, cit., 38.

955 V. DIMITRIS TRIANTAFYLLOU, “*Des compétences d’attribution ...*”, cit., 41.

956 V. MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, 462 e HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 47.

957 V. GUASTINI, Riccardo, “*Lezioni di teoria costituzionale*”, cit., 106 e ss.; SORRENTINO, Federico, “*L’influenza del diritto comunitario sulla costituzione italiana*”, in in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, 1635 e ss.; do mesmo aa., “*La nascita della Costituzione Europea: un’istantanea*”, in “*The spanish Constitution in the european constitutional context*”, Francisco Segado (org.), Dykinson, Madrid, 2003, 225 e ss.; V., para toda a jurisprudência sobre o assunto compilada, DOMINICIS, Mario, NATALI, Antonio, “*Il percorso costituzionale italiano dell’ordinamento comunitario*”, Ed. Scientifica, Napoli, 2001; PIZZORUSSO, Alessandro, “*Sistema istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*”, cit., 130 e ss.

segundo lugar, a consideração do nascimento de um Direito Constitucional de natureza europeia.

Vejam os cada um deles.

a) *A tese da superconstitucionalidade (Herren der Verträge)*

Uma visão extrema do quadro das relações entre o Direito Constitucional interno e o Direito da UE levaria a colocar aquele numa posição de primazia absoluta e a falar numa superconstitucionalidade. Tal teria como corolário, entre outras consequências, a sujeição de todos os actos europeus ao parâmetro de constitucionalidade e, consequentemente, a reserva da última palavra acerca da aferição da sua validade ou invalidade – seja sob o ponto de vista orgânico (isto é, violação de limites competenciais) seja sob o ponto de vista material (violação dos direitos fundamentais previstos nas ordens internas) – a favor dos Estados-membros e dos seus tribunais.

Com base na conhecida tese *Herren der Verträge*⁹⁵⁸ – e com base na ideia de que, a haver uma Constituição Europeia, ela será fornecida pelos Tratados e terá um substrato internacionalista (SCHILLING) –, não se torna difícil compreender que são os Estados-membros, e não a própria União, os responsáveis por esta e pelo seu desenvolvimento e só este primado dos Estados-membros é que evita uma violação dos princípios densificadores do princípio maior do Estado de Direito. Por isso, o parâmetro aferidor da validade das normas europeias será – exclusiva ou concorrencialmente – a Constituição de cada Estado-membro (Primado da Constituição, Princípio da Constitucionalidade), transformando-se o Tribunal Constitucional no decisor (último) de todas as questões relacionadas com tal Constituição, e reconhecendo-se duas importantes ideias imanentes a essa parametricidade, uma ao nível dos seus fundamentos, outra ao nível dos seus efeitos:

- (i) ao nível dos fundamentos, o carácter paramétrico atribuído à Constituição em face dos actos europeus deriva do reconhecimento de que a soberania reside no povo (do Estado-membro) ou na nação – e não num povo europeu (que não existe⁹⁵⁹) ou nas comunidades – e baseia-se na Constituição e não nos tratados;

958 Assim, KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat...*”, cit., 877, e “*Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen*”, cit., 972. Para uma actualização desta teoria, no sentido de “*Herren der Verfassung*”, cfr. infra, p. 453.

959 Neste sentido, PAPIER, Hans-Jürgen, “*Europäische Verfassungsgebung*”, cit., 340; KAUFMANN, Marcel, “*Permanente Verfassungsgebung...*”, cit., 531.

- (ii) ao nível dos efeitos, retira-se a consequência da inadmissibilidade de criação, por via infraconstitucional de actos imunes a controlo da constitucionalidade.

Por isso, as reservas com que estes sectores encaram a ideia de “primado do Direito comunitário”, pelo menos nos termos unilaterais com que tal ideia tem sido até agora defendida: o primado com base na ideia de “necessidade existencial do Direito comunitário”. A argumentação do *Bundesverfassungsgericht* ganha aqui particular ênfase: tal necessidade existencial até poderá ser meramente aparente, na medida em que, por exemplo, também o Direito internacional não fica posto em causa quando viola preceitos de uma Constituição de um Estado, nem uma qualquer ordem jurídica fica posta em causa quando viola a ordem pública do Estado local de outra ordem jurídica⁹⁶⁰.

Defende-se, então a tese da jurisdição universal do órgãos internos de controlo da constitucionalidade, que postula a possibilidade de aferição da conformidade constitucional de todos os actos susceptíveis de serem aplicados na ordem jurídica interna, sejam tais actos oriundos de núcleos de produção normativa internos ou externos. Trata-se do reconhecimento de que um acto europeu não pode penetrar de modo inadmissível no ordenamento constitucional, designadamente quando uma concreta garantia constitucional seja posta em causa (v.g. casos de violação do conteúdo

960 Cfr. BVerfGE, 37, 271 (278, 279) (*Solange I*).

essencial dos direitos fundamentais ou outros princípios constitucionais fundamentais)^{961 962}.

961 Além dos argumentos apontados no texto, vários outros podem ser referidos no sentido do mesmo resultado. Apenas a título exemplificativo, apontem-se os seguintes:

- (i) a inexistência de um ordenamento comunitário: os actos europeus não podem ser isentos de controlo porque não existe um ordenamento comunitário; o que existirá, quando muito, será um conjunto de actos esparsos relativos aos mais diversos domínios, mas sem que daí se possa retirar, com razoabilidade a ideia da existência de um ordenamento jurídico. Por conseguinte, não havendo um ordenamento jurídico, não haverá legitimidade – pelo menos insusceptível de controlo – para a prática de actos jurídicos de valor equivalente aos do ordenamento jurídico interno;
- (ii) a incerteza jurídica: integração europeia ainda revela vários perigos, nomeadamente, se tiver-se em consideração que nem os fins dessa integração estão totalmente determinados, nem a intensidade da mesma. Procura-se uma Europa dos Estados (*Staatenbund*) ou um Estado europeu (*Europäisches Bundestaat*? Cfr. KIRCHHOF, Paul, “*Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*”, cit., 12) que, sem hesitações, afirmou: “*Die BRD ist ein Staat und soll ein Staat bleiben; die EWG ist ein Staatengemeinschaft und soll kein Staat werden*” e BVerGE, 37, 278, Solange I, onde se verte a ideia de que a (então) Comunidade é uma realidade em processo de integração progressivo (*Prozeß fortschreitender Integration*). No âmbito deste desenvolvimento ainda incerto, não pode deixar de ser o Estado constitucional a desempenhar o papel fundamental, principalmente ao nível da preservação das identidades políticas e culturais e garantias jurídicas dos direitos e liberdades fundamentais. A opção inicial por uma comunidade económica determina todas as possibilidades futuras de desenvolvimento [v. KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat in Prozeß...*” cit., 858].
- (iii) O Direito europeu não conhece (ainda) a distinção entre acto legislativo e acto regulamentar (de um acto legislativo), o que inevitavelmente redundará na consequência de que uma disposição comunitária pode ser considerada uma lei para efeitos de controlo por parte dos tribunais constitucionais. Aliás, a confusão até é reconhecida pelas próprias instâncias comunitárias - v. por exemplo, a declaração n.º 16 relativa à hierarquia dos actos comunitários e anexa ao Tratado de Maastricht que ao apontar como um trabalho futuro a delimitação de uma “hierarquia apropriada entre os vários actos comunitários” estará a admitir que a hierarquia existente não será “apropriada” [v. GAUDIN, Hélène, “*Amsterdam: l’échec de la hiérarchie des normes?*”, cit., 3].

962 Contudo, a tese da superconstitucionalidade e da correspondente jurisdição universal foi violentamente refutada por vários sectores doutrinários. Tal refutação é sugerida nomeadamente por WELER e HALTERN (cfr. “*The autonomy of the community legal order – Through the looking glass*”, in “*Who is the ultimate Judicial Umpire of european community competences? The Schilling-Weiler/Haltern debate*”, Harvard Jean Monnet working paper 10/96, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9610.html>, ou ainda HarvIntLJ, 37, 1996, 389) quando afirmam que a posição constitucionalista-internacionalista defendida por SCHILLING – que, na sua óptica, procura apoiar-se no Direito Internacional Público, mas claramente sustenta uma posição nacionalista de defesa do ordenamento jurídico alemão – conduz precisamente à conclusão contrária à que ele pretende chegar pois leva a afirmar exactamente a supremacia da jurisprudência do TJCE sobre a dos seus congéneres nacionais. Entre outros motivos, salienta-se o facto de que atribuir a cada um dos supremos tribunais nacionais a última palavra acerca das decisões competenciais seria transformar o ordenamento comunitário num pesadelo: a mesma norma seria aplicável nas relações entre os Estados A, B e C, mas já não o seria nas relações de D (Estado cujo Tribunal Constitucional, eventualmente, considerou o acto *ul-travires*) com os restantes. E se o tribunal de G decidisse seguir o de D? Por outro lado, o mecanismo do reenvio prejudicial, em vez de constituir um esquema jurídico de uniformização da interpretação e aplicação de normas, seria usado ao sabor das conveniências casuísticas dos Estados: se a interpretação que o TJCE desse fosse favorável, adoptá-la-iam (“*Heads I win...*”), se não fosse, usariam a faculdade de auto-interpretação... (“*Tails you lose...*”).

Contudo, como se procurará demonstrar, e sem embargo da valia e do substracto teórico da tese da superconstitucionalidade, um posicionamento adequado acerca do primado do Direito da UE passa pela sua superação.

b) O Direito Europeu como Direito Constitucional Europeu (Gemeineuropäisches Verfassungsrecht)

Pode-se entender, em abono da harmonia jurídica entre os dois ordenamentos em confronto, que se verifica uma *identidade material* entre eles. Com efeito, sob o ponto de vista dos princípios enformadores, verifica-se sem dificuldade que, substantivamente, são emoldurados pelos mesmos ou idênticos valores, até porque a norma integrativa habilitante faz repousar o ordenamento jurídico comunitário no ordenamento constitucional dos Estados-membros. Daqui resulta que, em rigor, a violação, sob o ponto de vista material, de um implica a violação de outro ou, o mesmo é dizer, uma norma que viole uma Constituição interna de um Estado violará também o Direito Europeu.

Neste contexto, pode-se falar em fundamentos constitucionais comuns da ordem jurídica comunitária — ou um Direito Constitucional Europeu (*Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*) —, cujo núcleo central estaria, de resto tal como deve acontecer com o Direito Constitucional interno, a cargo de um número restrito de princípios jurídicos fundamentais: o princípio do Estado de Direito e o princípio Democrático, com as suas diversas densificações⁹⁶³ (respectivamente, legalidade de actuação administrativa, segurança jurídica, proibição do excesso; e universalidade, periodicidade e secretismo do sufrágio).

963 V. IGLESIAS, Rodríguez “*Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung*”, cit., 2.

Subdivisão IV

Outros impulsos de abertura

§ único: sequência

Os ordenamentos normativos actuais – e, em particular o ordenamento português que, como tem sido por diversas ocasiões salientado, constitui o núcleo essencial da nossa tarefa investigatória – apresentam ainda uma tendência para a busca de articulação com outros ordenamentos que, não obstante a sua relevância e importância, têm muitas vezes sido negligenciados em termos de análise.

De facto, a abertura dos ordenamentos normativos em geral e do ordenamento normativo português em especial não se manifesta apenas no sentido supra-estadual – isto é, em termos de “organizações sobre Estados” – até agora referido. Também num sentido para-estadual ela se pode manifestar, pois é facilmente constatável não apenas a remissão mas também a recepção de normas oriundas de outros Estados e de entes situados ao lado dos Estados.

Em termos de sistematização, propomos dedicar alguma atenção às normas oriundas dos “ordenamentos confessionais”, com especial destaque para o ordenamento canónico; seguidamente, procuraremos questionar a tendência para a remissão e incorporação de normas auto-reguladoras e de “ordenamentos privados” – principalmente através da consideração das denominadas “normas técnicas” –; e, finalmente, debruçar a atenção sobre as normas de Direito (interno) oriundas de outros ordenamentos estaduais, que são chamadas a momentos e tarefas aplicativas por meio de esquemas de reenvio.

1. O impulso confessional

1.1. Pressupostos de uma análise adequada

A referência à pluralidade normativa e à abertura que caracterizam os ordenamentos actuais não ficaria completa sem uma referência, ainda que não muito alongada, às normas provenientes das igrejas, enquanto núcleo de produção jurídica.

Importa começar por destacar que o estudo, de uma forma coerente e sistemática, do estado das relações normativas que se podem estabelecer entre os ordenamentos estaduais e os agregados de regras de Direito respeitantes às diversas confissões religiosas – e não, como o preconizaria uma visão a nosso ver redutora, apenas à igreja cristã-católica – não poderá deixar de ser feito sem se começar por reconhecer e dar por assente a natureza jurídica deste últimos. Por tal motivo, antes de procurar indagar qual o modo de integração das normas por eles produzidas e o correspondente valor escalonado, importa tecer algumas considerações acerca do enquadramento do que poderemos designar por “ordenamentos confessionais” e ainda acerca das respectivas possibilidades de produção normativa.

É o que procuraremos fazer de seguida.

Antes porém, duas pequenas chamadas de atenção.

Em primeiro lugar, impõe-se referir que temos absoluta consciência da existência e relevância jurídico-normativa – desde logo, constitucional – dos denominados cultos a-católicos e dos diversos dados sociológicos (v.g., migrações, relações de trabalho, novos cultos etc...) que impõem a abertura do ordenamento estadual aos diferentes cultos religiosos⁹⁶⁴. Mas, apesar de ser propósito deste trabalho efectuar uma abordagem juridicamente imparcial e valorativamente isenta do estado das relações normativas com os núcleos de produção de natureza confessional, não pode deixar de se constatar a circunstância de que, no contexto do ordenamento normativo-constitucional português, a igreja católica e as suas normas desempenham um papel de proeminência que não é possível camuflar. Por este motivo, muitas das considerações que teremos ocasião de referir a têm por objecto mediato ou, por vezes, dizem-lhe respeito directamente. O nosso trabalho

964 Cfr., a propósito, POSCHER, Ralf, “Totalität – Homogenität – Zentralität – Konsistenz (Zum Verfassungsrechtlichen Begriff der Religionsgemeinschaft)”, in *Der Staat*, 39, 1, 2000, 49-50.

como investigadores e analistas críticos é o de tentar buscar na especialidade o que é suficientemente relevante para ser considerado de uma forma genérica e poder ser enquadrado no âmbito de uma adequada teoria geral.

Em segundo lugar, também é importante destacar uma premissa que nos parece clara: a de que a doutrina internacionalista — nomeadamente a tese dominante do monismo com primado de Direito internacional — não é adequada para sustentar um conveniente estudo das relações normativas sobre as quais nos debruçamos. É certo que as relações Estado/igreja podem ser reguladas pelo Direito internacional, pois ambos são dele sujeitos. Contudo, tal ramo de Direito apenas capta parcialmente os problemas, já que tem por destinatários apenas os contraentes (Estados e Santa Sé) e não os particulares. Assim sendo, fica de fora do seu âmbito de abrangência, muita disciplina jurídica que se integra no Direito confessional, nomeadamente a que respeita aos problemas que surgem quando se trata de regular relações jurídicas que têm por referente as mesmas pessoas (privadas), nas qualidades de cidadãos e de fiéis. Dito de outro modo, as relações entre os sujeitos de DIP não se confundem com as relações entre os sujeitos de DIP e as restantes pessoas.

1.2. Os ordenamentos normativos confessionais

a) normas eclesiais e juridicidade

Tradicionalmente, têm sido apontados vários argumentos no sentido de negar a juridicidade dos agregados de normas provenientes das “igrejas”, embora, como bem observa AGOSTINO d’AVACK substancial parte deles, “*rivestono una natura tipicamente teologica e religiosa*”⁹⁶⁵ e não estritamente jurídico-normativa. Ainda assim, é possível individualizar alguns segmentos críticos que se movem no círculo estrito do Direito, fazendo principalmente apelo a duas ideias: a ausência de estadualidade e a ausência de carácter prescritivo⁹⁶⁶. Ora, em face de tudo quanto dissemos até agora, somos forçados a concluir que nem uma nem outra das ideias referidas nos parecem cientificamente ajustadas.

965 Cfr., a propósito, AGOSTINO d’AVACK, Pietro, “*Tratatto di Diritto canonico*”, Giuffrè ed., Milano, 1980, 71 e ss; PETRONCELLI, Mario, “*Diritto canonico*”, 7.^a ed., Casa editrice Eugenio Jovene, Napoli, 1980, 71.

966 V. AGOSTINO d’AVACK, Pietro, “*Tratatto di Diritto canonico*”, cit., 32 e ss.

Desde logo, porque a estadualidade não é a nota individualizadora dos ordenamentos, embora se deva reconhecer que as normas estaduais constituem a parte mais substancial do material que os compõem. Ao lado das normas emanadas pelos órgãos estaduais, como temos vindo a observar e a reconhecer sem dificuldade, encontramos toda uma panóplia de normas de origem ou proveniência muito diferente, desde as que provêm de instâncias europeias-comunitárias, às que se originam nas organizações internacionais. Não vemos razão para que em relação às igrejas o mesmo reconhecimento não se verifique e, sem correr o risco de ligeireza, parece-nos que tal basta para assentarmos a ideia de que não é a ausência de referência ao Estado que afasta a juridicidade dos agregados de normas que agora nos ocupam. E também não é a ausência de prescritividade; e não o é pela simples razão de que se trata, quanto a nós, de um falso argumento. Na realidade, as normas eclesiais são tão prescritivas (i. e, impositivas) quanto as normas estaduais, europeias ou internacionais, pois pode-se constatar com facilidade que elas incorporam um autêntico e verdadeiro enunciado deontológico – que é, como vimos⁹⁶⁷, um enunciado no qual um determinado comportamento é qualificado como obrigatório, permitido ou proibido⁹⁶⁸ –, e tem como objectivo dirigir a actuação humana. Basta pensar nas obrigações, vertidas em preceitos escritos constantes dos respectivos *códigos*, decorrentes da hierarquia eclesial ou da imposição de deveres de sigilo.

Pois bem. Abandonemos as visões jurídicas negativistas deste problema e procuremos centrar o discurso, examinando-o de acordo com uma conveniente postura analítica. A questão de saber se é possível falar de um ordenamento quando se tem em mente as normas emanadas por instâncias inseridas no âmbito de uma hierarquia eclesial será convenientemente abordada se nos reportarmos à noção de ordenamento normativo por nós proposta na introdução à presente investigação. Dissemos então⁹⁶⁹ que, para nós, um ordenamento normativo é um conjunto autónomo de normas, agrupadas em relação de unidade e de uma forma sistemática, num corpo tendencialmente completo. Parece-nos, face a esta concepção, que podemos concluir que o agregado das normas emanadas dos núcleos confessionais de produção normativa podem ser qualificados como ordenamentos normativos. Ponto é que preencham os elementos constitutivos da noção respectiva, o que, de acordo com o nosso modo de ver, acontece.

967 Cfr. *supra*, p. 43.

968 Assim, DICIOTTI, Enrico, “*Il concetto e i criteri della validità normativa*”, cit., 307; ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Definiciones y normas*”, cit., 14-15.

969 Cfr. *supra*, p. 212.

Isto porque: (i) é um conjunto de normas, quer de um ponto de vista diacrónico ou dinâmico, quer de um ponto de vista sincrónico ou estático; (ii) é um conjunto de normas dotado de autonomia (ainda que parcial, como veremos), na medida em que tem competência para se auto reproduzir – o que significa, como já vimos, que as suas normas não são derivadas de outro ordenamento –, e, por outro lado, tem competência para determinar a aplicabilidade de normas externas; (iii) é um conjunto de normas unitário, pois estão subordinadas a uma mesma norma fundamental, própria, que individualiza e constitui o seu gene de validade; (iv) é um conjunto de normas coerente, uma vez que os conflitos intrasistemáticos que irrompem no seu interior são resolvidos de acordo com critérios próprios; e (v) é um conjunto de normas tendencialmente completo, na medida em não se apresenta fragmentário e as suas lacunas são integradas de um modo idêntico aos outros ordenamentos (auto- e hetero-integração).

Ora, assente que existe um ordenamento normativo confessional – ou melhor dizendo, existem *vários* ordenamentos normativos confessionais quantos os agregados normativos de base material religiosa que preenchem as características referidas –, podemos trazer ao discurso as conclusões que já assentamos em fases anteriores desta investigação: é possível recortar dois círculos normativos com fundamentos autónomos de validade, duas diferentes Normas fundamentais, a partir das quais são derivadas as restantes normas internas – no caso do ordenamento estadual, baseada nos postulados do Estado de Direito democrático e na dignidade da pessoa humana, e no caso dos ordenamentos das igrejas, no Direito divino⁹⁷⁰.

Contudo, não devemos perder de vista a ideia de que a Igreja se afirma como um ordenamento semi-autónomo, na medida em que depende – tal como, por exemplo, o ordenamento internacional – do Estado para ter aplicabilidade⁹⁷¹. E aqui chegamos a um outro importante ponto de reflexão:

970 Assim, HECKEL, Martin, “Zur ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts im säkularen Kultur- und Sozialstaat”, in JZ, 1994, 9, 426. Cfr., a propósito, BVerfGE 18, 385 (*Teilung einer Kirchengemeinde*), onde se pode ler:

“Die Errichtung und Umgrenzung von kirchlichen Unterverbänden, gehören zu diesem Bereich [‘matérias eclesiásticas’: kirchlichen Angelegenheiten], weil sie Fragen der Verfassung und der Organisation der Kirchen betreffen. Ob diese Regelung gegen das Gemeindeprinzip der Evangelischen Kirche verstößt, ist eine kirchenverfassungsrechtliche Frage, die der Selbstbestimmung der Kirche unterliegt, mithin der Prüfung am Maßstab staatlichen Rechts und damit der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen ist”.

971 Cfr., por exemplo, o art.º 140 GG e 136 da Constituição de Weimar (*Reiches Verfassung*: WRV). Na realidade, o artigo 137, parágrafo 2 da WRF apenas se referia à protecção das “*Religionsgesellschaften*”. Todavia, uma interpretação actualista obriga a que se fale no conceito mais alargado de *Religionsgemeinschaften*. A propósito da distinção, cfr. MICHAEL, Lothar, “*Verbote von Religionsgemeinschaften*”,

como se estabelecem, em geral, as relações entre o Direito da igreja e o Direito do Estado?

A esta questão dedicaremos a alínea seguinte.

b) normas eclesiásticas e estadualidade

Dissemos que actualmente, na maior parte dos casos, a Igreja depende do Estado para que as suas normas tenham aplicabilidade. Significa isto que o Estado reconhece as normas eclesiásticas, recebe-as, e considera-as aplicáveis a determinados segmentos da vida. Tal postura pressupõe, desde logo, que está assumida uma separação entre os ordenamentos estadual e eclesiástico, o que, por si só, não está isento de reflexões críticas. Na verdade, nem sempre houve separação entre Estado e igreja e a pluralidade de ordenamentos pode ter na sua base uma simbiose entre ambos.

Estes problemas serão melhor compreendidos se procurarmos perspectivá-los de acordo com os pontos de vista quer dos Estados, quer das igrejas, com mais relevância — que pensamos compreensível — para a igreja católica.

Historicamente, e de acordo com o enfoque desta última, duas posturas antagónicas podem ser desenhadas⁹⁷²: uma concepção da igreja inspirada no princípio da sua própria supremacia, derivada da origem divina e do primado dos valores espirituais (*sistema constantiniano*⁹⁷³) e uma concepção secular, baseada no pluralismo religioso e na separação (*sistema Concílio Vaticano II*⁹⁷⁴).

Do ponto de vista do Estado, o modo de ver as coisas não é substancialmente diverso, embora diversas sejam as posturas terminológicas que se

in JZ, 2002, 10, 482. V., ainda, GRZESZICK, Bernd, "Staatlicher Rechtsschutz und Kirchliches Selbstbestimmungsrechts (Kollidierendes Verfassungsrecht als alleinige Schranke des Kirchlichen Selbstbestimmungsrechts)", in AöR, 129, 2, 2004 e LÜCKE, Jörg, "Die Weimarer Kirchengutsgarantie als Bestandteil des Grundgesetzes", in JZ, 1998, 11, 534 e ss.

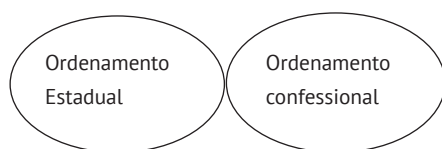
972 V., a propósito, BOSCO, Giacinto, "Lezioni...", cit., 99. Para uma perspectiva histórica, v., PIRSON, Dietrich, "Wechselwirkungen zwischen staatlicher und kirchlicher Verfassung", in BRENNER, HUBER, MÖSTL (org.), "Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel (Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag)", Mohr Siebeck, 2004, 765 e ss; AGOSTINO d'AVACK, Pietro, "Tratatto di Diritto canonico", cit., 237 e ss.

973 V. AGOSTINO d'AVACK, Pietro, "Tratatto di Diritto canonico", cit., 239 e ss.

974 V. AGOSTINO d'AVACK, Pietro, "Tratatto di Diritto canonico", cit., 259 e ss.

adoptam. Desde logo, importa ter presente que duas bipartições de base se podem efectuar⁹⁷⁵:

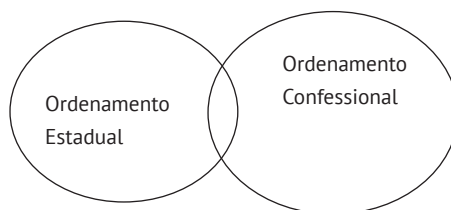
- (i) em primeiro lugar, pode-se perspectivar um modelo de relações baseado na separação material absoluta entre os ordenamentos considerados (Rep. XIV) ou um modelo de relações baseado na incorporação ou absorção material absoluta (Rep. XV) ou ainda um modelo misto, no qual se constata existirem pontos comuns de disciplina (Rep. XVI).



Rep. XIV



Rep. XV



Rep XVI

- (ii) em segundo lugar, e tomando como critério distintivo a existência ou não de "posição assumida pelo Estado relativamente à questão da existência de Deus" ou "questões da fé"⁹⁷⁶, podemos estar perante um Estado laico – aquele que não toma partido sobre as questões referidas – ou um Estado confessional – aquele que toma partido [seja em sentido positivo, seja em sentido negativo (ateísmo, "confessionalismo de sinal contrário")] em relação a tais questões⁹⁷⁷.

975 Cfr., por exemplo, MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, "*Deutsches Staatsrecht*", cit., 236.

976 Cfr., por exemplo, acórdão do TC n.º 423/87, in DR, I, 26 de Novembro de 1987. V., ainda, acórdão do TC n.º 268/2004, in DR, II, 4 de Junho de 2004.

977 Cfr. HESSE, Konrad, "*Grundzüge...*", cit., 71 e ss e 203 e ss.

É importante sublinhar que não existe correspondência absoluta – embora possa existir correspondência parcial – entre o modelo de separação e a laicidade, nem entre o modelo de não separação e o confessionalismo. Com efeito, da conjugação simultânea das bipartições acima referidas, pode-se estabelecer uma tetracotomia:

- 1) Estados laicos com separação material das igrejas;
- 2) Estados laicos sem separação material das igrejas (Estados laicos que mantêm laços institucionais com uma ou várias igrejas);
- 3) Estados confessionais com separação das igrejas; e
- 4) Estado confessionais sem separação das igrejas.

Em qualquer caso, não pode deixar de se constatar que existem muitos pontos de contacto entre os ordenamentos Estaduais e confessionais, pontos esses que são em tanto maior número quanto mas próxima for a referência ao Estado de Direito democrático e à igreja católica. Assim, desde logo, ressalta a proximidade manifestada pelas ideias comuns de administração, de processo e de hierarquia normativa⁹⁷⁸. Contudo, neste último caso, ressalva-se que existe uma diferença essencial: a hierarquia da igreja parte da supremacia do Direito divino (Deus), ao passo que a hierarquia do Estado deriva da Norma fundamental ou do poder constituinte. Além disso, e mais recentemente, surge um outro ponto de contacto: os direitos fundamentais, ou melhor os direito humanos, que constituem um substracto axiológico comum não negligenciável⁹⁷⁹.

No que particularmente diz respeito ao ordenamento normativo português, preconiza-se – no contexto da maior parte dos Estados ocidentais europeus – um sistema de laicidade baseado num modelo misto, no sentido acima apontado. Refere a este respeito a CRP que “as igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto”⁹⁸⁰. Não existe assim qualquer religião de Estado e cada confissão religiosa goza, nas questões que lhe dizem respeito (nomeadamente as que não envolvam conotações sócio- políticas nem decisões desta índole), de uma independência absoluta – constituindo um reduto inatacável pelo Estado –, apenas limitada

978 V. PIRSON, Dietrich, “Wechselwirkungen...”, cit., 767, 769.

979 V. PIRSON, Dietrich, “Wechselwirkungen...”, cit., 775.

980 Cfr. art.º 41.º, n.º 4.

pelas determinações normativas (constitucionais, legais) aplicáveis a qualquer outro sujeito jurídico⁹⁸¹.

O Estado assim perspectivado rejeita o papel de “guardião de um plano espiritual” (“*Hüter eines Heilsplans*”⁹⁸²) e as Igrejas, neste quadro, são instituições de Direito público – não instituições estaduais –, que podem emanar normas de Direito público, mas que não são, de forma alguma, normas do Estado⁹⁸³. As suas atribuições, fins e meios de acção são originários e não deduzidos do poder deste.

1.3. Delimitação das prerrogativas de produção normativa confessional

Nas linhas precedentes, encaramos os ordenamentos confessionais de acordo com uma perspectiva externa, que os procura visualizar a partir da comparação com outros ordenamentos, especialmente com os ordenamentos estaduais. Chegamos agora ao momento de os observar por dentro, procurando identificar as suas diferentes fontes de produção e as suas diferentes normas. Após o termos conseguido fazer, procuraremos não apenas estudar os modos de assimilação pelos ordenamentos estaduais como, mais adiante e quando for caso disso, enquadrar as respectivas normas em termos de escalonamento normativo.

Assim, e numa abordagem que nos parece simples, clara e proveitosa, podemos identificar três tipos de normas de Direito confessional – seja este de que tipo for (católico, ortodoxo, protestante, muçulmano, etc.) –, em ordem ao respectivo modo de produção (fonte): normas de produção unilateral confessional, normas de produção unilateral estadual e normas de produção pactuada⁹⁸⁴.

Debrucemos, breve e separadamente, a nossa atenção sobre elas.

981 Cfr. BVerfGE 42, 312 (*Inkompatibilität/Kirchliches Amt*) e BVerfGE 53, 366 (*Konfessionelle Krankenhäuser*).

982 V. BVerfGE 42, 312 (*Inkompatibilität/Kirchliches Amt*).

983 Cfr., a propósito, BVerfGE 18, 385 (*Teilung einer Kirchengemeinde*) e BVerfGE 42, 312 (*Inkompatibilität/Kirchliches Amt*). V., ainda, MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 238 e ss.

984 Tipologia proposta por AGOSTINO d’AVACK, Pietro, “*Tratatto di Diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*”, 2.^a ed., Giuffrè ed., Milano, 1978, 68. V., ainda, MÖRDSORF, Klaus e EICHMANN, Eduard, “*Lehrbuch des Kirchenrechts (auf Grund des Codex Iuris Canonici)*”, 11.^a ed., Vlg. Ferdinand Schöningh, München, 1964, 26 e ss.

a) Normas de produção unilateral confessional

Fazem parte do Direito eclesiástico em sentido amplo as normas emanadas exclusivamente pelos núcleos de produção eclesiásticos, sem qualquer interferência de poderes normativos externos. Podem ser domínios materiais que se encontram num estatuto de reserva reconhecido ao ordenamento confessional em questão – domínios como as fontes de normação, as competências internas, a ordenação dos respectivos membros, as funções de ensinar e de santificar, o estatuto jurídico dos bens de que são titulares, o Direito sancionatório e o Direito processual, onde há absoluta independência na produção jurídica – ou núcleos materiais concorrentes, onde o Estado também pode intervir, e de uma forma limitadora⁹⁸⁵.

Recentemente – no último século – tem-se verificado uma tendência das principais religiões para a elaboração de elaborados e extensos códigos, sendo de destacar os *Codex Iglesia Canonici* (CIC, 1983) e *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* (CCEO, 1990)⁹⁸⁶. Aliás, pode-se dizer que o abandono do sistema da compilação [v.g., *Corpus Iuris Canonici*, integrado por: Decreto de Graciano (1140), Decretos de Gregório IX (1234), Liber Sextum de Bonifácio VIII (1298), Clementinas (1314), Extravagantes de Juan XXII (1325), Extravagantes communes (1500)] em favor do sistema da codificação permite ao Direito eclesiástico inserir-se nos sistemas jurídicos modernos⁹⁸⁷.

No que diz particularmente respeito à Igreja católica – ou melhor dizendo, à Santa Sé, pois esta é que é dotada de personalidade jurídica (internacional)⁹⁸⁸ – é comum a designação de Direito canónico⁹⁸⁹ para expressar o conjunto de normas que são produto dos seus núcleos exclusivos de normaço⁹⁹⁰. Tais normas, em termos gerais, podem assumir a forma

985 Cfr. HESSE, Konrad, “Grundzüge...”, cit., 205.

986 Cfr., a respeito, MÖRSDORF, Klaus e EICHMANN, Eduard, “Lehrbuch des Kirchenrechts...”, cit., 59 e ss.

987 V., também, PASSICOS, Jean, “Approches pour une épistémologie et pour une herméneutique du Droit canonique”, in ArchPhD, 38, 1993, 65.

988 Assim, MUSACCHIA, Giuseppe, “Gerarchia e teoria delle norme sulla produzione giuridica...”, cit., 196.

989 Acerca da definição, v. PETRONCELLI, Mario, “Diritto canonico”, cit., 28 e ss. Acerca do conteúdo do Direito canónico, v. DREIER, Horst, “Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat”, in JZ, 2002, 1, 1 e ss. Deve-se atentar que, numa acepção restrita, o Direito canónico diz somente respeito ao conjunto de normas jurídicas vertidas em cânones e, consequentemente, integradas no Código de Direito canónico (*Codex Iglesia Canonici*). Contudo, parece-nos preferível adoptar uma acepção alargada, que o encare como o conjunto de todas as “normas da Igreja”, integradas ou não naquela sistematização.

990 V., numa perspectiva histórica, PETRONCELLI, Mario, “Diritto canonico”, cit., 41 e ss e ainda 64 e ss.

jurídica de leis universais (de abrangência pessoal e territorial geral, e publicadas na *Acta Apostolicae Sedis*⁹⁹¹), leis particulares (de abrangência territorial localizada⁹⁹²), decretos gerais⁹⁹³, decretos gerais de execução⁹⁹⁴, instruções⁹⁹⁵, estatutos e regulamentos⁹⁹⁶, etc., tratando-se, como qualquer outro ordenamento, de um agregado que é produzido de acordo com as regras de competência e os procedimentos prescritos no seu interior, debaixo da alçada de um Norma fundamental que constitui o seu fundamento último e lhe confere unidade. Além disso, prevê mecanismos próprios de resolução de conflitos normativos⁹⁹⁷, e é um agregado dotado de uma certa autonomia na medida em que tem a competência para determinar as suas próprias competências (a já muitas vezes referida *Kompetenz-kompetenz*) e pode impedir a penetração no seu interior de normas externas (i. e, provenientes de outros ordenamentos) que considere, de acordo com os mais diversos critérios, inadequadas. Contudo, a autonomia fica limitada pela necessidade de reconhecimento estadual para que as suas normas sejam aplicadas.

b) Normas de produção unilateral estadual

Estamos aqui a fazer referência, como se intui, às normas emanadas de núcleos estaduais de produção normativa (assembleia constituinte, parlamento, governo, administração, etc.) que dizem substancialmente respeito à matéria confessional. Estão neste âmbito, designadamente, as normas constitucionais e legais respeitantes às seguintes matérias:

- articulação entre os ordenamentos estadual e confessional;
- tipo de tratamento (igual ou desigual) conferido às instituições religiosas;
- direitos fundamentais das instituições religiosas e dos membros das confissões religiosas;
- efeitos das decisões dos tribunais e repartições eclesiásticas;
- efeitos civis dos casamentos celebrados por forma religiosa;
- ensino religioso nas escolas públicas;
- sujeição a tributos por parte das Igrejas e seus membros.

991 Cfr. CIC, 8 § 1 e 12 § 1.

992 Cfr. CIC, 8 § 2 e 13 § 1.

993 Cfr. CIC, 29 e 30.

994 Cfr. CIC, 31 e ss.

995 Cfr. CIC, 34.

996 Cfr. CIC, 94 e ss.

997 Cfr., por exemplo, CIC, 20, 33 § 1, 33 § 2, 33 § 3.

Como se compreende, a susceptibilidade e amplitude da disciplina normativa incidente sobre os núcleos referidos está em larga medida dependente das concretas opções jurídico-positivas de cada ordenamento estadual, pelo que uma visão integrada e de conjunto apresenta-se praticamente impossível. Com efeito, enquanto alguns ordenamentos dispensam tratamento constitucional a muitos deles, outros preferem deixá-los a cargo da lei, enquanto outros ainda remetem para pactos especiais, como as concordatas. Além disso, interessará salientar que a perspectiva normativa-estadual do fenómeno religioso depende, em larga medida, da consideração deste como um mero culto (fenómeno simplesmente “ideológico”), uma comunidade religiosa (já uma organização com *substracto sociológico*) ou uma autêntica e verdadeira Igreja (uma real pessoa jurídica)⁹⁹⁸ — estando o respectivo reconhecimento dependente dos critérios do Direito Estadual⁹⁹⁹ —, pois, dependendo dos casos, a protecção e tratamento poderão ser diferenciados. Basta pensar que existem direitos fundamentais que apenas as igrejas são susceptíveis de ser titulares (Direitos fundamentais colectivos, como os direitos de audiência ou aos tempos de emissão religiosa nos serviços públicos de televisão e de radiodifusão)¹⁰⁰⁰.

De qualquer das formas, não é nosso propósito debruçarmo-nos em concreto sobre estas temáticas, pelo que não nos alongaremos aqui em demasia. Gostaríamos apenas de salientar que o ordenamento português dispensa poucas normas constitucionais ao tratamento destas questões¹⁰⁰¹, e o legislador ordinário também não vai muito mais longe, relevando principalmente a denominada “lei da liberdade religiosa”¹⁰⁰² e as disposições do código civil respeitantes ao Direito matrimonial.

998 Cfr., num sentido próximo (distinção *religiöse Vereine/Religionsgemeinschaften*), POSCHER, Ralf, “*Totalität – Homogenität – Zentralität – Konsistenz...*”, cit., 59 e ss.

999 Neste sentido, POSCHER, Ralf, “*Totalität – Homogenität – Zentralität – Konsistenz...*”, cit., 55. Acerca das relações entre Estado e “religiões”, v. STARCK, Christian, “*Staat und Religion*”, in JZ, 2000, 1, 1 e ss.

1000 V., a propósito, POSCHER, Ralf, “*Totalität – Homogenität – Zentralität – Konsistenz...*”, cit., 52.

1001 Avultam, neste particular, as disposições constantes do art.º 41.º (liberdade de consciência, de religião e de culto) e da alínea c) do art.º 288.º (limites materiais de revisão constitucional, em atenção à separação do Estado e das Igrejas).

1002 Cfr. a lei n.º 16/2001, de 22 de Junho.

c) Normas de produção pactuada (em especial, as concordatas)

Um terceiro tipo de normas deriva da conclusão de pactos ou acordos entre os Estados e as Igrejas, ambos na qualidade de sujeitos jurídicos, e com o objectivo de disciplinarem juridicamente matérias de interesse comum¹⁰⁰³.

Embora em termos gerais se utilize a designação de concordatas para significar a roupagem formal de tais acordos, em termos rigorosos, parece-nos ser de aceitar a distinção, proposta por CZERMAK, entre concordatas e tratados religiosos (*Konkordaten* e *Kirchenverträge*), em termos de reservar a primeira designação apenas para os acordos celebrados com a Igreja católica, e a segunda para os restantes acordos (tratados religiosos com outras confissões)¹⁰⁰⁴.

No que particularmente diz respeito às concordatas – que podem ser gerais ou particulares, consoante o âmbito material da regulação¹⁰⁰⁵ –, parece seguro afirmar que estamos em presença de actos normativos que contêm verdadeiras normas de Direito internacional¹⁰⁰⁶, pois trata-se de tratados internacionais concluídos com a Santa Sé (naturalmente, é esta o sujeito de DIP e não as dioceses¹⁰⁰⁷), aos quais se exigem componentes jurídico-constitucionais determinadas para a sua perfeição (intervenção do parlamento, ratificação presidencial, etc). Contudo, não pode deixar de se observar que (i) às concordatas (formalmente) não se aplica a Convenção de Viena sobre Direito dos tratados e (ii) as matérias sobre que incidem são, na sua maioria, matérias de Direito interno – como por exemplo, as respeitantes ao exercício da missão apostólica, dias festivos, cumprimento dos deveres religiosos, protecção dos lugares de culto, sujeição a impostos etc.¹⁰⁰⁸ –, o que possivelmente justificará algumas reservas e a respectiva qualificação, por parte de certa doutrina, como “quase-Direito internacional”

1003 V. BOSCO, Giacinto, “*Lezioni...*”, cit., 107.

1004 Assim, CZERMAK, Gerhard, “*Rechtsnatur und Legitimation...*”, cit., 71 e ss. Cfr., ainda, MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 242.

1005 Assim, LEITE, António, “Natureza e oportunidade das concordatas”, in *Concordata entre a Santa Sé e a República portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2001, 42.

1006 Neste sentido, AGOSTINO d’AVACK, Pietro, “*Tratatto di Diritto ecclesiastico italiano...*”, cit., 203.. Acerca da natureza jurídica das concordatas, cfr., CZERMAK, Gerhard, “*Rechtsnatur und Legitimation der Verträge zwischen Staat und Religionsgemeinschaften*”, in *Der Staat*, 39, 1, 2000, 69 e ss, e literatura aí referida, em especial, 69, nota 3.

1007 Cfr. RODRIGUES, Samuel, “Personalidade jurídica da Igreja católica” in *Concordata entre a Santa Sé e a República portuguesa*, cit., 87.

1008 Cfr., respectivamente, art.º s 2.º, n.º 1; 3.º, n.º s 1 e 3; 7.º, e 26.º da Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa (2004).

(*quasi-Völkerrechtliche Verträge*)¹⁰⁰⁹. Ainda assim, e como pertinentemente observa JORGE MIRANDA, os acordos deste tipo, além de materialmente continuarem sujeitos à referida Convenção de Viena, na realidade, não se circunscrevem a matérias tipicamente internas e, “ao assegurarem a liberdade religiosa, individual e institucional, situam-se até numa linha precursora do movimento de protecção internacional dos direitos do homem”¹⁰¹⁰.

Já no que concerne a outros ordenamentos confessionais, como por exemplo, a Igreja evangélica, na medida em que não estamos perante um sujeito de Direito internacional, não se reconhece aos tratados com eles celebrados a qualidade de normas de Direito internacional¹⁰¹¹. Tratar-se-á de Direito público, mas não estadual (= legal) nem internacional. Possivelmente, como afirma CZERMAK, há necessidade de criação de uma nova espécie de escalão normativo intermédio (*Zwischenebene*) acima do Direito estadual (*Sonderrechtstheorie*)¹⁰¹².

1.4. A recepção do Direito confessional no ordenamento interno

Importa agora averiguar de que modo são as normas provenientes dos ordenamentos confessionais recebidas no ordenamento normativo português. Mais uma vez, teremos como principal referência as normas oriundas do ordenamento católico embora, como veremos, as considerações que se seguem podem, na generalidade, ser aplicáveis a qualquer outra índole confessional.

Para abordar com suficiente clareza estes nódulos problemáticos, parece-nos conveniente dividir a análise em dois sub-tópicos, respeitantes respectivamente às normas de produção pactuada e às normas de produção unilateral confessional. Como se compreende, torna-se desnecessária a referência às produção unilateral estadual por estas revestirem natureza exclusivamente interna, pelo que a sua menção nesta sede seria despropositada.

a) normas de produção pactuada

Assumindo que os pactos com os ordenamentos confessionais, nomeadamente com a Igreja católica (concordatas) são juridicamente tratados

1009 Neste sentido, por exemplo, CZERMAK, Gerhard, “*Rechtsnatur und Legitimation...*”, cit., 71.

1010 Assim, MIRANDA, Jorge, “A concordata e a ordem constitucional portuguesa”, cit., 66.

1011 V. CZERMAK, Gerhard, “*Rechtsnatur und Legitimation...*”, cit., 72 e 73.

1012 Cfr. CZERMAK, Gerhard, “*Rechtsnatur und Legitimation...*”, cit., 72.

internacionais e contêm verdadeiras normas de Direito internacional convencional, parece seguro afirmar que vale em relação a eles o que atrás dissemos a respeito deste último segmento normativo. Significa isto que estamos em presença de disposições normativas que são recebidas no ordenamento português através de uma cláusula constitucional de recepção automática condicionada (quando, bem entendido, não respeitem a preceitos de Direito Internacional geral ou comum). Automática porque, como observamos, não se exige qualquer acto de transformação (v.g., actos legislativos) da norma internacional e condicionada (duplamente condicionada)¹⁰¹³ porque, por um lado, os tratados devem ter sido regularmente ratificados ou aprovados e publicadas no Jornal oficial e, por outro lado, as normas respectivas são acolhidas enquanto “vincularem internacionalmente o Estado Português”.

b) normas de produção unilateral confessional

A recepção deste tipo de normas no ordenamento normativo português também não assenta em pressupostos diversos dos que referimos acerca das normas respeitantes a outros impulsos de abertura já por nós referidos. Por tal motivo, torna-se necessário voltar a sublinhar os seguintes aspectos essenciais:

- (i) numa perspectiva normativista, uma norma será válida se criada de acordo com os procedimentos de produção normativa do ordenamento de que faz parte, o que quer dizer que as normas de Direito eclesiástico serão válidas ou inválidas tendo em atenção os parâmetros integrantes do ordenamento eclesiástico (v.g., CIC);
- (ii) o ordenamento eclesiástico é um ordenamento apenas relativamente autónomo, na medida em que necessita da abertura do ordenamento estadual para ver as respectivas normas aplicadas no interior deste, desempenhando a Constituição interna uma função de *condição de aplicabilidade* das suas normas;
- (iii) tal abertura do ordenamento estadual depende da existência de uma norma (constitucional) autorizadora nesse sentido, que constitui a ponte com o Direito de produção externa.

¹⁰¹³ Neste sentido, BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Manual...”, cit., 336.

Aplicando estas premissas aos problemas que ora nos ocupam, devermos começar por salientar que não existe norma constitucional expressa no sentido da abertura referida. Com efeito, em ponto algum da CRP se consegue vislumbrar uma autorização genérica para a recepção de normas de Direito eclesiástico na ordem interna, podendo-se afirmar que, formalmente, não existe a ponte que torne possível a travessia normativa entre ambos os aglomerados. Contudo, apenas formalmente. Num raciocínio que não nos parece demasiado ousado, parece-nos que podemos encontrar essa autorização numa norma *fora* da Constituição formal, mas que, indubitavelmente, pode ser qualificada como materialmente constitucional. Estamos a referir-nos ao art.º 2.º, n.º 2 da Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa (2004), nos termos do qual “a Santa Sé pode aprovar e publicar livremente qualquer norma, disposição ou documento relativo à actividade da Igreja (...)”¹⁰¹⁴. Para estes efeitos, a actividade da Igreja abrangerá, de acordo com o *princípio da especialidade* todos os actos necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins, quer estes sejam fins religiosos quer fins não religiosos¹⁰¹⁵.

A finalizar este ponto, duas importantes notas devem ser salientadas:

- em primeiro lugar, é o Estado quem determina, para estes efeitos, os fins da Igreja, ou seja, é ele quem detém, a *Kompetenz-kompetenz*. Neste seguimento, estipula o art.º 21.º, n.º 1 da lei n.º 16/2001, de 22 de Junho (lei da liberdade religiosa) que “independentemente de serem propostos como religiosos pela confissão, consideram-se, para efeitos da determinação do regime jurídico”, fins religiosos, os de exercício do culto e dos ritos, de assistência religiosa, de formação dos ministros do culto, de missão e difusão da confissão professada e de ensino da religião e fins diversos dos religiosos, entre outros, os de assistência e de beneficência, de educação e de cultura, além dos comerciais e de lucro. Na prática, pode-se afirmar que o Estado se procura limitar às questões terrenas ou mundanas, e não reclama qualquer competência para a disciplina de problemas relacionados com o espírito e com a alma, reconhecendo o significado especial da(s) Igreja(s) para a vida em sociedade. Estas, por seu

1014 A concordata anterior, de 1940, continha uma disposição de alcance idêntico – o art.º 2.º, que, entre outros aspectos, referia que “(...) a Santa Sé pode livremente publicar qualquer disposição relativa ao Governo da Igreja (...)”.

1015 Cfr., todavia, BVerfGE 18, 385 (*Teilung einer Kirchengemeinde*), onde se pode constatar que o órgão máximo da justiça constitucional alemã, no que diz respeito à delimitação dos âmbitos materiais dos ordenamentos estadual e confessional, e na ausência de acordo entre ambos, entende dever-se adoptar um critério material, baseado na “natureza das coisas”, ou teleológico.

lado, aceitam a imprescindibilidade do poder estadual, nomeadamente em termos de autoridade social¹⁰¹⁶;

- em segundo lugar, estas considerações só valem para a igreja católica – relativamente à qual se postula uma *referência recognitiva* do respectivo Direito¹⁰¹⁷ – e não para as outras igrejas. Para estas últimas, não existe a autorização constitucional para as respectivas normas valerem no ordenamento interno.

1.5. A harmonização dos ordenamentos interno e confessional

Neste passo, tentaremos resolver os problemas surgidos após a integração das normas provenientes dos ordenamentos confessionais no ordenamento interno português. Mais uma vez, desdobraremos a análise em dois pontos distintos: um respeitante às normas de produção pactuada e o outro, respeitante às normas de produção unilateral confessional.

a) Normas de produção pactuada

Como já observamos, é de aceitar a tese de acordo com a qual os Tratados religiosos, juridicamente, são verdadeiros tratados internacionais, o que torna relativamente facilitada a nossa tarefa de enquadramento das respectivas normas no âmbito de uma adequada teoria dos conflitos normativos.

Parece-nos que no confrontos com as normas constitucionais, estas prevalecem sempre¹⁰¹⁸. Tal prevalência, recorde-se, não colide com a validade

1016 Neste sentido, v., BVerfGE 42, 312 (*Inkompatibilität / Kirchliches Amt*). Note-se que o referido no texto não impede o poder estadual de disciplinar juridicamente as matérias referidas no que elas tenham de terreno e juridicamente idêntico para todos os sujeitos. Trata-se por isso, de uma reserva não absoluta.

1017 V., a propósito, embora em contexto diverso, GONÇALVES de PROENÇA, J.J., “Direito internacional privado (Parte geral)”, Universidade Lusíada, Lisboa, 1992, 75.

1018 Neste sentido, MIRANDA, Jorge, “A concordata e a ordem constitucional portuguesa”, cit., 70. Em sentido diverso, cfr. GORLERO, Maurizio P. “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 24, pata quem as normas concordatárias podem derrogar normas constitucionais desde que não sejam princípios supremos do Ordenamento constitucional. V., ainda MODUGNO, Franco, “*Sulla posizione costituzionale dei Patti lateranensi*”, cit., 898 e ss. e, por último, Sentenza Corte Costituzionale 16/1978, de 2 de Fevereiro de 1978, onde se faz apelo ao respeito pelos “*principi supremi dell’ordinamento costituzionale dello Stato*”. Contudo, nesta decisão, defende-se a colocação das normas religiosas pactuadas num escalão acima do legal, podendo-se ler:

“*La circostanza che i Patti non abbiano la forza attiva di “negare i principi supremi dell’ordinamento” non esclude affatto, quindi, che sotto il profilo della forza passiva o della resistenza all’abrogazione tali fonti normative siano assimilabili alle norme costituzionali; tanto è vero che esse non possono venire legittimamente contraddette od alterate se non con lo strumento delle leggi di revisione costituzionale (...)*”

das normas dos tratados, mas afecta a sua aplicabilidade, em termos de as respectivas normas não serem totalmente eficazes.

Já no que concerne à sua colocação em relação às normas ordinárias, a sobreposição escalonada parece fazer mais sentido. Isto porque, em primeiro lugar, vale a este respeito um princípio segundo o qual um Estado que se vincula perante outro sujeito de Direito internacional não pode posteriormente, por acto unilateral, eximir-se do cumprimento do que se obrigou; em segundo lugar, esta será a solução que melhor se acomoda à conveniência da harmonização dos ordenamentos interno e internacional. Além disso, sempre se evita o impedimento da frustração, por via da lei, da cláusula da recepção automática atrás referida¹⁰¹⁹.

Naturalmente que, também aqui, se do Tratado resultar direito derivado, a futura incorporação deste supõe igualmente a inaplicabilidade das leis anteriores que não tenham sido derogadas pelo acto de autorização da sua celebração¹⁰²⁰.

b) Normas de produção unilateral confessional

No que diz respeito à harmonização das normas provenientes dos núcleos de produção confessionais com as normas estaduais internas, entendemos que a conjugação dos critérios da competência e da hierarquia conduz a resultados seguros.

Assim, naquelas situações em que existe convenção entre os ordenamentos no sentido de delimitar reciprocamente as esferas de actuação, vale um princípio de separação e reserva, significativo da ideia de que cada um deles tem competência exclusiva para a produção jurídica¹⁰²¹, o que afastaria, em princípio, qualquer hipótese de conflito normativo. É o caso, por exemplo, das matérias atinentes às dimensões organizacionais da Igreja católica, na medida em que prescreve o art.º 10.º, n.º 1 da concordata entre esta e a República portuguesa que “a Igreja Católica em Portugal pode organizar-se livremente de harmonia com as normas do direito canónico”.

1019 V. MIRANDA, Jorge, “A concordata e a ordem constitucional portuguesa”, cit., 69. Um sintoma do carácter suprallegal é que não podem ser sujeitas a referendo abrogativo, por exemplo, no ordenamento jurídico italiano.

1020 Cfr., a propósito, REQUERO PAGÉS, “Sistemas normativos ...”, cit. 45 e ss.

1021 Cfr. HECKEL, Martin, “Zur ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts...”, cit., 428.

Nas situações em que não existe convenção entre os ordenamentos acerca da separação material, já se pode perspectivar a hipótese de a mesma matéria ser disciplinada por ambos os ordenamentos e aqui deve-se averiguar se existe uma autorização genérica de produção normativa por parte do ordenamento estadual.

O problema é, como se compreenderá, juridicamente delicado. Todavia, uma conclusão parece-nos certa: nas situações em que não existe a autorização genérica da produção normativa referida, não há qualquer primado ou preferência da norma externa, o que significa que se o ordenamento constitucional não se abrir no sentido de receber e reconhecer como aplicáveis as “normas religiosas”, estas cederão sempre em caso de conflito normativo perante as normas internas, quaisquer que estas sejam.

Se, pelo contrário, tal autorização existir — que é o que acontece, como vimos, no ordenamento normativo constitucional português —, duas sub-hipóteses são juridicamente praticáveis:

- (i) a norma constitucional que permite a abertura, ou outra com ela conexa, aceita como regra a existência de uma preferência aplicativa da norma externa;
- (ii) ou tal norma constitucional não o prevê, nem é possível deduzir tal regra de todo o conjunto normativo interno. Nesta situação — que parece-nos ser a mais defensável em face dos dados do nosso ordenamento — deve-se entender que existe um *primado da norma interna*, com a consequente preferência aplicativa desta. Ainda assim, é conveniente não esquecer, uma outra questão problemática pode surgir, que é a seguinte: tal preferência abrangerá todas as normas internas, ou apenas algumas delas? Pela nossa parte, parece-nos que abrange certamente as normas integrantes dos escalões constitucional, supra-legal e legal, nomeadamente se tivermos em consideração que o poder das Igrejas não se consubstancia um Estado dentro do Estado (*kein “Staat im Staate” sind*¹⁰²²), mas é um poder genericamente subordinado ao poder estadual. Quanto às normas do escalão aplicativo (v.g., administrativas), será de defender, nestes casos, a substituição da precedência da lei pela precedência da norma religiosa, que, ainda assim, se integra no quarto escalão, pois tem sempre de se subordinar à lei¹⁰²³.

1022 Assim, BVerfGE 53, 366 (*Konfessionelle Krankenhäuser*) e declaração de voto do juiz ROTTMANN.

1023 Assim, BVerfGE 53, 366 (*Konfessionelle Krankenhäuser*) e declaração de voto do juiz ROTTMANN.

2. O impulso autoregulatório e privatístico

2.1. Pressupostos de uma análise adequada

Um outro momento de abertura ordenamental que não pode actualmente ser indiferente ao jurista crítico manifesta-se num sentido pós-moderno e “normativamente liberal”. Estamos a referir-nos à tendência manifestada por alguns ordenamentos para não serem insensíveis a certos esquemas de disciplina jurídica que, do ponto de vista da fonte, se afirmam claramente des-estadualizantes, defendendo a intervenção dos próprios destinatários na definição das normas que lhes são aplicáveis. Fala-se a este propósito em autoregulação para significar uma regulação levada a cabo *pelos próprios interessados*¹⁰²⁴ e que se materializa num ordenamento jurídico semi-autónomo, respeitante ao sector auto-regulado¹⁰²⁵.

Embora em termos rigorosos, a auto-regulação possa ser pública – levada a cabo por instâncias de auto-regulação que são impostas pelo Estado ou reconhecidas oficialmente por este e dotadas de poderes normativos públicos¹⁰²⁶ – ou privada, na sistemática desta investigação iremos, no presente momento, dedicar a nossa atenção unicamente sobre esta última. Quanto à primeira, teremos ocasião de nos referirmos a ela num momento ulterior, aquando do estudo das normas com valor aplicativo¹⁰²⁷.

Como iremos constatar, na realidade não estamos em presença de verdadeiras “fontes privadas” de Direito, na medida em que, em todos os casos, a relevância das normas respectivas depende da recepção/transformação por parte do ordenamento estadual. Ainda assim, a menção autónoma e sistematicamente apartada, em nossa opinião, justifica-se plenamente. Dois segmentos normativos irão merecer a nossa atenção em particular: as denominadas normas técnicas e os denominados códigos de boa conduta. Antes de avançar gostaríamos apenas de efectuar uma delimitação analítica que nos parece importante e que se prende com a consideração ou não das denominadas “normas de arbitragem”.

1024 V. MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional e administração pública”, Almedina, Coimbra, 1997, 52 e ss.

1025 Cfr. MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional ...”, cit., 129.

1026 Assim, MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional ...”, 54. Naturalmente que a ela se contrapõe a auto-regulação privada, nas situações em que as correspondentes instâncias são instituídas pelos próprios interessados, na base do Direito privado.

1027 Cfr. infra, pp. 630 e ss.

As decisões arbitrais — enquanto modo de resolução de litígios, principalmente de natureza comercial e de âmbito internacional — são consideradas por alguma doutrina¹⁰²⁸ como verdadeiros núcleos de produção normativa. Trata-se de uma espécie de justiça privada convencional que tem na sua base um acto de natureza materialmente jurisdicional praticado por um “juiz escolhido pelas partes”(árbitro). Ora, em consonância com tudo o que dissemos até agora, não poderíamos entender que estamos em presença de uma verdadeira fonte de produção de Direito, nem aceitar que o resultado da sua actividade fosse considerado uma norma jurídica. De facto, aceitar a arbitragem neste contexto traria assumida a posição — à qual não aderimos¹⁰²⁹ — segundo a qual a jurisprudência é fonte de Direito, pelo que a sua menção como tal seria fatalmente contraditória. Consideremos apenas que se trata de uma forma extra-estadual de resolução de litígios, mas sem que tal envolva a produção de normas.

Feita esta precisão, avancemos na análise e dediquemos a nossa atenção à primeira manifestação autoregulatória privada: a normação técnica.

2.2. As normas técnicas

2.2.1. Precisações terminológicas *standards* (fácticos e jurídicos) e normas técnicas

Em certos domínios da vida, a riqueza dos factos, a especificidade das situações, os contínuos avanços da sociedade tecnológica e, acima de tudo, a necessidade de defesa do risco e a exigência de precaução (*Vorsorgegebot*)¹⁰³⁰, colocam o legislador numa situação de desvantagem em relação ao segmento social que pretende disciplinar. Pense-se, por exemplo, em âmbitos materiais específicos como a energia atómica e nuclear, a emissão de gases poluentes, a investigação espacial, os cuidados de saúde e a prática de actos médicos, onde quem legisla se move em terrenos movediços e impregnados de uma forte componente de especialização. São estes, na prática, domínios de fricção, dificilmente acessíveis a um legislador de

1028 Cfr., por exemplo, Laurence Boy, “Normes”, in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boy1.htm>.

1029 Cfr. o que dissemos supra, pp. 123 e ss.

1030 Cfr. MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme der Bezugnahme gesetzlicher Regelung auf industrielle Normen und Standards*”, in Müller-Graff (org.), “*Technische Regeln im Binnenmarkt*”, Nomos Vlg., Baden-Baden, 1991, 30.

vocação tradicionalmente generalista, e onde se entrecruzam técnica, economia e Direito¹⁰³¹.

Ora, em face de tais limitações, a própria sociedade reage a esta inércia ou inadaptação normativa e procura, ela própria, primeiro através de *grémios*¹⁰³² e, posteriormente, através de organizações e mecanismos mais amplos de autoregulação – que podem ser nacionais, regionais ou internacionais¹⁰³³, mas sempre assentes numa vertente *negocial*¹⁰³⁴ –, uma disciplina que se lhe afigure adequada, definindo determinadas “especificações técnicas”. Estas mais não são do que “as exigências que constam de um documento que define as características exigidas de um produto, tais como os níveis de qualidade ou de propriedade de utilização, a segurança, as dimensões, incluindo as prescrições aplicáveis ao produto no que respeita à denominação de venda, à terminologia, aos símbolos, aos ensaios e métodos de ensaio, à embalagem, à marcação e à rotulagem, bem como aos processos de avaliação da conformidade”¹⁰³⁵. O objectivo nunca é a absoluta segurança – que é inatingível – nem a eliminação absoluta do risco – que, numa sociedade industrial, é impossível – mas a eliminação dos riscos evitáveis e a diminuição dos riscos inevitáveis¹⁰³⁶.

É certo que, num primeiro momento, se trata de uma disciplina voluntária e não normativamente vinculativa (“cujo cumprimento não é obrigatório”¹⁰³⁷),

1031 Assim, VIEWEG, Klaus, “*Technische Normen im EG-Binnenmarkt*”, in Müller-Graff (org.), “*Technische Regeln im Binnenmarkt*”, Nomos Vlg., Baden-Baden, 1991, 57 [trad. portuguesa: “Normas técnicas europeias e nacionais no mercado interno da Comunidade Europeia”, in RDES, XVI a XIX, 1990 - 1993, 323 e ss.].

1032 Cfr. LUKES, Rudolf, “*Industrielle Normen und Standards...*”, cit., 21.

1033 São exemplos de tais organizações, ao nível nacional, o IPQ – Instituto português da qualidade; a AENOR – *Asociación Española de Normalización y Certificación*; a AFNOR – *Association française de normalisation*; o BSI – *British Standards Institution*; o DIN – *Deutsches Institut für Normung*; o DS – *Dansk Standard*; o NNI – *Nederlands Normalisatie Instituut*; o ÖN – *Österreichisches Normungsinstitut*; ou o SIS – *Standardiserings i Sverige*. Já ao nível regional merece menção o CEN – *Comité Européen de Normalisation*, e ao nível internacional o ISO – *International Organization for Standardization*.

1034 V. Laurence Boy, “*Normes*”, in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boy1.htm>.

1035 Assim, art.º 1.º da Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Junho de 1998 relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, in JO, L 204 de 21/07/1998 (entretanto alterada pela Directiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Julho de 1998 in JO, L 217 de 05/08/1998).

1036 V. MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme...*”, cit., 30.

1037 Assim, art.º 1.º da Directiva 98/34/CE, cit.. V., ainda, LUKES, Rudolf, “*Industrielle Normen und Standards – Grundzüge und Bedeutung*”, in Müller-Graff (org.), “*Technische Regeln im Binnenmarkt*”, cit., 18.

mas em todo o caso uma disciplina que se apoia naqueles conhecimentos que, num determinado momento, se demonstram como sendo mais sólidos sob os pontos de vista científico, técnico e experimental e homologados pelo ente sectorial respectivo. Utilizando uma linguagem propositadamente lata e abrangente, podemos denominar tais formas disciplinadoras por “normas técnicas” ou “standards” (o correspondente linguístico anglo-americano) e a respectiva actividade como “normalização”¹⁰³⁸.

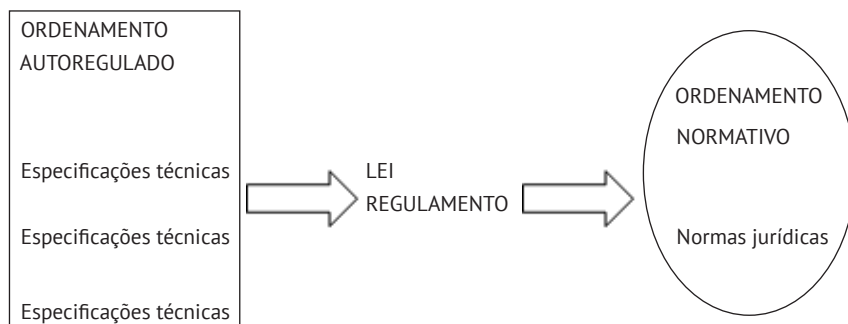
Tendo presentes estas considerações, para efeitos da investigação, utilizaremos como conceito operativo a seguinte noção de norma técnica¹⁰³⁹: todo o documento de referência acessível ao público, estabelecido com base num trabalho conjunto de todos os círculos interessados e com o seu consenso ou aprovação generalizada, apoiado nos resultados combinados da ciência, técnica e experiência, adoptado por um organismo qualificado reconhecido a nível nacional, regional ou internacional.

Trata-se de um particular produto normativo que encontra o seu âmbito privilegiado de aplicação nos domínios industrial e técnico e que tem por finalidade a sua própria utilização comum e repetida, com vista a atingir um grau óptimo de ordem num dado contexto.

Com o passar dos tempos, tais standards, meramente fácticos, podem ser juridificados e recebidos pelo ordenamento normativo através de determinados procedimentos qualificados (v.g., legais) que, por esta via, os transformam em standards jurídicos e os incorporam num agregado normativo. Este processo de publicização/normativização dá origem a um sentido restrito e mais apropriado de norma técnica – aquela que, ultrapassando o substrato empírico, é revestida de um invólucro de juridicidade e normatividade, mediante a recepção pela norma estadual (lei ou regulamento) (Rep. XVII).

1038 Acerca dos problemas terminológicos, cfr., por exemplo, LUKES, Rudolf, “*Industrielle Normen und Standards ...*”, cit., 17.

1039 A noção referida no texto, como facilmente se constata, é decalcada da fornecida pela ISO (*International Organization for Standardization*). V., ainda, Laurence Boy, “*Normes*”, cit., e BOURCIER, Danièle e TAUZIAC, Véronique, “*Du standard technique a la norme juridique impacts et enjeux*”, in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/normtech.htm>



(Rep. XVII)

2.2.2. A juridificação das normas técnicas

Não obstante a crescente relevância deste tipo de disciplina, parece inegável que a normalização técnica e meramente empírica, seja ela nível nacional, regional ou internacional, não pode contradizer, nem muito menos derogar, a normação vinculativa existente (*princípio do primado da normação*). A lei e o regulamento gozam de uma preeminência clara que lhes advém precisamente do facto de serem o produto de uma fonte normadora autorizada pelo ordenamento, o que não se passa com os *standards* produzidos pelos entes normalizadores que mais não são, afinal de contas, do que o produto da autonomia da vontade. As regras técnicas, neste sentido, não são normas jurídicas, pois enquanto associações privadas, não podem as entidades de normalização emanar Direito geral vinculativo. Quando muito valem aquelas como Direito costumeiro – e mesmo assim como limitações atento o seu carácter volátil –, ou então possuem uma mera eficácia *inter partes*¹⁰⁴⁰.

Para que a vontade técnica privada seja transformada em vontade jurídico-normativa, com o consequente reconhecimento da produção de efeitos vinculativos para a administração e para o juiz, torna-se indispensável a sua recepção ou homologação pelos poderes estaduais. Em rigor, a recepção jurídica e o efeito vinculante das normas técnicas pode dar-se não apenas ao nível do poder legislativo, mas também ao nível dos poderes administrativo e judicial. Neste último caso, contudo, impõe-se constatar que a jurisprudência concretizadora das especificações técnicas não assume, pelas razões já por nós frequentemente apontadas, carácter normador, pelo que

¹⁰⁴⁰ A propósito, v. MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme...*”, cit., 32.

a referência que aqui iremos fazer se restringe apenas aos dois primeiros domínios.

Enfim, se legislador (*lato sensu*) e a Administração quiserem apreender a dinâmica da evolução técnica e o manejo teórico dos mais recentes instrumentos de produção e de desenvolvimento da ciência, não podem ficar indiferentes às autoregulações que, numa fase inicial têm tendência a escapar-lhe.

Em termos gerais, podemos dizer que são três as posições que o criador normativo pode assumir em face dos *standards* empíricos: (i) em primeiro lugar, pode incorporá-los directamente nas normas por si criadas; (ii) em segundo lugar, pode reenviar para regras específicas criadas por entidades especializadas (reenvio concreto); e, (iii) em terceiro lugar, pode reenviar para fórmulas genéricas apelativas do estado actual dos conhecimentos (reenvio abstracto)¹⁰⁴¹.

- (i) Em primeiro lugar, podemos estar perante o grau máximo de abertura e sensibilização à normação autoreguladora privada, quando o legislador estadual acolhe os resultados desta no âmbito da sua vontade normativa¹⁰⁴². Pode fazê-lo, de uma forma geral, quer através da incorporação total ou parcial das normas técnicas nas suas leis ou regulamentos¹⁰⁴³, quer através da criação de anexos às normas legais ou regulamentares com especificações técnicas. Num caso ou no outro, como intuitivamente se constata, o preço a pagar é uma acentuada inflação legislativa. Contudo, ganham-se salientes vantagens em matéria de segurança jurídica na medida em que, por um lado, atento o carácter extremamente técnico e particular da disciplina em questão, dificilmente se levantam dúvidas quanto à norma a aplicar e, por outro lado, sob o ponto de vista da conformação do conteúdo¹⁰⁴⁴, a especificação pormenorizada pelas normas estaduais das exigências técnicas recebidas e da sua comprovação deixa uma reduzida margem de liberdade conformadora para respectivo aplicador. Enfim, trata-se de uma técnica de recepção que

1041 V. BREUER, Rüdiger, "*Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*", in AöR, 101, 1, 1976, 60 e ss; LUKES, Rudolf, "*Industrielle Normen und Standards...*", cit., 19.

1042 V. MARBURGER, Peter, "*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme...*", cit., 33, 34; VIEWEG, Klaus, "*Technische Normen im EG- Binnenmarkt*", cit., 63.

1043 Cfr. SCHILLING, Theodor, "*Rang und Geltung von Normen...*", cit., 300 e ss.

1044 Cfr. VIEWEG, Klaus, "*Technische Normen im EG- Binnenmarkt*", cit., 73.

transmuta a norma^{ção} privada em norma^{ção} pública e, por esta via, incorpora a disciplina material subjacente no escalão respeitante à norma receptora, com todas as consequências daí decorrentes em sede de teoria dos conflitos normativos;

- (ii) Em segundo lugar, cumpre fazer referência ao que se poderá denominar por “reenvios concretos” ou remissão fixa para normas técnicas¹⁰⁴⁵. Significa isto que o legislador, sem bulir com a qualidade privada destas últimas – que continuam a ser exactamente isso: normas privadas –, faz para elas uma devolução material, absorvendo-as e incorporando-as indirectamente na norma^{ção} estadual¹⁰⁴⁶, mediante a aposição de cláusulas como “...nos termos da norma X...” ou “de acordo com as prescrições estabelecidas na norma Y...”. Diferentemente do que se passa com a técnica da recepção directa, aqui a inflação legislativa não se faz sentir, ao menos formalmente, pois o número de leis não aumenta, aumentando apenas o círculo de abrangência material das leis existentes. Materialmente não parecem existir obstáculos jurídicos de monta, embora formalmente possam ser levantados problemas relacionados com a publicidade das normas objecto de reenvio (normas reenviadas)¹⁰⁴⁷. Na verdade, sendo estas normas organicamente privadas, não estão sujeitas e publicação sob forma oficial, o que poderá implicar a inconstitucionalidade da norma reenviante por violação do princípio constitucional da segurança jurídica e protecção da confiança. Deve-se observar que a sujeição a formas de publicidade não oficial, ainda que obrigatória – v.g., através de bases de dados electronicamente acessíveis – não ilide os vícios referidos, uma vez que, nestes casos, os destinatários dificilmente preveriam, com razoabilidade, os efeitos das normas, continuando a considerar-se inconstitucionais os reenvios para preceitos que sejam de difícil acesso. Ainda é de referir que os reenvios aqui referidos são efectuados para as *normas* e não para os organismos normalizadores e o facto de a lei ou o

1045 V. VIEWEG, Klaus, “*Technische Normen im EG-Binnenmarkt*”, cit., 63. Neste caso, a directiva 98/34/CE, acima citada, utiliza a expressão “regras técnicas de facto”, para abranger as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de um Estado-Membro que remetam para especificações técnicas, outros requisitos ou regras relativas aos serviços, ou para códigos profissionais ou de boa prática que se refiram a especificações técnicas, a outros requisitos ou a regras relativas aos serviços, cuja observância confira uma presunção de conformidade com as prescrições estabelecidas pelas referidas disposições legislativas, regulamentares ou administrativas.

1046 Cfr. WILKE, D., “*Der Zusammenhang von Rechtsnormen und technischen Normen*”, in *Verweisung auf technischen Normen in Rechtsvorschriften*, DIN – Normungskunde Band, 17, Beuth Vlg., Beuth, 1982, 15.

1047 V. MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme...*”, cit., 45; BREUER, Rüdiger, “*Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln...*”, cit., 61, 62.

regulamento reenviar para a normaçaõ técnica não significa que as respectivas entidades passem a deter poderes normadores¹⁰⁴⁸. Qualquer devolução neste último sentido será, igualmente, inconstitucional, porque, além de eventualmente poder violar as reservas competenciais estabelecidas, parece subverter claramente as regras jurídico-organizatórias constitucionalmente consagradas e mesmo o princípio democrático¹⁰⁴⁹;

- (iii) Finalmente, o legislador pode encontrar uma terceira forma de recepção dos preceitos técnicos: os reenvios abstractos ou a remissão para preceitos genéricos. Como se compreende, numa sociedade de risco, a protecção dos diversos bens jurídicos nem sempre é assegurada por via de pormenorizadas regulamentações jurídicas¹⁰⁵⁰ e, por vezes, o criador normativo faz apelo a fórmulas que utilizam conceitos indeterminados, dizendo, por exemplo, que os produtos devem ser “seguros” ou “não nocivos”, ou que devem obedecer às “regras conhecidas da técnica” ou ao “estado da ciência e da técnica”¹⁰⁵¹. Neste contexto, fala-se em “*Standards normativos abertos*” (*offene normative Standards*) por via do método da cláusula geral (*Generalklauselmethode*)¹⁰⁵² e ganham particular destaque as denominadas “regras da arte” (*règle de l’art*, que mais não são do que o comportamento apropriado ou “boa prática”, acessível a um determinado corpo profissional, que corresponde ao estado da técnica num determinado momento). Claro que em tais casos os problemas se deslocam para justante, atribuindo-se uma ampla margem de liberdade no momento da aplicação para a administração ou para o juiz, consoante os casos¹⁰⁵³, o que pode levantar problemas, mais uma vez relacionados com a insegurança jurídica¹⁰⁵⁴. Ainda assim, a

1048 Assim, MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme...*”, cit., 32.

1049 Neste sentido, MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme...*”, cit., 40.

1050 Cfr., a propósito, MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme...*”, cit., 31.

1051 V., a respeito, WILKE, D., “*Der Zusammenhang von Rechtsnormen und technischen Normen*”, cit., 19 e BREUER, Rüdiger, “*Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln...*”, cit., 72, em especial, nota 141.

1052 Assim, MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme...*”, cit., 34.

1053 V. VIEWEG, Klaus, “*Technische Normen im EG- Binnenmarkt*”, cit., 73; e Laurence Boy, “*Normes*”, cit.

1054 Cfr., a propósito, MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme...*”, cit., 31 e 34 e ss. e BVerfGE 49, 89 (133 e ss.) (*Kalkar I*).

doutrina tem entendido que este tipo de devoluções não é inconstitucional se for efectuado apenas um degrau de reenvio¹⁰⁵⁵.

A partir do momento em que os diversos legisladores internos adoptem ou recebam as diversas normas técnicas, naturalmente, levantam-se problemas de harmonização, nomeadamente ao nível dos espaços jurídicos e económicos de integração¹⁰⁵⁶. De modo a evitar, na medida do possível, a sobreposição de diferentes *standards* ao mesmo segmento produtivo, é comum o recurso ao reconhecimento recíproco de normas técnicas por parte das organizações nacionais de normalização, bem como à sua disposição pelos organismos supraestaduais, regionais ou internacionais, acima referidos.

2.3. Os códigos de boa conduta

Outro domínio autoregulativo que uma análise actual normativamente orientada deve levar em consideração é constituído pelos denominados “códigos de boa conduta”. Saliente-se, contudo, que a relevância que nos merece não deriva do facto de estarmos em presença de verdadeiras normas jurídicas na asserção por nós defendida e apontada, mas sim da circunstância de que se trata de um agregado de regras que consubstanciam uma forma de disciplina que não é irrelevante sob o ponto de vista fáctico-empírico.

Estamos aqui a falar de uma forma de autoregulação privada e de autocontrolo que tem o seu campo preferencial de aplicação em domínios materiais e profissionais variados — como a publicidade, a construção imobiliária ou as trocas comerciais internacionais — que reclamam uma disciplina profissional à qual a normação estadual, por diversos motivos (v.g., inadaptação, dificuldades de controlo, novidade do segmento), não quer ou não pode chegar¹⁰⁵⁷. Assim, os próprios profissionais elaboram, de acordo com as suas próprias regras de experiência, “guias evolutivos de bom comportamento” que vão aplicar às relações internas que se desenvolvem no seu âmbito de actuação e que, de certa forma, impõem limites a comportamentos desviantes.

1055 Assim, WILKE, D., “*Der Zusammenhang von Rechtsnormen und technischen Normen*”, cit., 20 e MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme...*”, cit., 34.

1056 VIEWEG, Klaus, “*Technische Normen im EG- Binnenmarkt*”, cit., 68 e ss.

1057 Cfr., a respeito, Laurence Boy, “Normes”, in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boy1.htm>

Sendo certo que estamos em presença, por parte dos sujeitos autoreguladores, de uma verdadeira vontade de produção normativa, não é menos certo que se trata de uma produção normativa imperfeita, por dois motivos: em primeiro lugar, porque não existe núcleo autorizado de criação de Direito objectivo, pois as normas provenientes da autoregulação não se identificam com as normas provenientes da regulação normativa pública, a única que, na nossa perspectiva, se enquadra e integra com rigor na noção de ordenamento jurídico (de resto, nem se pode dizer que dela derivem, ainda que indirectamente). Impõe-se recordar que, como defendemos, a vontade de produção normativa só por si é insuficiente para que se possa falar de uma fonte de Direito, não bastando que um determinado órgão pretenda ou manifeste a intenção de criar normas. É preciso também que ele esteja autorizado pelo ordenamento a efectuar essa criação. Em segundo lugar, porque estas formas autoregulatórias são caracterizadas pela ausência de imperatividade estadual – sendo por isso denominadas por *soft law* – e apenas se impõem por via de mecanismos de persuasão e pressão localizadas.

Como resulta do que já dissemos, em termos de escalonamento normativo não se colocam os problemas da recepção e integração dos agregados de regras apontados. Por não estamos em presença de normas provenientes de verdadeiras fontes de Direito, reconhecidas pela Norma fundamental do ordenamento português, e por serem meras normas de eficácia persuasória, a sua obediência total aos preceitos normativos existentes (leis, regulamentos, etc.) é de assumir. Ainda assim, reconhece-se-lhe a eficácia *inter partes* característica das diversas manifestações da autonomia da vontade privada e não pode deixar de se ter em vista que eventualmente poderão ser judicializados e aplicados pelos juizes no âmbito dos seus poderes de livre conformação e integração.

3. O impulso para o Direito material estrangeiro

3.1. A referência às normas de Direito material estrangeiro e a abertura do ordenamento por via do Direito internacional privado

Nesta fase da investigação, cumpre finalmente fazer referência a uma outra forma de abertura do ordenamento normativo que, tradicionalmente, não é objecto de menção autónoma por parte dos juspublicistas. Estamos-nos a referir à incorporação – expressão propositadamente indeterminada e abrangente, cujos contornos termos ocasião de limar de seguida – de normas

oriundas, não de agregados normativos supraestaduais (v.g., internacionais) ou paraestaduais (v.g., confessionais), mas de *outros* ordenamentos estaduais. Mais precisamente, pretendemos debruçar-nos sobre aquelas situações nas quais o ordenamento do foro, através da suas normas de Direito internacional privado, confere aplicabilidade a conteúdo normativos oriundos de sistemas jurídicos estrangeiros, com o objectivo de resolver um conflito de leis emergente de uma relação jurídica plurilocalizada¹⁰⁵⁸. Pode-se dizer que, em tais situações, em consequência da aplicação das normas de conflitos, formam-se no Estado do foro “normas jurídicas paralelas”, resultantes do facto de uma sua fonte de produção normativa absorver determinados conteúdos normativos forasteiros.

A ideia de reenvio desempenha aqui um papel nuclear.

Como sabemos, o reenvio (remissão) consiste num expediente de técnica legislativa mediante o qual uma norma indica um dos seus elementos constitutivos mediante referência a outras normas¹⁰⁵⁹. Neste contexto, cumpre distinguir entre norma reenviante (*Verweisungsnorm*) e norma objecto reenvio (*Verweisungsobjekt*)¹⁰⁶⁰, podendo a referência respectiva ser feita para dentro do próprio ordenamento (reenvio intrasistemático) ou para fora dele (reenvio extrasistemático)¹⁰⁶¹. É certo que, em rigor, e como alerta a melhor doutrina, nomeadamente BAPTISTA MACHADO, a norma de Direito internacional privado (a norma de conflitos), em rigor, não é uma verdadeira norma de reenvio ou indirecta, na medida em que ela, em princípio, resolve directamente o seu problema – o conflito de leis –, não remetendo para nenhuma outra¹⁰⁶². De resto, a eventual confusão, continua o autor, advém do facto de não ser feita a adequada distinção entre os dois planos distintos que nestes problemas se cruzam: o plano do Direito dos conflitos e o plano do Direito material, sendo certo que um verdadeiro reenvio apenas se verificaria (eventualmente) no âmbito deste segundo, através da denominada “remissão material”. Neste último caso, o Estado do foro recorre a um ordenamento normativo estrangeiro para resolver os seus problemas de Direito

1058 Cfr., a respeito, BAPTISTA MACHADO, João, “Âmbito de eficácia...”, cit., Almedina, Coimbra, 1970, 298.

1059 Em sentido aproximado, BAPTISTA MACHADO, João, “Âmbito de eficácia...” cit., 300. V., ainda, SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung von Normen...*”, cit., 304.

1060 Cfr., embora num contexto diverso, WILKE, D., “*Der Zusammenhang von Rechtsnormen und technischen Normen*”, cit. 12.

1061 Assim, BAPTISTA MACHADO, João, “Âmbito de eficácia...” cit., 300.

1062 Neste sentido, BAPTISTA MACHADO, João, “Âmbito de eficácia...” cit., 305. V. a excepção: art.º 55.º, n.º 1 do CC.

material, modelando o seu Direito interno de acordo com o Direito interno de outro, nele integrando a norma material *ad aliud ius*¹⁰⁶³, ao passo que no Direito internacional privado propriamente dito tudo se passa como se uma mera atribuição de competência (para disciplinar certa relação jurídica plurilocalizada) se tratasse.

Em todo o caso, a favor da manutenção terminológica militam razões relacionadas quer com uma forte tradição, quer com a sugestividade que a aplicação do termo reenvio contém, significando, em todo o caso, o chamamento, por parte do ordenamento português, através de uma norma que desempenha a função de ponte – mais uma vez, a *Brückentheorie* –, de uma outra norma, esta de Direito material estrangeiro.

3.2. A integração das normas de Direito material estrangeiro

3.2.1. Referência receptícia e referência cognitiva

O problema que, na nossa perspectiva, se coloca de seguida é o seguinte: será que as normas de Direito material estrangeiro convocadas por via das normas internas de Direito internacional privado se tornam parte integrante do ordenamento normativo do Estado do foro? Passarão a fazer parte dele, após uma qualquer forma de recepção e transformação? A questão é de extrema relevância, pois se concluirmos pela resposta positiva, importará averiguar qual o escalão que aqui devem ocupar, de modo a dimensioná-las correctamente no quadro de uma adequada teoria dos conflitos normativos; pelo contrário, se a resposta for negativa, tudo se passará como se de normas puramente externas se tratasse, não se colocando o problema da sua integração hierarquizada. Podemos dizer que duas são as possíveis respostas às questões apontadas, cujos contornos essenciais se podem alinhar nos seguintes termos¹⁰⁶⁴:

- em primeiro lugar, pode entender-se que o Direito estrangeiro chamado a regular uma relação jurídica privada internacional é incorporado ou integrado na ordem jurídica do Estado do foro, “passando a fazer parte dela, como se tivesse sido criado pelas respectivas fontes de Direito”¹⁰⁶⁵. De um ponto de vista material, as normas de

1063 V. BAPTISTA MACHADO, João, “Âmbito de eficácia...” cit., 306.

1064 Cfr., a propósito, NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 189 e ss; GONÇALVES de PROENÇA, J.J., “Direito internacional privado (Parte geral)”, cit., 70 e ss.

1065 Assim, GONÇALVES de PROENÇA, J.J., “Direito internacional privado ...”, cit., 71.

conflito são como que *normas em branco* com a função de assumirem o conteúdo das normas estrangeiras para que remetem, fazendo em relação a estas uma verdadeira referência receptícia;

- em segundo lugar, pode entender-se que fazem uma mera referência recognitiva, ou seja uma referência que não conduz à incorporação, mas ao mero reconhecimento de existência do Direito material estrangeiro na ordem interna, que assim se perspectiva como um mero “facto”¹⁰⁶⁶. Aquele Direito é aplicável porque o ordenamento normativo local não se considera competente para disciplinar a relação jurídica em causa, e reconhece uma especial competência aos preceitos de um ordenamento estrangeiro.

Claro que se for adoptada esta última postura, não se coloca a questão de saber em que lugar ou posição normativa o material jurídico estrangeiro deve ser colocado pois, na verdade, ele não chega a incorporar o agregado normativo receptor. Diferentemente, se for adoptada a tese da referência receptícia, uma postura adequada passaria pelo reconhecimento ao acto estrangeiro de resistência derogatória em relação a alguns actos internos, mas nunca, entendemos, poder derogatório em relação a eles¹⁰⁶⁷.

Parece que podemos falar, a este propósito, de um princípio de adaptação ao Direito estrangeiro. Aqui, trazemos mais uma vez ao discurso as palavras de BAPTISTA MACHADO, agora para sustentar a adesão à tese da referência recognitiva. Refere o autor que a norma *ad aliud ius* vai situar-se “não no interior do sistema material *a quo*, mas *ao lado* dele, como normas reguladoras de factos que escapam ao âmbito de competência do dito sistema”¹⁰⁶⁸. Além disso, deve ser salientada a necessidade de a lei estrangeira ser interpretada e aplicada de acordo com as regras legais, jurisprudenciais e doutrinais do sistema a que originariamente pertence¹⁰⁶⁹. Entre outras consequências práticas, ressalta a de que se a norma estrangeira for considerada

1066 V. MacCORMICK, Neil, “*Das Maastricht- Urteil: Souveranität heute*”, cit., 798-799.

1067 Cfr., num sentido próximo, MODUGNO, Franco, “*Sulla posizione costituzionale dei Patti lateranensi*”, in RTDP, 1969, 3, 876.

1068 Cfr. “Âmbito de eficácia...” cit., 307.

1069 Neste sentido, v. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06 de Novembro de 2003, in <http://www.dgsi.pt>. e FERRER CORREIA, A., “Lições de Direito internacional privado”, policop., Coimbra, 1973, 290 e ss.V., ainda, art.º 23.º, n.º 1 do Código civil, nos termos do qual “a lei estrangeira é interpretada dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas”.

inconstitucional no seu ordenamento jurídico de origem, ela não pode ser atendida no ordenamento do foro¹⁰⁷⁰.

O problema, de resto, e em termos positivos, parece resolvido em face do disposto no art.º 15.º do Código civil, quando se refere que a competência atribuída pelo nosso Direito de conflitos a uma lei material estrangeira abrange somente as normas que, pelo seu conteúdo e pela função que desempenham nesta última, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos. Significa isto que o enquadramento qualificativo relevante continua a ser o do ordenamento de origem da norma material, o que parecerá indiciar a ideia de que ela não se integra de todo no ordenamento do foro.

3.2.2. As normas internas como parâmetro de validade das normas externas

Como acabamos de ver, as normas estrangeiras de Direito material que são convocadas para aplicação pelo juiz nacional não se incorporam no ordenamento português, assumindo-se, deste modo que, por um lado, a sua fonte

1070 Apesar do referido no texto, deve-se observar que a consideração da conformidade da norma material convocada em face da Constituição do respectivo ordenamento — ou, em rigor, de qualquer outro parâmetro de validade — apenas será plenamente compreendida se tivermos em conta os tipos de controlo ou sindicância que sobre ela pode ser exercido e os correspondentes efeitos produzidos. Na verdade, interessa indagar se o ordenamento de origem prevê, como o português, as possibilidades de controlo preventivo, sucessivo abstracto e sucessivo concreto, ou se apenas prevê algum ou alguns deles. Em qualquer dos casos, deve-se entender que o princípio fundamental a ter em conta na análise deste tipo de problemas é o de que o juiz do foro deve procurar aplicar o Direito material estrangeiro tal como ele se oferece no país de origem — nomeadamente, não aplicando uma norma que já não é neste último aplicável — [assim, MOURA RAMOS, Rui, “Direito internacional privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações”, Coimbra editora, Coimbra, 3.ª reimp., 1994, 241 e autores aí citados (nota 217)], com o objectivo de atingir um grau elevado de uniformidade de valoração das situações jurídicas internacionais (*idem*, 239). Tendo presentes estas considerações, entendemos, desde logo, que se o problema ainda não foi sequer colocado no ordenamento de origem, então, o juiz do foro não se deve recusar a aplicar a norma convocada, mesmo que aos seus olhos ela seja inconstitucional (em face da Constituição estrangeira, recorde-se). Se, diferentemente, o problema já foi lá colocado, devem-se sub- distinguir os seguintes casos:

- (i) se a norma já foi declarada inconstitucional com força obrigatória geral — e, consequentemente, expulsa do agregado de que fazia parte — o juiz português, claramente, não a deve aplicar;
- (ii) se a norma foi somente julgada (controlo sucessivo concreto) ou pronunciada (controlo preventivo) inconstitucional, mas ainda vigora, vale em relação a ela uma *presunção de invalidade*, o que leva a que o juiz do foro a não deva aplicar, embora deva ter liberdade para apreciar em sentido diverso, principalmente se houver juízos contraditórios;
- (iii) se a norma já foi sujeita a controlo da constitucionalidade e foi considerada não inconstitucional (seja em que tipo de controlo for), não deve o juiz do foro recusar-se a aplicá-la.

Em todos os casos, insiste-se, interessa é que se aplique o Direito estrangeiro como ele é no seu ordenamento de origem, pois ele, em obediência à ideia de referência recognitiva acima apontada, nunca chega a fazer parte de nenhum outro.

genética de validade continua a ser a Norma fundamental do ordenamento de onde provêm e, por outro lado, os problemas que se colocam no ordenamento do foro são meramente problemas respeitantes à sua aplicabilidade e eficácia, não à sua validade. Daqui resulta logicamente – e mais uma vez – que as normas constitucionais portuguesas não constituem parâmetro de validade das normas externas, não se devendo, em princípio, cotejar o conteúdo destas com aquelas, nem aferir de acordo com tal padrão a sua bondade material¹⁰⁷¹.

Contudo, e como se compreende, o ordenamento do foro não pode ficar absolutamente insensível e indiferente às normas forasteiras que nele são aplicadas, não podendo em particular tolerar que alguns dos seus pilares de sustentabilidade normativa sejam por elas atacados ou colocados em crise¹⁰⁷². De facto, como bem observa MOURA RAMOS¹⁰⁷³, poderíamos chegar ao “paradoxo de o juiz, por um lado, não dever aplicar as suas leis próprias que fossem inconstitucionais, e, por outro lado, praticar, em obediência ao estipulado por normas estrangeiras chamadas pelas suas regras de conflitos, actos que constituíam clara violação dessa lei fundamental, que ele tanto cuidado punha em preservar das ofensas do legislador ordinário interno”. Assim, só até certo ponto é que se pode afirmar que não se submete a juízos de constitucionalidade o Direito forasteiro, já que, na verdade, existe um limite substancial que ele não poderá, em caso algum, transpor: os princípios fundamentais da ordem constitucional¹⁰⁷⁴. Estes constituem,

1071 Questão diversa da referida no texto é a da possibilidade de aferição da constitucionalidade das próprias normas de conflitos (cfr. MOURA RAMOS, Rui, “Direito internacional privado e Constituição...”, cit., 194 e ss.). A visão negativista – isto é, a que entende que as normas de conflitos não devem estar sujeitas a juízos de conformidade constitucional – pode ter na sua génese quer uma ideia de “ausência de dignidade” destas normas (em face do seu carácter eminentemente neutral e revelador de uma ausência de valoratividade e de conteúdo próprio que pudesse ferir a Constituição) que se situariam assim “aquém do limite diferencial que poderia provocar a sensibilização dos preceitos constitucionais” (*idem.*, 195), quer uma ideia de força acrescida das mesmas, que as encare como normas para-constitucionais ou mesmo (materialmente) constitucionais sobre a produção jurídica, que já as colocaria além do referido limite diferencial. Já a visão afirmativista assume – numa postura que nos parece adequada – que as normas de conflitos podem, elas próprias, violar o conteúdo dos preceitos constitucionais, nomeadamente os princípios com mais incidência jusprivatística (igualdade, protecção da família, autonomia da vontade, etc...), o que leva a concluir, entre outras coisas, que a escolha dos elementos de conexão não deve se feita ao arrepio do prescrito na Constituição (*idem.*, 209). V. ainda BVerfGE 31, 58 (Spanier-Beschluß), onde se refere: “Die Prüfung kann sich freilich nur darauf erstrecken, ob die generelle Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für ein bestimmtes Regelungsprinzip, besonders die Auswahl der Anknüpfungspunkte, mit den Grundrechten vereinbar ist.”

1072 Embora o discurso que se segue tenha por referência as normas constitucionais, entendemos que ele pode ser estendido às leis com valor reforçado existentes.

1073 V. “Direito internacional privado e Constituição...”, cit., 238.

1074 Cfr. art.º 22.º do Código civil.

sob o ponto de vista material — já não sob o ponto de vista orgânico-formal, pois, com GORLERO, podemos afirmar que as relações entre as normas internas e as de Direito material estrangeiro sobre a mesma matéria são reguladas pelo princípio da competência¹⁰⁷⁵ — uma barreira inviolável para a aplicação do Direito estrangeiro¹⁰⁷⁶.

A assimilação desta conclusão, contudo, depende de um adequado enquadramento do problema em análise, sem o qual, convenhamos, apenas apreendemos uma perspectiva limitada do mesmo. Será tal enquadramento que procuraremos fazer de seguida, debruçando a nossa atenção, em primeiro lugar sobre a argumentação negadora do controlo de constitucionalidade (i) e, em segundo lugar, sobre a que o admite e defende (ii)¹⁰⁷⁷.

- (i) A ideia de não admissibilidade da aferição da constitucionalidade do Direito estrangeiro convocado pelas normas de conflitos repousa nos receios de surgimento de uma *superestadualidade* ou de um *normativismo nacionalista*, que arrastariam consigo uma indesejável instabilidade das relações internacionais¹⁰⁷⁸. De facto, se fossem admitidas prerrogativas de controlo no sentido referido, colocar-se-ia nas mãos de cada Estado a última palavra acerca do critério de resolução de conflitos que, por natureza, ultrapassam o âmbito estadual, deitando eventualmente por terra qualquer esforço no sentido de uma concórdia entre os interesses em jogo. Contudo, não pode deixar de se notar que a defesa da supressão dos juízos de conformidade das normas referidas pode acarretar uma perda da vinculatividade e da força normativa da Constituição¹⁰⁷⁹. Além disso, poderia representar uma penetração inadmissível de material jurídico estranho no âmago do Estado constitucional e nas dimensões densificadoras deste;
- (ii) Já a solução oposta — a defesa da admissibilidade da aferição da bondade constitucional do Direito estrangeiro chamado — repousa, não apenas no já referido princípio da força normativa da Constituição, mas igualmente na ideia de preservação da ordem pública

1075 Neste sentido, GORLERO, Maurizio P. “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 28.

1076 Assim, BARILE, Giuseppe, “*Costituzione e Diritto internazionale*”, cit., 952-953.

1077 Cfr., para uma aproximação ao tema, MOURA RAMOS, Rui, “Direito internacional privado e Constituição ...”, cit., 210 e ss.

1078 V., a propósito, MOURA RAMOS, Rui, “Direito internacional privado e Constituição...”, cit., 231.

1079 Cfr. HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 16 e ss.; WAHL, Rainer, “*Elemente der Verfassungsstaatlichkeit*”, JuS, 41, 11, 2001, 1041 e 1043.

internacional do Estado local e pode-se desdobrar em dois distintos segmentos de raciocínio:

- 1) em primeiro lugar, pode-se adoptar uma visão lata ou ampla (*superestadual*), defensora da assimilação ou equiparação de todas as normas constitucionais à referida “ordem pública”, em termos de se nela se abranger qualquer inconstitucionalidade e de se submeter todos os actos estrangeiros à correspondente fiscalização da constitucionalidade. Se assim fosse, a abertura do Estado constitucional não seria um dado normativo e estaria ao serviço das conveniências locais de cada ordem.
- 2) em segundo lugar, pode-se adoptar uma visão mais restrita ou limitada, que leve a entender que apenas algumas normas constitucionais – como por exemplo os princípios jurídicos fundamentais ou as normas consagradoras de direitos fundamentais (ou ainda apenas algumas destas¹⁰⁸⁰) – se identificam com a ordem referida. Este modo de ver as coisas, como se compreende quase intuitivamente, significa uma violação do princípio da unidade hierárquico-normativa da constituição¹⁰⁸¹, levando à consideração de normas constitucionais de primeira e normas constitucionais de segunda e à consequente intra-hierarquização.

Assim se vê que nenhuma das soluções apontadas é isenta de críticas ou de reparos diversos. Seja por razões de nacionalismo exacerbado, seja por razões de coerência constitucional interna, a solução purista que qualquer uma das visões acima referida propõe não se mostra juridicamente conveniente. A pedra de toque, segundo cremos, estará na adequada ponderação que se deve procurar efectuar entre os diferentes bens jurídicos em confronto, nomeadamente entre os princípios da unidade e da força normativa da Constituição, por um lado e os princípios da abertura e da adaptação ao Direito estrangeiro, por outro.

É certo que naquelas situações em que se verifique uma *identidade material* entre ordenamentos, em rigor, a violação de um – sob o ponto de vista

1080 Assim, MOURA RAMOS, Rui, “Direito internacional privado e Constituição...”, cit., 233, que defende a bipartição entre *Menschenrechte* e *Bürgerrechte*, reservando somente para os primeiros o poder de afastar Direito estrangeiro.

1081 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1223.

material, insiste-se — implica a violação de outro ou, o mesmo é dizer, uma norma que viole uma Constituição interna de um Estado violará também a do outro e a norma será sempre considerada inconstitucional e inválida. Questão diferente será a de saber se foi como tal declarada no ordenamento do seu Estado de origem.

A solução poderá passar pela criação de um verdadeiro Direito Constitucional Internacional-privatista, ou, como defende MOURA RAMOS, um *internationales Grundrechtsrecht* (“regras de conflitos especiais para a área da Constituição”¹⁰⁸²), mediante a criação de normas constitucionais específicas que procurem fazer a ponderação referida.

Ainda assim, e em todo o caso, enquanto um segmento constitucional como o referido não for criado, entendemos preferível a sujeição do Direito estrangeiro ao juízo de conformidade constitucional no Estado receptor, embora um juízo limitado ao caso em concreto, âmbito onde poderá ceder (“*Bricht*”) em face da Constituição. Assim, não se poderá dizer que se está perante uma expansão inadmissível do Direito constitucional interno em face da soberania de Estados estrangeiros, pois o Direito destes não vê bulida a respectiva validade — cujo parâmetro, recorde-se, é a correspondente Constituição nos termos da sua Norma fundamental —, nem sobre ele vê recair qualquer juízo de censura geral, mas vê tão somente a sua aplicabilidade limitada, num concreto ordenamento, e em relação a um concreto ponto substantivo¹⁰⁸³.

Do mesmo modo, não se pode afirmar que a censura limitada do Direito estrangeiro viole qualquer dos princípios gerais de Direito internacional — que, como sabemos, são parte integrante do nosso ordenamento —, uma vez que nenhum deles prescreve a obrigatoriedade de “aplicação ilimitada” desse tipo de normas por parte dos aplicadores internos¹⁰⁸⁴.

1082 Assim, MOURA RAMOS, Rui, “Direito internacional privado e Constituição...”, cit., 230.

1083 Cfr., neste sentido, BVerfGE 31, 58 (Spanier-Beschluß).

1084 Cfr., mais uma vez, BVerfGE 31, 58 (Spanier-Beschluß) (“...keine Verpflichtung zur uneingeschränkten Anwendung fremden Rechts durch inländische Hoheitsträger...”).

Parte II

A análise normativamente
orientada do ordenamento
jurídico português

§ único: alicerces de uma análise construtiva normativamente orientada

a) ordenamento como um sistema dinâmico

Como já tivemos oportunidade de assinalar em várias oportunidades, o objectivo primordial da presente investigação consiste em estabelecer uma construção sólida e coerente, sob a forma científica de uma “teoria”, no âmbito da ordenação das normas jurídicas, que ultrapasse a mera exposição empírica do sistema de fontes. Ora, seja no plano físico seja no plano espiritual, construir significa muitas vezes, senão quase sempre, unir elementos diversos e atar e amarrar pontas e cabos soltos que, numa primeira análise, aparecem aos olhos do observador de forma desarmónica e inconsequente. No plano jurídico-normativo, as coisas não se passam de modo substancialmente diverso. Um ordenamento jurídico é composto por materiais diversos — as fontes normativas — e no âmbito dos quais se reúnem compostos — as normas jurídicas — também diversos. Por exemplo, falar em Constituição enquanto fonte de Direito pode significar falar em normas escritas ou em normas não escritas; em normas respeitantes a Direito fundamentais ou em normas sobre a produção normativa; em normas plasmadas num texto solene ou em normas espalhadas por textos avulsos e ordinários. Da mesma forma, a referências à “lei” pode querer significar a referência ao acto do parlamento ou ao acto do governo; pode querer significar acto geral e abstracto ou, também acto individual e concreto. É similar se diga a respeito de outras categorias normativas.

Ora, se assim é, parece que se pode sem erro afirmar que a construção de um verdadeiro sistema de fontes — aquele que possibilita a descoberta e compreensão claras do Direito aplicável a cada situação — convoca necessariamente dois problemas constitucionais: (i) o da identificação das fontes e das normas e (ii) o da sua ordenação num complexo coerente (o que passa pela resolução dos problemas que se podem levantar nas relações entre elas)¹⁰⁸⁵.

- (i) O problema da identificação das fontes é, mais ainda do que o segundo dos problemas apontados, uma questão de Direito positivo e constitucionalmente ancorada¹⁰⁸⁶, embora não tenha de ser resolvido de forma expressa pela Constituição. Aqui ganha particular

¹⁰⁸⁵ Assim, RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 99.

¹⁰⁸⁶ Neste sentido, RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 100.

relevo a já por nós referida norma¹⁰⁸⁷, corporizada nas normas sobre a produção e nas normas (gerais) de reconhecimento (HART), que, num ambiente de certeza e segurança jurídicas permitem, em última instância, distinguir o que é e o que não é permitido pelo mundo do Direito – na medida em que se assuma que só a violação das normas que procedem de fontes reconhecidas consubstanciam verdadeiros actos ilícitos. “Identificar” uma fonte significa, neste contexto, a atribuição e o reconhecimento de um *nomen Juris* (Lei, decreto, regulamento, etc.) e a individualização de um regime típico atinente à criação, modificação, aplicação e extinção das normas que tal fonte é apta a introduzir¹⁰⁸⁸.

- (ii) A ordenação das fontes e das normas, sendo igualmente um problema de dimensão constitucional, deixa-se contudo arrastar para considerações mais abrangentes da teoria geral do Direito. Coloca-se aqui em evidência que cada ordenamento é um edifício complexo, formado por uma pluralidade de actos, e todos de diferente natureza: sob o ponto de vista espacial, ao lado Direito local existem os Direitos regional, nacional e europeu comunitário; sob o ponto de vista temporal coexistem o Direito novo, o Direito antigo e o Direito transitório; sob o ponto de vista da formulação exterior, o Direito escrito e Direito não escrito, e assim sucessivamente. Inevitavelmente, a actividade e agitação jurídicas impostas pelo fervilhar das relações sociais convoca continuamente encontros e desencontros normativos, o que leva a que cada ordenamento jurídico deva ser encarado sob um ponto de vista dinâmico, verificando-se que nele se entrelaçam diferentes eixos de tensão e de desencontro, quer num sentido vertical, quer num sentido horizontal. As normas jurídicas não têm todas o mesmo valor gradual nem espaços de abrangência absolutamente apartados, pelo que se torna quase inevitável o conflito: a Constituição pretende revogar Direito legal

1087 V. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 164.

1088 Um exemplo de tal norma de reconhecimento poderá encontrar-se no art.º 112.º da CRP. Trata-se, contudo, de uma norma de reconhecimento imperfeita, porque lacunosa e imprecisa. Lacunosa porque, não obstante a respectiva epígrafe, não são nela identificados muitos actos claramente normativos como os actos de natureza internacional e europeia-comunitária, bem assim como oriundos dos ordenamentos confessionais ou os que se materializam nas decisões do Tribunal constitucional dotadas de força obrigatória geral. Imprecisa, porque não se retira dos seus enunciados linguísticos o recorte do regime jurídico aplicável a cada acto, mas apenas algumas coordenadas identificadoras de certos efeitos produzidos em concreto, como a precedência da lei em relação aos regulamentos ou a forma de transposição dos actos da União europeia. V., a propósito, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição portuguesa anotada”, tomo II, Coimbra editora, Coimbra, 2006, anotação ao art.º 112.º, 260 e ss.

anterior à sua vigência; a lei do Parlamento dispõe em sentido diverso do regulamento administrativo; o acto legislativo do Governo desenvolve as bases editadas pelo Parlamento em sentido com elas contrariante; o tratado internacional contraria o disposto numa lei interna, etc. O papel do cientista/jurista será aqui o de tentar evitar essas tensões e conflitos ou, quando tal não for possível, procurar solucioná-los de maneira harmoniosa e coerente.

b) A normação sobre a normação

Da consideração do ordenamento normativo como um composto ou agregado de materiais diversos e da constatação da necessidade de identificação precisa dos respectivos núcleos produtores, antevê-se já a importância das normas sobre normas¹⁰⁸⁹ e das normas de reconhecimento¹⁰⁹⁰. É através da mediação de tais normas que qualquer actor jurídico-normativo pode concluir pela existência (validade) ou não de determinada norma, bem assim como da respectiva aplicabilidade, em termos de poder dizer que ela pode ou não ser apta a resolver uma concreta situação jurídica. Todavia, e como se intui, a *norma ao quadrado* não resolve, ela própria, tal situação concreta, antes desempenhando um papel fundamentalmente diverso. Ora, atenta a relevância de tal tipo normativo, justifica-se neste passo uma referência apartada e sistematicamente autónoma, não tanto para trazer ao discurso aspectos novos relacionados com a temática, mas mais para procurar enfatizar conclusões já atingidas e que exigem da nossa parte uma insistência que nos parece proveitosa.

O primeiro ponto que nos merece saliência é este: a normação sobre a normação deve (deveria) ter assento constitucional. Na verdade, estando em presença de uma realidade normativa que vai permitir reconhecer as fontes de Direito – e, por essa via, identificar de acordo com princípios de competência e de hierarquia, os modos de criação, modificação ou extinção de todas as outras normas jurídicas¹⁰⁹¹ – justifica-se plenamente que deva ser o poder constituinte, enquanto poder positivo supremo, a distribuir entre essas fontes os poderes constituídos de produção normativa e a dar-lhes guarida. Por isso se defende que é a Constituição a norma positiva que se

1089 V. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 164; NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 9.

1090 V. HART, Herbert L., “O conceito de direito”, cit., 104 e ss.

1091 V. PIZZORUSSO, Alessandro, “*Fonti*”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, 409 e ss; FAVOREU, Louis, “*Droit constitutionnel*”, cit., 161 e ss.

assume como o fundamento de validade de todas as outras¹⁰⁹². Contudo como sabemos — e o ordenamento constitucional português é exemplo disso —, por vezes tal tarefa é assumida pelo legislador ordinário que, em comuns normas legislativas, disciplina a produção de outras normas¹⁰⁹³. Nestes casos, a coerência obriga à consideração de tais normas ordinárias disciplinadoras de produção como normas materialmente constitucionais, com a sua consequente inclusão no parâmetro de constitucionalidade de todas as outras.

O segundo ponto que cumpre referir prende-se com a função que desempenham no cosmos normativo. Aqui, cumpre salientar que as *normas normarum* identificam não apenas o sujeito competente para a produção, como também o *nomen juris* que deve ser utilizado e ainda o respectivo procedimento de formação¹⁰⁹⁴, contribuindo para a formação de um tipo normativo, ao qual está aliada uma determinada força jurídica activa (inovatória) e passiva (de resistência)¹⁰⁹⁵. Neste sentido, pode-se falar em fontes atípicas para significar aquelas situações em que se verifica uma qualquer cisão entre o tipo e a força jurídica referida¹⁰⁹⁶.

c) Insuficiências da construção gradualística e fundamentos de uma tentativa de reconstrução num Estado de Direito parlamentar

E eis-nos chegados a um ponto fulcral de toda a investigação: a delimitação precisa do caminho que, de ora em diante, é nosso propósito trilhar.

Normalmente, dir-se-ia que um trabalho de feição positivista-normativista como o que pretendemos levar a efeito teria como objecto uma construção do ordenamento jurídico que o perspectivasse de acordo com um ponto de vista gradualístico e escalonado, captando as relações normativas como se de meras relações de hierarquia se tratasse. Na verdade, tal enfoque até seria o mais comum tendo em vista as teorias jurídicas elaboradas por autores como KELSEN, BOBBIO ou HART. Todavia, de acordo com o nosso modo de ver as coisas, a construção gradualística pura não está isenta de limitações,

1092 Assim, KELSEN, Hans, “*Der Begriff...*”, cit., 1397.

1093 Veja-se, a título de exemplo, as disposições constantes dos artigos iniciais do código civil ou das leis que aprovam os estatutos político-administrativos das Regiões autónomas.

1094 Cfr. GORLERO, Maurizio P. “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 8.

1095 Assim, GORLERO, Maurizio P. “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 11.

1096 V. GORLERO, Maurizio P. “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 14; MUSACCHIA, Giuseppe, “*Gerarchia e teoria delle norme sulla produzione giuridica...*”, cit., 185 e ss.

as quais, devemos admiti-lo, podem comprometer seriamente algumas das suas mais avaliadas conclusões¹⁰⁹⁷.

No intuito de obter uma maior clareza expositiva e solidez de conclusões, de entre tais limitações salientemos duas, uma relacionada com os actores normativos e outra relacionada com as normas propriamente ditas.

α) O princípio da competência

O primeiro limite que se pode apontar à consideração escalonada de um ordenamento normativo decorre da aplicação do princípio da competência, e significa ele que a graduação entre normas pressupõe a concorrência das possibilidades de produção normativa¹⁰⁹⁸, ou seja a existência de Direito emanado por órgãos com prerrogativas constitucionalmente reconhecidas para tal¹⁰⁹⁹. Na realidade, apenas quando várias fontes são aptas a disciplinar o mesmo padrão de comportamentos ou a mesma matéria é que se pode afirmar que uma das correspondentes normas é superior ou inferior à outra. Tratar-se-á, nestes casos, de uma concorrência hierárquica ou vertical, diferente da concorrência horizontal que se verifica dentro do mesmo grau normativo¹¹⁰⁰, e que terá como consequência a invalidade da norma inferior desconforme, por aplicação dos princípios da constitucionalidade ou da legalidade. No segundo caso, naturalmente (concorrência horizontal) ganhará operatividade a regra *lex posteriori*.

Inversamente, não deve falar-se em graduação de normas nas situações de reservas competenciais¹¹⁰¹. Nestes casos, trata-se de averiguar, não qual é a norma inferior ou superior, mas sim qual é a norma competente, o que significa que a preterição de uma norma atributiva de competências por parte de determinada fonte nunca confere à respectiva norma a força jurídica que uma norma homóloga competente poderia ser apta a desencadear. Não pode assim a norma incompetente revogar, derogar, modificar, suspender ou servir de parâmetro aferidor da validade de outra, supostamente inferior¹¹⁰². Por exemplo, de acordo com esta perspectiva, e em referência ao

1097 V., por exemplo, KOLLER, Peter, "Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues", cit., 111 e ss.

1098 V., a propósito, NACCI, Paolo Giocoli, "Appunti sulle fonti normative...", cit., 17.

1099 V. SCHROEDER, Werner, "Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht...", cit., 28.

1100 Neste sentido, ZAGREBELSKY, Gustavo, "Manuale di Diritto Costituzionale...", cit., 66.

1101 Neste sentido, CRISAFULLI, Vezio, "La legge regionale...", cit., 801 e ss.

1102 É certo, todavia, que enquanto o afastamento da norma viciada de incompetência não se efectuar (v.g., mediante declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) os seus efeitos, em

ordenamento constitucional português, pode-se dizer que (i) um decreto-lei organicamente inconstitucional não prevalece sobre um regulamento administrativo — não o invalidando portanto — e (ii) a norma europeia comunitária emanada fora do âmbito das competências atribuídas à UE não goza do efeito de primado; do mesmo modo, e tomando agora como referência um ordenamento de estrutura federal, pode-se afirmar que a lei federal não conforme às regras de competência constitucionalmente estabelecidas não faz parte da *supreme law of the land*, e, logo, não tem prevalência sobre as normas estaduais¹¹⁰³.

Assim, em modo conclusivo, fixa-se a regra de que o princípio da competência bloqueia a actuação do princípio do escalonamento — a norma competente prevalece sempre, seja sobre a norma incompetente superior seja sobre a norma incompetente inferior¹¹⁰⁴.

β) A diversidade dos relacionamentos internormativos

O segundo limite ao escalonamento prende-se com a diversidade. A constatação, ainda que superficial, da existência de situações conflituais permite atingir uma conclusão que nos parece evidente e que quase se impõe por si própria: a de que a concepção gradualística clássica, não obstante os inegáveis méritos que ainda lhe reconhecemos, revela-se insuficiente para abarcar toda a complexidade de intersecções e cruzamentos normativos que irrompem num agregado normativo actual e complexo. É que, além das relações tradicionais de escalonamento (ou, numa designação que nos parece imprópria, *hierarquia*, como alguns sectores lhes preferem chamar) outros tipos de relações se podem e devem vislumbrar, conferindo ao mundo jurídico uma heterogeneidade e diversidade que a referida concepção parece não alcançar. Dito de outro modo: as relações recíprocas entre actos normativos não se esgotam com a análise de relações hierárquicas, podendo designadamente haver nexos de desvalor entre actos hierarquicamente equivalentes, ou relativamente aos quais o problema do escalonamento nem sequer se coloca.

princípio, produzir-se-ão. Tal poderá acarretar, designadamente, a revogação da norma competente anterior, se bem que temperada com a expectativa da retroactividade da possível anulação da norma incompetente posterior. Esta possibilidade, bem entendido, verifica-se se o ordenamento cominar a incompetência com anulabilidade, caso em que os efeitos da norma viciada se produzem; se, todavia, a sanção for a nulidade o mesmo já não acontece.

1103 V., a respeito, CUOCOLO, Fausto, "*Rapporti fra leggi statali e leggi regionali...*", cit., 68.

1104 Assim, CUOCOLO, Fausto, "*Rapporti fra leggi statali e leggi regionali...*", cit., 68 e 83.

Para nós — e aqui reside um dos pontos-chave da presente investigação —, uma teoria normativa adequada do ordenamento jurídico impõe a verificação de que, no seu perímetro, é possível identificar, à partida, dois tipos de relações entre normas, que dão corpo a outros tantos planos de abordagem¹¹⁰⁵:

- relações de sucessão verticais, arborescentes ou em cascata, que se estabelecem entre normas pertencentes a escalões normativos diversos, e que se situam em diferentes planos de graduação como, por exemplo, as relações entre a norma constitucional e a lei, ou entre esta e o regulamento;
- relações de sucessão horizontais, tramificadas ou em catenária, que se estabelecem entre normas pertencentes aos mesmo escalão normativo, e que se situam em planos de paridade ou equiordenação, como será o caso das relações que se estabelecem entre duas leis do Parlamento ou entre dois regulamentos.

No caso das relações escalonadas — e no seguimento das teses do *sistema dinâmico*, oriundas do círculo jurídico Vienense e que consideram um ordenamento jurídico como um conjunto de actos normativos escalonados gradualmente (KELSEN, MERKL)¹¹⁰⁶ —, torna-se imperioso distinguir a norma inferior e a norma superior, estabelecendo entre elas um eixo unilateral de subordinação¹¹⁰⁷, com a consequente necessidade de “obediência” da parte daquela que se encontra infraordenada. Nestes termos, nos quais o Direito, em termos globais, pode ser perspectivado de uma forma dimensional, o estabelecimento de uma relação de escalonamento terá como consequência atribuir à norma supraordenada (i) uma força jurídica predominante, materializada nas capacidades de revogação, derrogação, desbancamento, modificação, interpretação ou suspensão das normas inferiores e de resistência derogatória em relação a estas¹¹⁰⁸ e (ii) um eventual carácter directivo,

1105 Cfr., a propósito, SAMPER, Christophe, “Argumentaire...”, cit., 336.

1106 Para uma abordagem crítica e proveitosa, onde são apontadas algumas das fraquezas da teoria referida v. KOLLER, Peter, “Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, GRW, 3, 106 e ss; BOROWSKI, Martin, “Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl”, *idem*, 124 e ss. V., ainda, CALVO GARCÍA, Manuel, “Teoría del Derecho”, cit., 135.

1107 Tal eixo unilateral de subordinação não afasta o carácter transitivo e simétrico das relações normativas estabelecidas. Assim, quando a norma A vincula a norma B e esta vincula a norma C, a norma A, naturalmente, também vincula a norma C. Por outro lado, quando a norma C é vinculada pela norma B e esta pela norma A, a norma C também é vinculada pela norma A. Cfr., a propósito, BOROWSKI, Martin, “Die Lehre vom Stufenbau des Rechts...”, cit., 142.

1108 Cfr. DAHM, Georg, “Deutsches Recht...”, cit., 43 e ss.; WALTER, Robert e MAYER, Heinz, “Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrecht”, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996, 3.

no sentido de lhes ser reconhecido da parte do ordenamento – através de uma norma superior sobre a normação – um poder de impor conteúdos às normas inferiores e de constranger uma vinculação material da parte destas, provocando a sua invalidade. Contudo, e convém desde já salientar este aspecto, o estabelecimento de tal nexo de escalonamento não conduz necessariamente ao estabelecimento de um correspondente nexo material, podendo dar-se a situação de a norma hierarquicamente supraordenada não querer ou não poder traçar directivas materiais às normas infraordenadas. Por outro lado, e sem embargo de retomarmos estes assuntos num estado mais avançado da presente investigação, pode-se procurar concluir a referência a esta ideia de graduação salientado, sem grande margem de erro, que o grau de supraordenação é inversamente proporcional à quantidade de normas que integram um determinado escalão, podendo-se dizer que quanto mais se ascende um grau, menos são as normas e mais genéricas elas se apresentam; inversamente, quanto mais se desce, maior é o seu número e mais denso o seu substrato¹¹⁰⁹.

No caso das relações em catenária, diferentemente, os eixos de tensão que se verificam situam-se num plano de horizontalidade, o que vale por dizer que os conflitos surgem entre normas de valor idêntico. Será o caso, por exemplo, do conflito entre dois regulamentos administrativos, um geral e outro especial; ou entre duas leis, uma de aplicação territorial ampla e outra de aplicação territorial mais restrita; ou ainda entre uma lei que fixa os quadros directivos da norma de um determinado núcleo material e o correspondente decreto que a desenvolve. Em todas estas situações, a tensão verificada será libertada através de um choque longitudinal unilateral, que, posteriormente, poderá implicar a derrogação, desbancamento, modificação, interpretação ou suspensão de uma das normas em causa, ou, em situações extremas, o seu afastamento (revogação). O que importa destacar, por agora, é que, enquanto esse afastamento do ordenamento no caso das relações hierárquicas quase se mostra necessário – atenta a impossibilidade de coexistência de uma norma desobediente com a sua superiora – e é feito mediante invalidação (anulação, declaração de inexistência ou declaração de nulidade), aqui, quando estamos perante relações paritárias, pode ser uma de entre várias soluções.

1109 V., a propósito, BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*” in *Teoria generale del Diritto*, Giappichelli ed, Torino, 1994, 182 e ss. Contudo, não se pode retirar do que ficou referido no texto a conclusão de que um critério de generalidade poderá ser baseante do estabelecimento de uma escalonamento normativo, em termos de se afirmar que as normas gerais seriam superiores às normas mais concretas. Assim, v. CARRÉ DE MALBERG, R. “*Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés...*”, cit., 25.

Sob o ponto de vista material, quer num caso quer no outro, podem estabelecer-se eixos de dependência muito diversos, constatando-se que as normas são aptas a desempenhar uma função de legitimação da produção, complementação ou desenvolvimento, limitação, modificação, etc.¹¹¹⁰

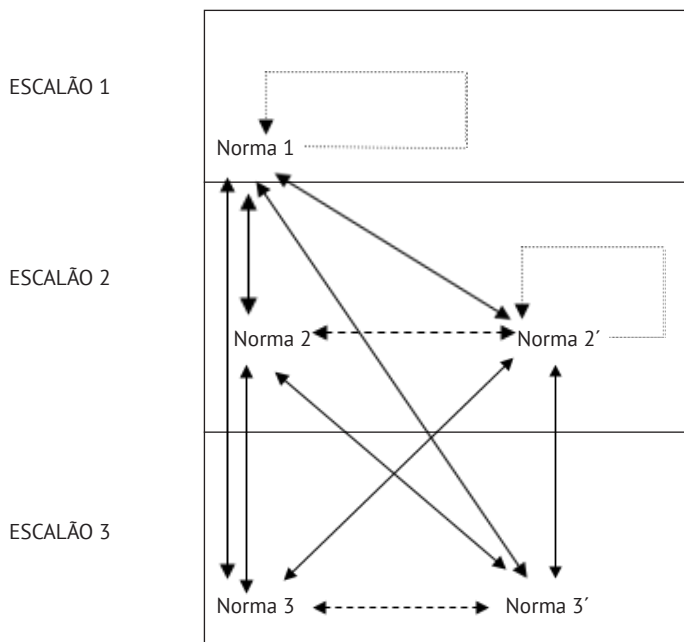
Mas não apenas este tipo de relações se podem vislumbrar num agregado que se possa qualificar como ordenamento normativo. Um terceiro tipo, e não despreciando, poderemos ainda entrever: as relações circulares¹¹¹¹. Trata-se de um novo paradigma de abordagem dos ordenamentos normativos que se queiram assumir como sistemáticos e coerentes e impõem a constatação de que algumas das normas que os compõem assumem características autoreferentes, em particular, estipulam acerca da sua própria disciplina jurídica, seja de uma forma directa (auto-referencialidade imediata), seja de uma forma indirecta (auto-referencialidade mediata). A maior parte das vezes, tal configuração tem na sua génese propósitos de delimitação conceptual ou de regime material, embora também possa ser utilizada como um meio de fixação de eficácia temporal ou espacial ou ainda como um modo de produção normativa. A Constituição é, neste particular, um exemplo modelar, designadamente quando prevê normas que disciplinam a sua própria revisão ou alteração. Mas não só. Também fora da órbita Constitucional, quer a jusante, quer a montante, pode ser feita referência a fenómenos de circularidade normativa. No primeiro sentido, pode-se trazer à reflexão as considerações atinentes à justificação da Norma fundamental enquanto elemento unificador da pluralidade normativa em que um ordenamento se decompõe: que outra fundamentação parecerá aceitável senão a de que tal norma se justifica por si própria? No segundo, basta pensar nas inúmeras leis que estabelecem acerca da sua própria entrada em vigor (“a presente lei...”).

Naturalmente que num ordenamento complexo, com núcleos de produção diferenciados e por vezes sobrepostos, as relações referidas entrecruzam-se e densificam-se em teias relacionais por vezes difíceis de destrinçar, verificando-se no mesmo momento situações onde norma inferior e norma superior, ou duas normas da mesma patente, se arrogam à disciplina jurídica da mesma situação ou se negam a concedê-la.

1110 Cfr., a propósito, MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “*La seguridad jurídica en la configuración del Derecho...*”, cit., 309.

1111 Cfr. SAMPER, Christophe, “*Argumentaire...*”, cit., 336.

Com efeito, o mais comum será, a um tempo, encarar o ordenamento da seguinte maneira (Rep. XVIII):



↔ – relações em cascata (escalonamento)

↔ – relações em catenária (equiposicionamento, paridade)

→ – relações de circularidade (autoreferência)

(Rep. XVIII)

Antes de prosseguirmos, algumas notas, eminentemente metodológicas, devem ser realçadas. Neste campo, adoptaremos uma postura, por assim dizer, combinada, o que significa que rejeitamos a dicotomia exluente de-dutivismo/indutivismo, e antes defendemos que o conhecimento pode, com validade, constituir a simbiose de ambos. Na realidade, e aproveitando a lição de ROSS (que nos parece, ainda hoje, valiosa), pode partir-se de uma

base empírica, e, a partir dela, formular princípios (gerais) que, subsequentemente, passarão a constituir a base da análise¹¹¹². Em termos jurídicos, a ideia que pretendemos transmitir é a de que uma análise construtiva de um ordenamento jurídico que se queira normativamente orientada – que se sustente num normativismo descritivo e não expressivo, pois trata-se de uma doutrina *concerning norms* e não *of norms* não tendo por objectivo estabelecê-las, mas descrevê-las¹¹¹³ – só pode ser conseguida a partir dos dados de um ordenamento jurídico concreto¹¹¹⁴. Isto porque os conceitos jurídicos com os quais vamos trabalhar – lei, Constituição, regulamento, autorização, bases, etc – não são conceitos tão abstractos que se generalizem a todos os ordenamentos. Pelo contrário, só através de uma análise minimamente empírica – partindo dos dados já existentes num determinado ordenamento e daí retirando as consequências jurídicas – é que tal tarefa pode ser levada a cabo. Teremos de trabalhar então em termos de validade formal e nunca de conteúdo, pois não existe um conceito universal material de cada acto normativo, mas só um conceito (formalmente adaptado) para cada ordenamento e que, por esse motivo, só será importante enquanto expressão de um escalão desse mesmo ordenamento, nada mais¹¹¹⁵. Agora, a partir de tal base indutiva poderemos, com rigor, adoptar uma postura dedutiva, procurando formular princípios gerais aos quais todas as soluções normativas se deverão subsumir, até porque “preceitos normativos só se podem fundar noutros preceitos normativos”. Daí a “simbiose” referida.

d) Sequência

Será tendo em atenção todas as considerações precedentes que adoptaremos as coordenadas de sistematização do desenvolvimento subsequente do presente trabalho, debruçando a nossa atenção, sucessivamente, sobre as relações de escalonamento, de equiordenação e de reflexividade. Começamos pelas primeiras, naturalmente, procurando enquadrá-las devidamente.

1112 A este propósito, na ciência do Direito, ALF ROSS distingue a sociologia do Direito (*law in action*) e a dogmática jurídica em sentido amplo (respeitante ao estudo doutrinal do Direito, ao conteúdo “ideal e abstracto” da norma jurídica). Dentro desta, pode ainda subdistinguir-se a ciência do Direito comparado, a história do Direito e a dogmática jurídica em sentido restrito (que se refere ao Direito actualmente vigente numa determinada sociedade). Assim, v. ROSS, Alf, “*On law and justice*”, cit., 19 e ss. Note-se que como o próprio autor salienta, “*law in action and norms of law are not two independent spheres of existence, but different sides of one and the same reality. It is possible therefor to speak of two view points, each mutually presupposing the other*”. Completando a abordagem, v. MARÍN, R. HERNÁNDEZ, “*Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross*” cit., 221.

1113 Assim, ROSS, Alf, “*On law and justice*”, cit., 19.

1114 Cfr. BOROWSKI, Martin, “*Die Lehre vom Stufenbau des Rechts...*”, cit., 123.

1115 V., a propósito, ROSS, ALF, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 371 e ss.

As exigências constitucionais preconizadas pelo princípio do Estado de Direito — particularmente aquelas que se fazem sentir no domínio da segurança jurídica — procuram garantir aos diversos actores um nível mínimo de clareza e determinabilidade das normas jurídicas e das suas disposições. Tal garantia manifesta-se não apenas ao nível dos enunciados linguísticos em que elas se revelam mas igualmente ao nível da coerência articulatória do corpo em que se integram, nomeadamente mediante a criação e exposição de *regras de conflitos* que procurem sanar os dissídios que eventualmente surjam.

Deve-se aqui recordar que, na nossa perspectiva, é absolutamente indispensável a integração da norma num complexo mais vasto do qual faça parte — o ordenamento jurídico — e a assunção da consequência de que apenas se poderá designar como tal (isto é, apenas se poderá designar como verdadeiramente *jurídica*) a norma que, além de integrada, seja reconhecida pelo ordenamento. Só dessa forma se poderá estabelecer uma teia de conexões lógico-formais que permita relacionar as várias normas e colocá-las em relações de contacto coerentes, apesar da evidente disparidade quanto à sua origem, conteúdo e finalidade. A maneira mais satisfatória de estabelecer a referida “teia de conexões lógico-formais” é assumindo que o fenómeno jurídico é, por natureza, um fenómeno pluridimensional e estratificado (*Mehr-Ebenen-Rechts*), devendo ser distinguidas fontes e normas infra- e supra colocadas, e, conseqüentemente fontes e normas preferentes e não preferentes (ou desbancadas) (*Vorrang und Nachrang*)¹¹¹⁶.

Parece igualmente claro que o estabelecimento de uma ordenação ou escalonamento entre os vários actos que podem ser alvo de aplicação jurídica não poderá ser feita de uma forma absolutamente empírica e casuística. As inelimináveis exigências de clareza e determinabilidade de uma tarefa jurídica não permitem que a solução de problemas se deixe arrastar para um concretismo perigoso e inconsequente, pelo que só através de uma abordagem adequadamente geral poderemos chegar a resultados convincentes. Por conseguinte, deve-se assumir, desde já, que tal generalização passa pelo enquadramento das normas jurídicas em escalões e pela consideração do seu carácter supra e infra ordenado.

Finalmente, recordemos as considerações filosófico-analíticas que desenvolvemos na introdução da presente investigação e que não poderiam aqui

1116 Cfr. HAVERKATE, Görg, “*Materiale und formale Hierarchien...*”, cit, 2002, 1178; RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 105.

deixar de ter importantes consequências: o escalonamento a que nos propomos dar corpo não passará, evidentemente, pela consideração da correcção material de tais normas, em termos de se dizer, por exemplo, que a lei X prevalecerá, no momento da sua aplicação, sobre a lei Y por ser mais justa ou bondosa sob o ponto de vista jurídico. A volatilidade e a disparidade dos conceitos de justiça a tal se opõem. A este propósito, e sem pretender deslocar em demasia a retórica discursiva do tema sobre o qual nos debruçamos, não podemos deixar de (re)colocar em evidência que, neste âmbito, as tomadas de posição dependerão, em larga medida, da postura que se adopte no quadro da resposta à pergunta “o que se deve entender por Direito?”. Procurámos defender, defendemos aqui e procuraremos defender ao longo desta investigação que o Direito tem propriedades eminentemente descritivas e não propriedades valorativas – o Direito é direito porque criado de uma determinada forma, não porque portador de uma determinada mensagem ou de um determinado conteúdo. O Direito, mesmo que valorativamente antagónico em relação às concepções (ético-morais) dominantes, não deixa de ser Direito e, como tal, não deixa de ser vinculante¹¹¹⁷.

Por conseguinte, a pedra de toque situa-se na tomada em consideração de argumentos de ordem formal pois esses trazem consigo as vantagens da segurança applicativa, uma vez que são independentes (ou são menos dependentes) das oscilações valorativas que perpassam os ordenamentos.

Que pontos de apoio se podem utilizar para delimitar o alcance dos diferentes escalões e que caminhos seguir para se atingir a referida segurança applicativa é questão que se deixa enredar por considerações variadíssimas e muitas das quais extravazam o âmbito estritamente jurídico, arrastando o discurso para terrenos mais próprios da sociologia (v.g., teses atinentes à legitimidade material das decisões), ou da filosofia (como as doutrinas jusvalorativas ou axiológicas). Para nós, o critério decisivo terá natureza formal¹¹¹⁸ e será o da titulação, por parte de alguns actos normativos, de

1117 Uma contra-argumentação sedutora neste domínio será a que traz à discussão o argumento de que, em face de uma norma injusta – na medida em que essa injustiça arraste o vício da desconformidade à Constituição – o juiz sempre se poderá recusar a aplicá-la, pelo que tal norma, nesse caso e na prática, perderá toda a sua vinculatividade e, por essa via, deixará de ser considerada uma norma jurídica. Contudo, tal argumentação, além de sedutora é também extremamente redutora. Se é certo que o juiz se pode recusar a aplicar uma norma por motivos de discordância com a correcção valorativa do seu conteúdo, não é menos certo que ele não se configura como o único aplicador de normas jurídicas. Ao seu lado temos igualmente os órgãos administrativos que não dispõem de tais prerrogativas de recusa de aplicação, pelo que a norma, mesmo que eventualmente – repetimos: eventualmente – injusta não deixa de ser, por isso, norma.

1118 V., a propósito, DAHM, Georg, “*Deutsches Recht...*”, cit., 43 e ss.; WALTER, Robert e MAYER, Heinz, “*Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrecht*”, cit., 3.

uma acrescida força normativa, nas relações de natureza consequente que podem estabelecer com outros actos. A consequência mais significativa da consideração escalonada de um ordenamento reside na especial força jurídica que alguns actos possuem em relação a outros, mais precisamente, a especial força jurídica que os actos dos escalões superiores possuem em relação as actos dos escalões inferiores, em termos de resistirem às suas investidas derogatórias. Significa isto que os actos supraordenados podem revogar, derogar, desbancar (preferir), modificar, suspender e interpretar os actos infraordenados e não podem por estes ser revogados, suspensos ou interpretados.

Além disso, em inúmeros casos – embora não em todos pelo que, ao contrário do que sucede com a *derogatorische Kraft*, não estamos a falar de uma relação necessária –, além desta capacidade derogatória, os actos supraordenados constituem o parâmetro aferidor da conformidade jurídica (validade) dos actos infraordenados, isto é estes apenas serão actos conformes ao Direito se respeitarem as prescrições contidas de uma forma expressa ou implícita nos primeiros.

Em resumo, os actos infraordenados possuem um poder normativo de menor força, traduzido na impossibilidade de estabelecer uma disciplina contrária à norma superior¹¹¹⁹.

A partir daqui, permite-se, no âmago de cada ordenamento normativo, a fixação de um esquema de derivação em cascata e de cadeias de validade que legitimam a produção normativa interna em cada um dos níveis, assumindo-se que uma determinada norma para existir (ou, para alguns como BOBBIO ou Kelsen, *para ser válida*¹¹²⁰) deverá respeitar os preceitos da norma superior e/ou nela se fundar.

Resta acrescentar que a nossa análise vai efectuar-se do grau mais elevado – o que diz respeito às dimensões constituintes básicas do ordenamento – para o grau mais baixo – o que diz respeito às normas meramente aplicativas –, na medida em que se aceita que a norma de grau superior legitima e condiciona a norma de grau inferior e a sua produção.

1119 Assim, BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 219.

1120 Cfr. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 164.

Divisão I

Relações de escalonamento

Subdivisão I

As dimensões constituintes
fundamentais

1. Norma fundamental e constituição

Nenhum arranjo ordenatório, independentemente do domínio onde se pretenda impôr, consegue assumir-se como tal se não assentar num estrado ou num esteio suficientemente sólido que o permita equilibrar-se e, mais do que isso, sustentar-se. Ao nível jurídico-normativo, esta constatação revela a necessidade de indagar quais as estruturas fundantes e últimas de um certo ordenamento, os alicerces a partir dos quais todos os escalões serão construídos, tarefa à qual já dedicamos a nossa atenção aquando da análise do predicado da *unidade* do ordenamento jurídico, concluindo então que tal substracto unificador era fornecido pela Norma fundamental (*Grundnorm*). Esta, como então deixamos assinalado, assume-se como uma norma pré-concebida e de natureza lógica que desempenha um duplo carácter unificador e atributivo¹¹²¹.

Pois bem, acercamo-nos do momento adequado para problematizar esta questão tendo por referência o ordenamento jurídico português.

A Norma fundamental procura, em primeiro lugar, prosseguir uma função unificadora. Significa tal afirmação que um agregado normativo só se conseguirá sustentar como verdadeiro ordenamento se todos os seus elementos – as diversas normas jurídicas – se reconduzirem a um núcleo redutor que os identifique e os interligue num tecido uniforme. Por isso, já atrás dissemos que um ordenamento, mais do que um mero conjunto, significa um conjunto ordenado de normas, unificadas por uma norma a todas comum que, não obstante lhes não fixar directivas materiais respeitantes ao conteúdo, fixa o seu fundamento último de validade¹¹²². Tal pressupõe – também já o afirmamos – um procedimento escalonado de reconhecimento¹¹²³, no âmbito do qual a norma inferior se integrará no agregado se for reconhecida pela norma superior, e esta, por sua vez, pela superior, até chegarmos à norma última, que se manifesta sob a forma de *postulado* ou proposição primária, que se impõe por convenção ou por constatação de evidência.

1121 Cfr., a propósito, ROSS, ALF, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 350 e ss; Kelsen, “*Was ist ein Rechtsakt?*”, cit., 1382, 1393).

1122 Cfr. supra, pp. 197 e ss e 232 e ss. Recorde-se que fixamos, então, o seguinte conteúdo para a *Grundnorm*: se uma norma foi correctamente criada, é socialmente eficaz, e tem uma pretensão de correcção material, deve ser obedecida.

1123 V. LUCAS PIRES, “«Competência das competências»: competente mas sem competências?”, cit., 354.

E aqui chegamos à segunda função da Norma fundamental: a função atributiva ou normadora inicial, a génese orgânica do ordenamento, a “fonte das fontes”¹¹²⁴. Com efeito, no âmbito de uma teoria normativamente orientada do ordenamento jurídico, não pode deixar de reconhecer-se que é ela que confere legitimidade jurídica ao poder constituinte originário, assumido este como poder jurídico-normativo inicial de qualquer ordenamento, e reveste as decisões constituintes — que enquanto meras decisões fácticas ou sociológicas, não são jurídicas — do necessário invólucro de validade (juridicidade)¹¹²⁵. O poder constituinte, neste quadro, surge, não de uma constatação empírica de determinado facto (v.g., revolução), mas da pré-existente juridicidade¹¹²⁶, manifestada, nomeadamente através de um procedimento pré-determinado (v.g., referendário) e de uma noção normativizada de povo.

Posteriormente, esse mesmo poder constituinte cria novos centros de produção jurídica — internos (v.g., lei, regulamento, jurisprudência) ou externos (Direito Europeu comunitário, Direito Internacional) —, por si autorizados, e irradia a *ideia de Direito* inicial em todas as direcções¹¹²⁷.

Pode-se assim concluir que *Norma fundamental* e *Constituição* não se mesclam, embora se possam, naturalmente, relacionar. A primeira constitui o ponto aglutinador da multiplicidade normativa, enquanto a segunda, embora a um nível superior, *faz parte* dessa multiplicidade normativa¹¹²⁸; por outro lado, sob o ponto de vista ontológico, a Norma fundamental é uma norma apenas pensável, pré-concebida e pré-suposta, ao passo que a segunda é já uma norma dada, real e concreta, pelo que uma encerra uma componente exclusivamente lógica (transcendental), enquanto a outra encerra uma componente lógico-empírica.

Acabamos de dizer que a Constituição é “uma norma”. Contudo, em defesa do rigor analítico por que tanto temos pugnado — e sempre acentuando o

1124 Assim, BOBBIO, Norberto, “Teoria...”, cit., 182.

1125 Cfr. BOBBIO, Norberto, “Teoria dell’ordinamento giuridico”, cit., 189 e ss.; Kelsen, Hans, “Der Begriff der Rechtsordnung”, in “Die Wiener rechtstheoretische Schule”, cit., 1395; “Manuskript, 15.4.1959”, in Kelsen, Hans e Klug, Ulrich, “Rechtsnormen und logische Analyse (Ein Briefwechsel 1959 bis 1965)”, cit., 14; Schilling, Theodor, “Rang und Geltung von Normen...”, cit., 161.

1126 Neste sentido, FAVOREU, Louis, “Droit constitutionnel”, cit., 80; RUBIO LLORENTE, Francisco, “Prologo” à obra de REQUERO PAGES “Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...”, cit., XIII.

1127 Cfr. NACCI, Paolo Giocoli, “Appunti sulle fonti normative...”, cit., 29.

1128 Assim, por exemplo, Schilling, Theodor, “Rang und Geltung von Normen...”, cit., 161.

enfoque normativo, em detrimento do político, sociológico ou axiológico¹¹²⁹ — será conveniente perspectivar a realidade constitucional com uma dimensão plural que a encare, não como uma norma, mas como um conjunto de normas. Tal conjunto, e aproveitando a lição de doutrina mais autorizada¹¹³⁰, tem como referente as “estruturas fundamentais da sociedade [*grundlegende Strukturen der Gemeinschaftsordnung*]¹¹³¹, ou, em sentido próximo, *rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*”¹¹³²] e do Estado”, abrangendo (i) os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica (princípios fundamentais), (ii) as dimensões estruturantes das posições jurídicas subjectivas (Direitos Fundamentais) e (iii) a “normação sobre a normação” (as normas secundárias referidas por HART¹¹³³ ou “normação ao quadrado” de BOBBIO¹¹³⁴).

Significa isto que a Constituição deverá abranger os modelos comunicativos portadores dos padrões básicos de comportamento que enformam um determinado modelo social, devendo também ser observado que o referido conjunto de normas poderá ou não ter origem numa decisão constituinte — se o tiver, fala-se em normas formalmente constitucionais, caso contrário em normas (apenas) materialmente constitucionais¹¹³⁵.

Por outro lado, referir que a Constituição é uma norma significa trazer ao discurso a nota da normatividade que sempre a deve acompanhar (*princípio da normatividade da Constituição*), significativa da ideia de que — como refere por exemplo Reiner WAHL¹¹³⁶ — não estamos em presença de uma mera declamação, declaração ou programa político, mas de autêntico

1129 No sentido da consideração da Constituição como *Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit*, v. SCHMITT, Carl, “*Verfassungslehre*”, cit., 20 e ss. Cfr., ainda DI FABIO, Udo, “*Grundrechte als Werteordnung*”, cit., 5 e HERDEGEN, Matthias, “*Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin*”, cit., 876.

1130 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1338; MIRANDA, Jorge, “Teoria do Estado e da Constituição”, Coimbra editora, Coimbra, 2002, 465. V. ainda, quanto ao problema do conteúdo da Constituição, BURDEAU, Georges, “*Manuel de Droit Constitutionnel*”, cit., 69 e ss.

1131 V. MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, 30.^a ed., C.H.Beck, München, 1988.

1132 V. HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 10 e ss; GRIMM, Dieter, “*Braucht Europa eine Verfassung?*”, cit., 582.

1133 Cfr. HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, cit., 104 e ss.

1134 Cfr. BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 164.

1135 V. BURDEAU, Georges, “*Manuel de Droit Constitutionnel*”, cit., 57, HERZOG, Roman, “*Allgemeine Staatslehre*”, cit., 309 e ss.

1136 Cfr. WAHL, Rainer, “*Elemente der Verfassungsstaatlichkeit*”, JuS, 41, 11, 2001, 1041 e 1043. HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 16 e ss.

Direito vinculativo. Tal estatuto de vinculatividade ganha particular corpo na força acrescida que a Constituição tem em face de todos os outros actos jurídico- normativos e, particularmente, no seu carácter rígido¹¹³⁷.

Fala-se aqui em elementos ou pilares da constitucionalidade para significar o núcleo irreduzível da teoria do Estado constitucional, que abarca, (i) além da referida normatividade, (ii) a autoridade normativo-positiva máxima da Constituição (constituindo o cume de uma construção gradual e escalonada) e a (iii) existência de uma jurisdição constitucional autónoma¹¹³⁸.

2. O pessimismo Constitucional e a problematização do conceito de Constituição

A Constituição, nas dimensões apontadas, atravessa inegavelmente um período de crise, motivado por algum desespero que se tem manifestado, não apenas ao nível das suas finalidades intrínsecas (problematização teleológica), mas igualmente ao nível do seu *lugar no mundo* (problematização existencial).

Procuremos averiguar em que medida.

2.1. Primeira problematização: paradigma da sociedade avançada e pós-avançada (constitucionalismo *versus* constitucionalismos)

Pode afirmar-se, sem grande margem de equívoco, que a modernidade, baseada no primado da razão¹¹³⁹ e na constante tensão entre ser e dever-ser,

1137 Cfr., a propósito, NACCI, Paolo Giocoli, "Appunti sulle fonti normative...", cit., 30; LABRIOLA, Silva-no, "Le garanzie istituzionali per la protezione della costituzionalità", in RTDP, 1990, 1, 32 e ss.

1138 Assim, WAHL, Rainer, "Elemente der Verfassungsstaatlichkeit", cit., 1042. V., ainda, com interesse, BRUGGER, Winfried, "Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes", in AöR, 126, 3, 2001, 338 e ss.; GROTE, Rainer, "Rechtskreise im öffentlichen Recht", cit., 39 e ss.

1139 A crença inabalável na razão e nos esquemas racionalistas de pensamento teve como consequência quase inevitável a colocação da ciência no centro da compreensão moderna da existência. O mundo, para esta concepção, é constituído por ordenações várias cientificamente sistematizadas e racionalmente fundadas, baseadas em leis abstractamente formuladas e susceptíveis de apreensão pelo intelecto humano. A ciência moderna é assim uma ciência que assenta em narrativas várias — consenso, paz universal, emancipação do sujeito — o que, numa perspectiva pós-moderna provoca uma proximidade indesejável, uma vez que a ciência e as narrativas e metanarrativas deveriam estar em contradição. V., a propósito, LYOTARD, Jean-François, "A condição pós-moderna.", cit. 11, onde se pode ler: "A ciência está originariamente em conflito com as narrativas. De acordo com os seus

procurou propor ao Homem os caminhos da prosperidade. O Estado impôs-se como o centro e o vértice dos principais modelos de existência humana (e dos modelos jurídicos em particular¹¹⁴⁰) e afirmou-se progressivamente como o orientador que procurava conduzir os destinos individuais, enquanto a Constituição encarnou o papel de arquétipo, procurando estabelecer, com base na fórmula do “Estado social e democrático de Direito” um paradigma existencial que tinha como referente uma fórmula de “sociedade avançada”. Estamos no domínio das metanarrativas, grandes récitas omni-compreensivas e totalizantes que conferem à história um significado certo e unívoco, transportam a emancipação da humanidade e dão sentido à vida dos homens¹¹⁴¹.

Naturalmente que só um Estado sociológica e juridicamente maduro o poderia fazer e, nessa medida, estamos com GOMES CANOTILHO quando afirma que tal “sociedade avançada” pressupõe um Estado que resolveu o problema da legitimidade e legitimação do poder e, após isso, dá resposta a questões de solidariedade social, “através de esquemas político- estatais socialmente comprometidos”¹¹⁴².

Contudo, este modelo poderá estar gasto e já ter esgotado as suas virtualidades. Com o “desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação”¹¹⁴³, questiona-se actualmente se não se estará já numa fase de tipo “pós- avançada”, informal¹¹⁴⁴, mais preocupada com as questões da sociedade tecnológica – cujo principal problema são a insegurança e a exposição do risco¹¹⁴⁵ – e da sociedade de informação – a braços com a questão da dissonância cognitiva. Paralelamente, irrompem os protótipos auto-referenciais e

próprios critérios, a maior parte destas aparecem como fábulas. Mas a ciência, do mesmo modo que se não reduz à enunciação de regularidades úteis e procura o verdadeiro, tem de legitimar as suas próprias regras do jogo. (...) Quando (...) recorre a esta ou àquela grande narrativa (...) decide-se chamar «moderna» (...).”

1140A respeito desta concepção monista de Direito, v., entre outros, ARNAUD, André – Jean, “*Entre modernité et mondialisation...*”, cit., 1998.

1141 Neste sentido, GOMES CANOTILHO, “Novos questionamentos da teoria da Constituição”, in “*The Spanish Constitution in the european constitutional context*”, Francisco Segado (org.), Dykinson, Madrid, 2003, 151.

1142 V. “Novos questionamentos da teoria da Constituição”, cit., 140.

1143 V. LYOTARD, Jean-François, “A condição pós-moderna”, cit., 12; LINDAHL, Hans, “*Sovereignty and the institutionalization of Normative order*”, cit., 167.

1144 V., a propósito, BERTI, Giorgio, “*Stato di Diritto informale*”, in RTDP, 1992, 1, 3 e ss e PÜTTNER, Günter, “*Lo Stato di Diritto informale*”, idem, 31 e ss.

1145 V., a propósito, ZUMBANSEN, Peer, “*Die vergangene Zukunft des Völkerrechts*”, in KJ, 34, 1, 2001, 54-55.

auto-poiéticos, legitimadores da existência de uma sociedade auto-dirigida, equiordenada e desestadualizada, sem centro e sem topo, e sem direcção política imperativamente conformadora (LUHMANN, TEUBNER, HELMUTH WILKE, MacCORMICK)¹¹⁴⁶.

Neste contexto, entendendo-se que a razão mais não é do que a imposição da normalização e de *standards* ou padrões generalistas (o esmagamento dos actores pelo sistema¹¹⁴⁷) a Constituição deixa de ser um processo uno e condensador de várias sensibilidades diferentes (dimensões jurídico-políticas básicas), e defende-se a existência de vários constitucionalismos e de várias teorias da constituição consoante as visões societais¹¹⁴⁸. Paralelamente, o Estado – que, na ânsia de generalização, cria desigualdades, reduz os movimentos culturais, tecniciza e burocratiza a sociedade¹¹⁴⁹, monetariza os valores e acelera a degradação ambiental¹¹⁵⁰ – decompõe-se num duplo sentido, ascendente (supra-estadualização) e descendente (infra-estadualização)¹¹⁵¹. Por isso, a Constituição já não pode ser vista como o estatuto jurídico do político, pois os decisores – e actores – sociais mudaram. Na sociedade de regulação as tomadas de decisão são cada vez mais levadas a cabo por uma classe de empresários, representantes sindicais, banqueiros, líderes religiosos, etc., aglutinados em corpos diversos¹¹⁵² (corporativismo).

Enfim, o racional e o íntimo (espiritual) estão cada vez mais em conflito, e este último terá tendência a ser valorizado, emergindo as “culturas das minorias” (*individual cultures*) que reclamam também um lugar de destaque: os negros, os homossexuais, os estrangeiros, os deficientes, etc., terão

1146 Cfr., a propósito, LINDAHL, Hans, “Sovereignty and the institutionalization of Normative order”, cit., 170 e ss.

1147 V., a propósito, TOURAINE, Alain, “Critique de la modernité”, ed. Fayard, Paris, 1992, 12.

1148 Assim, GOMES CANOTILHO, “Novos questionamentos da teoria da Constituição”, cit., 143.

1149 Veja-se a curiosa relação entre a “artrose burocrática” e os novos jogos de linguagem em LYOTARD, “A condição pós-moderna”, cit., 44, e ainda TURNER, Bryan, “Periodization and politics in the postmodern”, cit., 6.

1150 Neste sentido, TOURAINE, Alain, “Critique de la modernité”, cit., 13.

1151 V. SORRENTINO, Federico, “La nascita della Costituzione Europea: un’istantanea”, in “The spanish Constitution in the european constitutional context”, Francisco Segado (org.), Dykinson, Madrid, 2003, 222. Acerca do tema de um eventual “declínio” do Estado, cfr. o tomo 21 dos ArchPhD, precisamente intitulado “Genèse et déclin de l’État”.

1152 Cfr. LYOTARD, “A condição pós-moderna”, cit., 39, 40.

direito ao *seu* Direito¹¹⁵³. Por conseguinte, um novo direito fundamental terá tendência a afirmar-se: o direito à diferença, e nos quadros culturais de uma era de pós-modernidade já não haverá lugar para uma Constituição programática, dirigente, vinculativa, tradutora de um “programa generalista da sociedade”. As emergências das minorias impedem os programas generalizadores e globalizadores, despreocupados com o irracional e íntimo, com o afectivo e escondido. Neste contexto, as fórmulas de “construção de sociedades” ou de “transições” para determinados modelos pré-estabelecidos tendem a desaparecer.

Paralelamente, questiona-se a filiação teórica dos conceitos de “Constituição”, “Democracia”, “Estado de Direito”, etc., e a sua eventual abertura a um nova interpretação des-estadualizada¹¹⁵⁴.

2.2. Segunda problematização: a abertura da Constituição

Como vimos, num contexto em que esteja ligada ao Estado, a noção de Constituição é quase directa e até intuitiva, remetendo para o *estatuto jurídico* deste¹¹⁵⁵, tendo a sua teorização quase sempre sido feita na base do estudo de uma *Staatsverfassung*¹¹⁵⁶. Contudo, a retórica argumentativa desloca a sua tónica e reclama-se uma dupla mudança: por um lado, fala-se na “*Notwendigkeit nicht-staatszentrierter Begriffe*” (RAINER WAHL¹¹⁵⁷) e, por outro lado, acentua-se a ideia de que, com as mudanças na configuração do Estado e das suas funções, deve a noção de Constituição ser aberta (*muß auch der Begriff der Verfassung offener sein*¹¹⁵⁸). Deste modo, os problemas

1153 A estas minorias sociológicas, outras — as minorias jurídicas, isto é, resultantes de um insuficiente ou inadequado tratamento jurídico — terão de ser acrescentadas, como por exemplo, o caso das mulheres, frequentemente “em minoria” nos órgãos decisórios.

1154 Cfr., a propósito, WAHL, Rainer, “*Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?*”, cit., 919.

1155 Assim, nomeadamente, MIRANDA, Jorge, “Teoria do Estado e da Constituição”, Coimbra editora, Coimbra, 2002, 464. Acerca da ligação (ou não necessidade dela) entre Constituição e Estado, v. MÖLLERS, Christoph, “*Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa*”, in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*, Von Bogdandy (org.), Springer Vlg., Heidelberg, 2003, 18 e ss.

1156 Cfr. HERBST, Tobias, “*Legitimation durch Verfassungsgebung...*”, cit., 28.

1157 Cfr. “*Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?*”, cit., 917.

1158 V. PERNICE, Inglof, “*Die Europäische Verfassung*”, cit., 1324. Esta ideia de abertura — que Klaus VOGEL, apud KIRCHHOF, Paul “*Die Gewaltenbalance...*”, cit., 968, designou de *offener Staatlichkeit* — pode já, como muito bem assinala TREMP, Peréz (“*Constitution española y Comunidad Europea*”, cit., 26), ser considerada “um verdadeiro princípio geral do sistema constitucional”. V., ainda, HÄBERLE, Peter, “*Die Vorbildlichkeit der spanischen Verfassung von 1978 aus Gemeineuropäischer Sicht*”, in “*The Spanish Constitution in the european constitutional context*”, Francisco Segado (org.), Dykinson, Madrid,

começarão a surgir quando se pretende equacionar o lugar da Constituição e enquadrá-la num âmbito extra-estadual, como actualmente sucede (i) ao nível das *ingerências constitucionais* (ii) no plano das relações entre o ordenamento jurídico europeu comunitário e o ordenamento jurídico dos Estados-membros, em particular no seio de um emergente sistema constitucional europeu (*europäischen Verfassungssysteme*).

Analisemos separadamente cada um destes tópicos problemáticos, tendo por referente, sempre que possível, a CRP.

a) a internacionalização do Poder Constituinte

Como se infere do que já tivemos oportunidade de mencionar, a abertura da Constituição, e a um nível mais amplo do ordenamento jurídico, pode ser motivada por núcleos externos de produção normativa constituinte que experimentam a pretensão de criar Direito constitucional e introduzi-lo no contexto interno, pretensão essa que é acompanhada por uma inerente reclamação de validade. Fala-se, a este propósito, na *internacionalização do poder constituinte*, para abranger, quer o nascimento de um Direito Constitucional Internacional, quer o sub-problema da transferência do exercício de tal poder para uma entidade internacional¹¹⁵⁹.

No que diz respeito ao aparecimento de um *Internationales Verfassungsrecht*, verifica-se a tendência manifestada por certa doutrina no sentido da criação de um novo segmento da ciência do Direito¹¹⁶⁰, assente numa bipartição sistemática de base: de um lado, o Direito organizacional — onde se incluem a teoria das organizações internacionais¹¹⁶¹ e a teoria da norma-ção internacional¹¹⁶² — e, do outro lado, o Direito material, que abrange os Direito do Homem ou o Direito económico internacional¹¹⁶³. Em qualquer caso, sempre resta a dúvida — cuja análise seria aqui deslocada — acerca da

2003, 562.; HALTERN, Ulrich, "Internationales Verfassungsrecht?...", cit., 512-516; "Staat und Verfassung vor der Zukunft", cit., 202; WAHL, Rainer, "Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates", cit., 45 (em especial, nota 2); *idem*, "Elemente der Verfassungsstaatlichkeit", cit., 1042 e "Der offene Staat...", cit., 1147; SORRENTINO, Federico, "La nascita della Costituzione Europea: un'istantanea", cit., 221.

1159 V. MAZIAU, Nicolas, "Le costituzioni internazionalizzate...", cit., 1398. Cfr., ainda BESSELINK, Leonard, "Becoming a party to treaties which diverge from the Constitution", cit., 471 e GUASTINI, Riccardo, "Lezioni di teoria costituzionale", cit., 118.

1160 V., a propósito, UERPMANN, Robert, "Internationales Verfassungsrecht", in JZ, 2001, 11, 565 e ss.

1161 V. UERPMANN, Robert, "Internationales Verfassungsrecht", cit., 566.

1162 V. UERPMANN, Robert, "Internationales Verfassungsrecht", cit., 567 e ss.

1163 V. UERPMANN, Robert, "Internationales Verfassungsrecht", cit., 569 e ss.

verdadeira natureza de tal segmento: será Direito constitucional internacional, ou será antes Direito internacional constitucional?

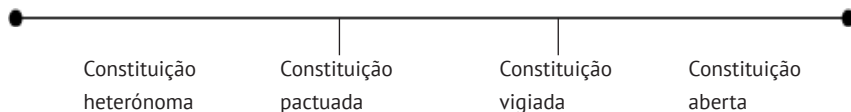
As nossas maiores preocupações direccionam-se em outro sentido: a avocação de prerrogativas constituintes por entes internacionais. É certo que, em rigor, este fenómeno pode colocar em crise princípios basilares tradicionais de Direito internacional, como o *princípio da autonomia constitucional dos Estados*, ou o *princípio da não ingerência nos assuntos internos*, principalmente nas situações em que as referidas pretensões constituintes externas não se fazem acompanhar de uma norma autorizativa prévia, mas, ainda assim, não pode deixar de reconhecer-se a sua relevância, ao menos ao nível problemático do questionamento conceptual.

Tendo presente que o discurso pode ter por objecto quer o poder constituinte originário quer o poder constituinte derivado, pode neste contexto ser fixada uma escala gradativa de abertura (Rep. XIX), colocando num extremo as situações de “Constituição heterónoma” — onde as prerrogativas constituintes externas se impõem em toda a sua amplitude aos eventuais poderes (jurídicos ou de facto) internos — no meio, entre outras (v.g., “Constituição pactuada”), as situações de “Constituição vigiada” — na qual se verifica a presença de um poder constituinte ainda interno mas enquadrado por uma autoridade internacional, que vigia o respeito por alguns princípios — e, no extremo oposto, as situações de mera “Constituição aberta” — na qual os poderes constituintes são geneticamente estaduais e internos, mas embebidos e influenciados por componentes externas [nomeadamente, mediante a consideração de Normas internacionais como materialmente constitucionais ou mediante a interpretação da Constituição conforme os tratados internacionais (*völkerrechtskonformen Auslegung der Verfassung*)], particularmente em matéria de Direitos humanos^{1164]}¹¹⁶⁵. Refira-se que neste último caso é preferível a referência ao tópico da *constitucionalização do Direito internacional*, fenómeno que traduz a vontade do Estado de reforçar a integração deste na sua ordem constitucional interna, reconhecendo-lhe valor constitucional¹¹⁶⁶.

1164 V. BVerGE, 88, 103 (112). V. BERNHARDT, Rudolf, “*Völkerrechtskonforme Auslegung der Verfassung?*”, cit., 396; BRYDE, Brun-Otto, “*Konstitutionalisierung des Völkerrechts...*”, cit., 69.

1165 V. múltiplos exemplos em MAZIAU, Nicolas, “*Le costituzioni internazionalizzate...*”, cit., 1403 e ss.

1166 V. MAZIAU, Nicolas, “*Le costituzioni internazionalizzate...*”, cit., 1400. Num sentido diverso (i. é, aplicação dos cânones do constitucionalismo às normas de Direito internacional), cfr. BRYDE, Brun-Otto, “*Konstitutionalisierung des Völkerrechts...*”, cit., 61 e ss; WAHL, Rainer, “*Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates*”, cit., 48-49.



(Rep. XIX)

Quanto à forma, a abertura pode ser efectuada sob a forma de tratado internacional, através da celebração de um *pacto constituinte* – entre Estados (v.g., elaboração de uma nova Constituição no âmbito de alteração de um Estado federal) ou não (tratados com entidades não soberanas, em casos de descolonização) – ou sob a forma de outorga, em termos de os poderes constituintes emanarem de entes externos que tem autoridade jurídica e fáctica (v.g., outorga mediante um acordo entre estados terceiros, como sucedeu no final da segunda guerra mundial com os Estados ocupantes da Alemanha, ou outorga por uma Organização Internacional, como a ONU)¹¹⁶⁷.

Deslocando a tónica do discurso para a análise positivo- localizada, pode-se afirmar que a CRP é sensível a este fenómeno de projecção no sentido internacionalista, embora não se lhe reconheçam atributos de heteronomia constitucional. Prevê, isso sim, manifestações de abertura mais ténues e limitadas, particularmente nos números 1 e 2 do seu art.º 8.º, ao referir-se a alguns dos problemas inerentes à integração do Direito internacional. Prevê o primeiro dos dispositivos referidos (art.º 8.º, n.º1) uma *cláusula geral de recepção plena* aplicável às normas de Direito internacional geral. Significa tal regime que estas normas – que se devem materializar em verdadeiros actos normativos e não em simples regras de cortesia e abrangem os denominados *princípios jurídicos fundamentais de DIP* (v.g., boa-fé, rebus sic stantibus, proibição do abuso de Direito, admissibilidade da legítima defesa)¹¹⁶⁸ – se integram no ordenamento normativo português “sem necessidade da observância das regras ou formas constitucionais específicas de vinculação estadual ao direito internacional (aprovação, ratificação, publicação)”.

Já o n.º 2 consagra uma *cláusula geral de recepção condicionada*, relativa à integração das normas de Direito internacional convencional. Neste particular, as normas das convenções internacionais (tratados ou acordos em

1167 V. GOY, Raymond, “*Sur l’origine extranationale de certaines constitutions*”, in Mélanges Patrice Gélard, “*Droit Constitutionnel*”, Montchrestien, Paris, 1999, 37 e ss.

1168 Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 8.º, 83.

forma simplificada¹¹⁶⁹) integram-se no ordenamento interno, e aqui produzem os seus efeitos, desde que, em primeiro lugar, tenham sido publicadas oficialmente e, em segundo lugar, tenham eficácia vinculativa internacional^{1170 1171}.

b) a europeização do Poder constituinte

Apesar das manifestações apontadas, a ligação quase incidível Constituição/Estado não parece correr o risco de ser corrompida por via do Direito internacional, ao menos tendo por referência o ordenamento português [mas já no ordenamento norte-americano, por exemplo, fala-se em *protection (...) against outside intrusion*¹¹⁷²]. O perigo apresenta-se de outro modo, mediante a constatação de que determinados poderes soberanos podem ser titulados ou, no mínimo, exercidos por outro tipo de actores, assumindo-se os órgãos europeus comunitários como o principal fulcro de inquietações. Nas palavras de WAHL, a abertura permitida pelo ordenamento normativo leva a uma europeização do Direito Constitucional e dá corpo a uma nova fase de desenvolvimento do Direito público¹¹⁷³.

α) A europeização do Direito Constitucional (RAINER WAHL)

É certo que sempre se pode objectar que uma qualquer manifestação de poderes de natureza constituinte por parte da UE — colocando em causa a própria soberania dos Estados membros¹¹⁷⁴ — traria implícita a consideração estadual desta, o que presentemente está fora de cogitação, nomeadamente em face da inexistência de um claro quadro de delimitação e controlo competencial¹¹⁷⁵. Além disso, como não há o que se possa designar como “povo europeu”¹¹⁷⁶, a manifestação apontada só poderia ocorrer mediante um processo auto-reflexivo ou auto-constituente¹¹⁷⁷, o

1169 Cfr. o que dizemos infra, p. 482. V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 8.º, 85.

1170 Cfr. art.º 119.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2 da CRP.

1171 Cfr., por exemplo art.ºs 9.º da B-VG.

1172 Cfr. SWAINE, Eduard, “*The constitutionality of international delegations*”, cit., 1574 e ss.

1173 Assim, WAHL, Rainer, “*Die Zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland...*”, cit., 495 e “*Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?*”, cit., 919 e ss.

1174 Cfr. PAPIER, Hans-Jürgen, “*Europäische Verfassungsgebung*”, cit., 206.

1175 Cfr. EGGERT, Marco, “*Licht im Dschungel der Kompetenzen...*”, cit., 39.

1176 Acerca da distinção entre o “nós” e os “outros” ao nível europeu, cfr. VON BOGDANDY, Armin, “*Europäische Verfassung und europäische Identität*”, in JZ, 2004, 2, 53 e ss.

1177 Cfr. PAPIER, Hans-Jürgen, “*Europäische Verfassungsgebung*”, cit., 206.

que metodologicamente se apresenta como fortemente objectável. Neste segmento de raciocínio, advoga-se, no extremo, uma *constitucionalização do Direito europeu*, fenómeno que pretende significar as exigências de que o Direito da UE se deve harmonizar com o Direito interno (Constitucional) dos Estados-membros¹¹⁷⁸.

Contudo, não deixa de merecer atenção o facto de que, para muitos sectores de pensamento o Poder Constituinte, na prática, já se teria transferido para as instâncias europeias. Para tal, muito terá contribuído a necessária e forçosa alteração do conteúdo das várias Constituições dos Estados-membros — com (através da criação de um *Staatliches Unionsverfassungsrecht*¹¹⁷⁹) ou sem modificação do seu enunciado literal — por via da força jurídica e da imposição dos actos europeus comunitários, passando aquelas a ser lidas à luz do Direito Comunitário, e não o contrário (princípio da *interpretação conforme com o Direito comunitário*, afirmando-se, por exemplo, que a disposição de Direito comunitário é uma *lex specialis* e que a norma de Direito interno apenas visa casos não abrangidos pelo Direito comunitário¹¹⁸⁰).

Perante um quadro assim estabelecido, a questão fundamental surge com a seguinte configuração: como estabelecer um equilíbrio ao nível constitucional entre estas duas forças em tensão?

As bases analíticas e normativistas que, desde o início da presente investigação, temos procurado conservar impõem que se conclua que qualquer posição extrema desembocará quase irremediavelmente na ilegitimidade jurídica. Por um lado, e aceitando as conclusões de SHAMBECK, não nos parece que o princípio federal possa ser “transferido” do plano estadual para o plano europeu comunitário, não sendo de esperar que o esforço de construção europeia desemboque numa arquitectura do tipo federativo¹¹⁸¹, o que, consequentemente, embarga todas as considerações de *européização (comunitarização) do poder constituinte*. Por outro lado, será ilusório acreditar numa soberania ilimitada dos Estados de feição tradicional, face

1178 V., a respeito, HALTERN, Ulrich, “*Internationales Verfassungsrecht?*...”, cit., 545 e ss.

1179 Assim, GRABENWARTER, Christoph, “*Staatliches Unionsverfassungsrecht*”, in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*, Von Bogdandy (org.), Springer Vlg., Heidelberg, 2003, 283 e ss, que reserva a expressão referida para abarcar o conjunto de normas internas que dispõem sobre a UE.

1180 V. JARASS, Hans, “*Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung*”, cit., 774 e ss; GERHARD REISCHL, cit., 256.

1181 Neste sentido, SCHAMBECK, Herbert, “*Die Bundestaatlichkeit als historische Erbe und Zukunftsaufgabe*”, cit., 356.

à *invasão normativa* (que se manifesta aos vários níveis materiais e funcionais: legislativo, administrativo e jurisdicional) potenciada pela actuação europeia, bem assim como parece insustentável sujeitar, como sugere por exemplo KIRCHHOF¹¹⁸², as manifestações desta a uma subordinação acrítica às Constituições.

A pedra de toque, cremos, estará na procura de estabelecimento de uma *praktischer Konkordanz*¹¹⁸³ entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos e vertidos sob a forma de princípios fundamentais: o Princípio da Integração Europeia e o Princípio da unidade do ordenamento jurídico. Além disso, neste encadeamento de raciocínio, nunca se poderá perder de vista, como muito bem o fez a doutrina Austríaca, a possibilidade de, com a referida integração, se estar a proceder a uma “alteração substancial” (*Gesamtänderung*) da ordem jurídica, em particular da Constituição (*Bundesverfassungsgesetze – B-VG*)¹¹⁸⁴.

Assim, as Constituições nacionais devem ser compreendidas juntamente com a *Constituição Europeia*, que lhes é complementar (*komplementärverfassung*), e esta com aquelas, ambas como parte integrante de um unificado sistema constitucional europeu (*europäischen Verfassungssystem*), aceitando-se, designadamente, que cada alteração dos tratados europeus será entendida também como uma alteração das Constituições internas¹¹⁸⁵.

β) Os paradigmas da teoria da integração. A teoria do poder constituinte evolutivo e a Constituição europeia

Os fenómenos da europeização do Direito constitucional e da consideração de um sistema constitucional europeu comum enquanto reflexos da

1182 V. KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat in Prozeß...*” cit., 871.

1183 Cfr. SCHWARZE, Jürgen, “*Das schwierige Geschäfte...*”, cit., 1082. Em sentido diverso, KIRCHHOF, Paul, “*Die Gewaltenbalance...*”, cit., 968, para quem só fará sentido falar em *praktische Konkordanz* no âmbito estrito do Direito Constitucional, não no âmbito das relações deste com o Direito legal ou com o Direito dos tratados (Direito europeu). Cfr. ainda SCHILLING, Theodor, “*Artikel 24...*”, cit., 179; KUMM, Matias, “*Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*”, in CMLR, 1999, 36, 351 e HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 28.

1184 Neste sentido, FUNK, Bernd-Christian, “*Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*”, cit., 102; ÖHLINGER, Theo, “*Die Transformation der Verfassung*” cit., 2; WINKLER, Roland, “*Integrationsverfassungsrecht*”, Springer Vlg., Wien, 2003, 1 e ss. Neste contexto, entende-se que se está perante uma *Gesamtänderung* quando os princípios estruturantes da ordem constitucional — os denominados *Baugesetze*, como será o caso dos princípios democrático, republicano, federal, separação dos poderes e legalidade da actuação administrativa — perdem alguma da sua força operativa.

1185 Assim, PERNICE, Inglof, “*Die Europäische Verfassung*”, cit., 1325.

relativização da fusão entre política, Direito e Estado, serão melhor perspectivados e compreendidos se forem adequadamente assimilados os diversos paradigmas que, em abstracto, podem servir de modelo à construção europeia (Comunidades e União europeia¹¹⁸⁶). A este propósito, com KAUFMANN podemos distinguir três distintos modelos de construção: (i) um modelo funcionalista, (ii) um modelo federalista e (iii) um modelo pluralista^{1187, 1188}.

- (i) O modelo funcionalista é o que tem mais profundas raízes históricas e sintetiza da melhor forma a primeira “provocação” ao arquétipo estadual¹¹⁸⁹, encontrando a sua mais expressiva manifestação na institucionalização da Comunidade económica europeia (CEE). Trata-se, como se sabe, de uma construção “teleológica”, orientada para precisas finalidades económicas, e que se enquadra num amplo processo de globalização tecnológica. Em termos jurídicos, sustenta-se a partir dos pressupostos persistentemente defendidos pelo TJCE (autonomia, auto-referencialidade, primado, aplicabilidade directa, etc.), embora se reconheça que a decisão política ainda está nas mãos dos Estados, visto não se reconhecer uma nova entidade política *per se*. Revelando sobremaneira as insuficiências de uma construção normativa gradualística, pode ser considerado um modelo confuso, desordenado e juridicamente “atabalhado”.
- (ii) Com o modelo federalista preconiza-se uma tarefa jurídico-política mais ambiciosa – visa-se o estabelecimento de uma nova entidade política, um estado federal europeu (*Europäischen Bundestaat*)¹¹⁹⁰.

1186 Para a separação entre União europeia e comunidades europeias, v., num enfoque “de fora” e, por tal motivo, eventualmente mais proveitoso, LINDSETH, Peter, “*Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism...*”, cit., 651 e ss. Acerca da natureza administrativa do processo de integração europeia, *idem, ib.*, 657 e ss.

1187 Cfr., a propósito, KAUFMANN, Marcel, “*Permanente Verfassungsgebung und Verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund*”, in *Der Staat*, 36, 4, 1997, 525 e ss.

1188 Na realidade, os três modelos referidos no texto podem-se fundir entre si a dar origem a modelos mistos ou cruzados, ao menos sob o ponto de vista teórico. Tal parece ser a proposta de PETER BADURA, que se refere a uma “federação supra-estadual” (*überstaatlichen Föderation*). O autor parte da ideia de que a teoria do federalismo se afirmou como um paradigma de organização social e política que teve particular sucesso no âmbito de um certo modelo de Estado, embora os seus princípios também se tenham aplicado a outros domínios e formas organizacionais, sociais e internacionais, dos quais a União Europeia é o mais visível expoente. Aqui, pode-se falar numa figura híbrida (a referida “federação supra-estadual”) entre o Estado Federal e a associação de estados (*einen überstaatlichen Föderation zwischen Bundestaat und Staatenbund*). Assim, v. BADURA, Peter, “*Staatsrecht*”, 3.^a ed., C. H. Beck, München, 2003, 337.

1189 Cfr. KAUFMANN, Marcel, “*Permanente Verfassungsgebung...*”, cit., 526.

1190 Cfr. KAUFMANN, Marcel, “*Permanente Verfassungsgebung...*”, cit., 528.

No quadro normativo, procura-se fixar um novo fundamento de validade para as normas de Direito europeu, estabelecendo uma *supranationale Grundnorm* – com a consequência de que aquelas já não veriam o seu código genético orientado a partir das Normas fundamentais nacionais¹¹⁹¹ – e um novo sistema de regras de conflitos e de colisão, encimado pelo princípio *Gemeinschaftstrecht bricht nationales Recht*. É face a este modelo que, compreensivelmente, se levantam as maiores angústias no que concerne aos perigos de corrupção das Constituições nacionais e da dissolução das bases do Estado constitucional clássico.

- (iii) O modelo pluralista, por seu lado, parece ser o que melhor se enquadra numa adequada teoria dos conflitos entre normas provenientes de ordenamentos diversos. De facto, concebendo a construção europeia como uma associação de Estados (*Staatenverbund*) que tem na sua base um sistema político-decisório policêntrico, assume-se a existência de várias Normas fundamentais – a europeia e a interna – que conferem validade a distintos segmentos de normas. Além disso, de acordo com este modelo, a UE está num estado de poder constituinte evolutivo ou “permanente poder constituinte” (*permanente Verfassungsgebung*)¹¹⁹², o que significa uma alteração contínua e permanente das estruturas fundamentais da UE por meio dos desenvolvimentos constitucionais dos Estados-membros.

De acordo com este último modelo – que merece a nossa adesão –, parece que se pode assumir que o poder constituinte da União europeia e a obra de uma eventual Constituição europeia estão nas mãos dos Estados-membros¹¹⁹³ e não de qualquer um dos seus órgãos individual ou conjuntamente considerado. De acordo com este modelo pluralista, os Estados não são (apenas) os *Herren der Verträge* – eles são os *Herren der Verfassung*¹¹⁹⁴. Por aqui já se vê que não sustentamos a ideia de que a Constituição deixa de ter por referente o Estado e passa a ser encarada como um esquema de auto-organização da sociedade¹¹⁹⁵, ou um *aliud* em relação às concepções tradicionais e clássicas¹¹⁹⁶.

1191 V. KAUFMANN, Marcel, “*Permanente Verfassungsgebung...*”, cit., 528.

1192 Cfr. KAUFMANN, Marcel, “*Permanente Verfassungsgebung...*”, cit., 530.

1193 Assim, KAUFMANN, Marcel, “*Permanente Verfassungsgebung...*”, cit., 531.

1194 Assim, KAUFMANN, Marcel, “*Permanente Verfassungsgebung...*”, cit., 532.

1195 V. ZULEEG, Manfred, “*Die Vorzüge der Europäischen Verfassung*”, cit., 932.

1196 Cfr., neste último sentido, WAHL, Rainer, “*Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?*”, cit., 920.

Pela nossa parte, na realidade, não nos parece que a questão de saber se a União europeia necessita de uma Constituição seja incontornável no debate jurídico actual¹¹⁹⁷ pois, bem vistas as coisas, até se pode dizer que já existe de facto um texto constitucional. Não uma Constituição formal e rígida, mas uma Constituição material¹¹⁹⁸ e de estrutura vertical – *multilevel constitution* – construída a partir dos textos fundamentais dos Estados-membros, das disposições constantes dos Tratados¹¹⁹⁹ e dos princípios estruturantes fixados pela jurisprudência do TJCE¹²⁰⁰. Aliás, na óptica da própria União, admitindo-se que os Tratados primam sobre as Constituições dos Estados Membros – posição que, como vimos, não aceitamos –, então o Direito primário é *Direito Constitucional europeu* (*Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*)¹²⁰¹.

Mais do que elaborar um texto formal designado ou não “Constituição” – e ainda está por demonstrar que a ligação Constituição/Estado não seja necessária¹²⁰² –, torna-se indispensável reconhecer a existência de um núcleo constitucional-material irredutível e que, em circunstância alguma, pode ser posto em causa pela norma ordinária, afirmando-se como parâmetro aferidor da validade desta. Trata-se, estamos em crer, de reconhecer dignidade superior a verdadeiros pilares essenciais (*princípios jurídicos fundamentais*¹²⁰³, *Baugesetze*¹²⁰⁴) como o princípio do Estado de Direito, o princípio Democrático ou o princípio do respeito pelos Direitos fundamentais¹²⁰⁵. Além deste núcleo irredutível, torna-se ainda necessário respeitar as opções rectoras ideológicas dos vários Estados (princípios políticos

1197 Cfr. em sentido diverso, FISAHN, Andreas, “*Die europäische Verfassung – ein zukunftsöffener Entwurf*”, in KJ, 37, 4, 2004, 381 e ss.

1198 Assim, PACE, Alessandro, “*La dichiarazione di Laeken...*”, cit., 620 e ss., em particular 628.

1199 Cfr. GRIMM, Dieter, “*Braucht Europa eine Verfassung?*”, cit., 584 e ss; PERNICE, Ingolf “*Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: european constitution-making revisited?*”, in CMLReview, 1999, 36, 707 e ss.

1200 ZULEEG, Manfred, “*Die Vorzüge der Europäischen Verfassung*”, cit., 948; IPSEN, Hans-Peter, “*Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*”, cit., 771.

1201 GLAESER, Alexander, “*Souveränität und Vorrang*”, cit., 213; IGLESIAS, Rodríguez “*Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung*”, cit., 2.

1202 Cfr., no sentido da desnecessidade, GRIMM, Dieter, “*Braucht Europa eine Verfassung?*”, cit., 581.

1203 V. GOMES CANOTILHO, “*Direito Constitucional...*”, cit., 1165

1204 V. ÖHLINGER, Theo, “*Die Transformation der Verfassung*” cit., 2.

1205 V., a propósito, ZULEEG, Manfred, “*Die Vorzüge der Europäischen Verfassung*”, cit., 939 e ss; VON BOGDANDY, Armin, “*Europäische Verfassungspolitik als Identitätspolitik (Theoretische Verortung und Kritik)*”, in KJ, 38, 2, 2005, 114; SCHAPP, Jan, “*Die Menschenrechte als Grundlage der nationalen und europäischen Verfassungen*”, in JZ, 2003, 5, 217 e ss.

constitucionalmente conformadores¹²⁰⁶), nomeadamente os princípios monárquico/ republicano; unitário ou federal, consoante os casos.

Contudo, se o mero respeito por este substracto material de dignidade superior leva a que se possa dispensar uma Constituição que formalmente o preveja, sob o ponto de vista orgânico-formal, tal pode não suceder, podendo-se indagar: não será necessária uma Constituição para suportar juridicamente os arranjos organizatórios da União e a articulação do Direito desta com os Estados-membros?

Ainda aqui a nossa resposta vai no sentido negativo, por duas ordens de razões:

- quanto à articulação entre normas provenientes de ordenamentos diversos, as Constituições nacionais parecem bastar. Da mesma forma que não existe uma “Constituição internacional” para disciplinar os conflitos entre normas internas e internacionais, também parece que não é necessária uma Constituição europeia para disciplinar os conflitos correspondentes;
- quanto aos arranjos organizatórios, os tratados constitutivos, enquanto verdadeiros tratados internacionais, são suficientes¹²⁰⁷. A justificá-lo, pode-se argumentar com o substracto claramente internacionalista da União europeia – que deve ser classificada como uma “Associação de Estados” (*Gemeinschaft der Verfassungstaaten*¹²⁰⁸, *Staatenbund*¹²⁰⁹) –, não obstante a sua concepção como ordenamento autónomo¹²¹⁰.

De qualquer modo, um “tratado constitucional” sempre terá a virtude de unificar sistematicamente o material jurídico disperso, desde que o faça tendo em consideração as limitações que o Direito europeu deve enfrentar nas suas relações com os restantes segmentos normativos.

1206 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1166.

1207 V. GRIMM, Dieter, “*Braucht Europa eine Verfassung?*”, cit., 585.

1208 Cfr. KIRCHHOF, Paul, “*Der Deutsche Staat...*”, cit., 874.

1209 V., com interesse, LABAND, Paul, “*Deutsches Reichstaatsrecht*”, cit., 16 e ss; ERVELING, Ulrich, “*Zur konsensualen Willensbildung in der föderal verfassten Europäischen Union*”, cit., 1056. Cfr., ainda, WAHL, Rainer, “*Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?*”, cit., 919.

1210 V. GLAESER, Alexander, “*Souveränität und Vorrang*”, cit., 205; SCHILLING, Theodor “*The autonomy of the community legal order...*” cit.

3. A subsistência dos arquétipos constitucionais clássicos

3.1. Ainda a Razão e o Estado

Chegados a esta fase da investigação, em face das inquietações referidas e tendo em consideração o que já tivemos oportunidade de referir, parece-nos que a crise da Constituição, não é, afinal, mais do que o reflexo de uma necessidade de actualização. Sendo de reconhecer que as propostas clássicas se revelam desajustadas, as novas propostas puras da *ciência* pós-avanzada ou pós-moderna, acentuando a tónica da informalidade, arrasam um desgaste da Constituição e uma perda da sua força normativa com custos ao nível da segurança jurídica. Não se está perante o abalo telúrico que certos sectores de pensamento pensaram presenciar nem, muito menos, perante o fim do Constitucionalismo, mas antes se renova o propósito de dotar o Estado de uma Constituição normativa ao mesmo tempo real e vigente. Tal passará, necessariamente, pela abertura do texto constitucional, sendo de reconhecer que “constitucionalismo” não equivale apenas a estadualidade e constitucionalidade, mas abarca mais do que isso¹²¹¹. Ainda assim, tem aí o seu ponto de partida.

Significa isto que não abandonamos nenhum dos pilares essenciais do pensamento jurídico moderno, nem a razão, nem o Estado — ainda mais em vista dos perigos do neo-corporativismo economicista ou feudalismo social, —, pelo que a um e a outro ainda se deve reconduzir toda a elaboração da existência.

Consequentemente, estamos mais uma vez e plenamente com GOMES CANOTILHO quando rejeita a visão da *sociedade sem centro*, continuando a defender a teoria accionalista da política. O que se passa é que simplesmente a direcção passou para outras “instâncias actantes” como organizações, e esquemas neo-corporativos, mas o sujeito central, o Estado, não desapareceu¹²¹². Além disso, critica-se o pluralismo de constitucionalismos, na medida em que ele pode conduzir a “esquemas falsamente legitimadores de reconstruções políticas democraticamente insustentáveis”¹²¹³.

1211 V. BRYDE, Brun-Otto, “*Konstitutionalisierung des Völkerrechts...*”, cit., 62.

1212 Cfr., todavia, STEIGER, Heinhart, “*Geht das Zeitalter des Souveränen Staates zu Ende?*”, cit., 331 e ss, em especial, 353 e ss.

1213 V. “Novos questionamentos da teoria da Constituição”, cit., 143.

Procuremos então, a partir de um enfoque racionalístico-estadual, fixar os contornos essenciais de uma Teoria da Constituição historicamente localizada.

3.2. A Constituição enquanto referente social: o Direito constitucional transgeracional (*Generationenverfassungsrecht*) e o Direito Constitucional reflexivo

O impulsos desestadualizantes e desracionalizantes motivados pela pós-modernidade jurídica não foram suficientes para abalar o carácter finalístico¹²¹⁴ dos textos constitucionais, conservando-se ainda o propósito de responder às três violências clássicas: a falta de segurança e de liberdade, a desigualdade política e a pobreza. As fórmulas da resposta, cremos, apesar de actualisticamente entendidas, não deixam de ser, respectivamente, o Estado de Direito, o Estado democrático e o Estado social. Daí que não se possa concordar em absoluto com a *tendência para a desmaterialização*, ou seja, para a ausência de conotações ideológicas marcantes defendidas por correntes doutrinárias recentes¹²¹⁵.

O carácter finalista referido ganha corpo nos textos constitucionais através da consagração de normas-fim e normas-tarefa¹²¹⁶ — enquanto normas que fixam objectivos e encargos aos actores políticos, e ao Estado em particular — num eixo de oscilação que pode ir desde o propósito atenuado de melhorar as estruturas da sociedade actual até ao propósito extremo de estabelecer um projecto de transformação da sociedade ou transição para outro modelo societal. Nestes propósitos conformadores insere-se claramente a CRP ao procurar estabelecer uma “melhor organização da relação homem/mundo e das relações intersubjectivas, de acordo com um projecto de sociedade livre, justa e solidária”¹²¹⁷.

De toda a forma, a manutenção dos paradigmas teórico-constitucionais clássicos não pode significar, sob pena de se resgatar o rótulo da Constituição “mera folha de papel”, um desajustamento em relação à verdade actual da existência, antes se impondo a sua interpretação actualista. Tal passa,

1214 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., Introdução, 32.

1215 Cfr. KARPEN, Ulrich, “Die verfassungsrechtliche Grundordnung des Staates...”, cit., 435 e ss.

1216 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1171.

1217 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., Introdução, 32.

em nossa perspectiva, por considerar as seguintes coordenadas valorativas, algumas delas “repscadas” das propostas pós-modernas¹²¹⁸:

- (i) Em primeiro lugar, a Constituição terá de ser uma Constituição atenta e vigilante, profundamente conhecedora do conjunto de dados sociológicos, institucionais, económicos, axiológicos, etc., que a rodeiam. Numa época em que a conflitualidade brota de uma forma quase natural, o texto fundamental há-de ter a sabedoria de limar os pontos de confrontos entre as várias minorias e entre estas e as supostas maiorias, seja através da previsão de esquemas diversos de participação ao nível das tomadas de decisão (v.g., direito de acção popular, referendo, veto popular) seja por meio da pulverização dos centros de poder (ao nível autárquico, associativo, etc.). Por outro lado, sem assumir compromissos estéreis (entre forças de poder ou propostas ideológicas – constituição pactuada) terá de arranjar forma de não prever mecanismos de exclusão (v.g., cláusulas de nacionalidade) ou privilégios injustificados. Por isso se pode afirmar que um dos corolários desta vigilância seja a ideia de unidade.
- (ii) Daqui resulta – e passamos à segunda coordenada – o carácter *suave* (dúctil¹²¹⁹) da Constituição. Neste contexto, a “suavidade” refere-se à flexibilização do carácter autoritário que os textos tradicionais transportavam, principalmente tendo em atenção a necessidade de consciencialização da pluralidade social (v.g., minorias, estatutos de exclusão) e da consequente existência de múltiplos jogos de linguagem, defendendo-se, neste quadro, um “Direito por princípios” (principialismo). Tudo isto obriga à prossecução de actuações várias com vista à compatibilização dos dissensos e à aceitação de formas alternativas de regulação (normação por entidades para-infra- e supra-estaduais, autoridades administrativas independentes, comissões coordenadoras, etc.). Ganham assim particular relevo as ideias de auto-regulação e de informalidade, que mais não são do que formas de reconhecimento da capacidade de os organismos vários que integram o tecido social se dotar de instrumentos normativos próprios, procurando auto-ordenar-se e auto-regular-se¹²²⁰. Estas auto-regulações – que podem suceder com (como defendemos) ou sem reconhecimento estadual – devem, contudo, corresponder a

1218 Cfr., a propósito, as “novas sugestões de constituição” apresentadas por GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1333 e ss.

1219 V. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*El Derecho dúctil...*”, cit., 14.

1220 Cfr. BLACK, Julia, “*Critical reflexions on Regulation*”, cit., 1 e ss.

padrões de comportamento tendencialmente generalizados, além de terem consagração expressa ou implícita no texto constitucional¹²²¹.

- (iii) O corporativismo é outra das notas marcantes de um constitucionalismo actual normativamente adequado. Significa isto que se exige a previsão ao nível da Lei fundamental de “corpos intermédios” (associações sindicais, associações ambientais, banqueiros, etc.), portadores de mensagens particulares, e transmissores de códigos comunicativos muito próprios e relativamente aos quais os esquemas clássicos de representatividade parlamentar já não são suficientes para dar expressão. Teremos ocasião de aprofundar esta ideia um pouco adiante.
- (iv) Além disso, os textos fundamentais deve procurar assumir a exigências de um Direito constitucional transgeracional (*Generationenverfassungsrecht*)¹²²². A constituição actual, procurando-se rever na sociedade em que se insere, deve prever os riscos de longo prazo¹²²³ e procurar minimizar os correspondentes inconvenientes para as gerações futuras, em particular em matérias como a protecção do meio ambiente, a manutenção de um equilibrado e sólido sistema de protecção social (segurança social), as alterações demográficas, etc.¹²²⁴ Tal tarefa pode ser conseguida mediante uma coerente articulação das normas constitucionais entre si¹²²⁵ — e também mediante a irradiação do seu poder normativo em todas as direcções do ordenamento — e, não menos importante, através da imposição de limites adequados nas normas que regulam as possibilidades e procedimentos de revisão constitucional. Estas últimas, aliás, desempenham um papel fundamental, na medida em que são elas que tornam a Constituição num pacto social dinâmico (*“dynamisierten Gesellschaftsvertrag”*). Por isso, defende-se que as Constituições actuais devem ser constituições marcadas por uma forte preocupação ecológica, na medida em que a época de pós modernidade trouxe a

1221 V., a respeito, o conjunto de textos de apreciação crítica às teses de ZAGREBELSKY em AnFD, XIII-XIV, 1996-1997.

1222 Neste sentido, BODO PIEROTH, “Die Verfassung als Gesellschaftsvertrag”, in “*The spanish Constitution in the european constitutional context*”, Francisco Segado (org.), Dykinson, Madrid, 159 e ss.

1223 Cfr. MASING, Johannes, “Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: die Verfassungsänderung”, in *Der Staat*, 44, 1, 3.

1224 Cfr., para uma lista de “encargos” no sentido da igualdade entre gerações, WELTI, Felix, “*Rechtliche Aspekte von Generationengerechtigkeit*”, in *KJ*, 37, 3, 2004, 256 e ss.

1225 Para tal muito contribui a aceitação ao nível interpretativo de um princípio de Unidade da Constituição... Em sentido contrário, defendendo a hierarquia dentro da Constituição, FAVOREU, Louis, “*Drôit constitutionnel*”, cit., 135.

marca da errância que só pode ser aceitável se for salvo o local que o homem encontrou para residência: a terra¹²²⁶. O texto constitucional não pode ser estranho à axiologia transpositiva envolvente que tem como preocupação fundamental a “salvação da terra”¹²²⁷.

Enfim, em poucas palavras, parece-nos que o mais curial será admitir que as Constituições terão o papel apenas de, na sua generalidade, abarcarem apenas o que for suficientemente geral para ser generalizável, ou dito de outro modo, os textos constitucionais deixarão de ser textos modeladores e orientadores, mas tenderão a ser somente prescrições daquelas regras muito básicas (apesar de tudo, muito gerais) cuja inobservância impede o convívio social, e que não atingem de forma discriminatória a sensibilidade individual das consciências minoritárias. Utilizando um esquema de linguagem aproximadamente Lyotardiano, a Constituição apresentar-se-á como a sistematização dos jogos de linguagem mínimos e indispensáveis¹²²⁸ para que os vínculos sociais se não desintegrem de todo.

3.3. A Constituição enquanto esquema organizatório supremo (meta-norma competencial): o impulso corporativista

Além de se afirmar, da forma que procuramos apontar, como um importante referente ao nível da conformação das estruturas sociais, a Constituição desempenha também um importante papel no plano da organização e estruturação do poder político¹²²⁹, entendendo-se por “poder político”, neste contexto, o conjunto de prerrogativas de decisão ao nível da condução dos destinos comunitários. Quer isto dizer que é ao nível do texto fundamental que devem estar previstas as normas básicas que criam os órgãos decisores,

1226 Cfr., com muito interesse, THIELE, Leslie Paul, “*Timely meditations: Martin Heidegger and post-modern politics*” (trad. Portuguesa: Martin Heidegger e a política pós-moderna: meditações sobre o tempo, Piaget, Lisboa, 1998), 225 e ss.

1227 Esta vertente *acauteladora* mostra-se particularmente visível, por exemplo, no art.º 20.º-A da GG, nos termos do qual “*Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung*”. No mesmo seguimento, prescreve o art.ºs 41.º da CArg que “*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo (...)*”. Ainda merece destaque a Cbras que, no seu art.º 225.º, estatui que “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. Quanto à CRP, v. art.º 66.º

1228 Cfr., LYOTARD, “A condição pós-moderna”, cit., 42.

1229 V. KARPEN, Ulrich, “*Die verfassungsrechtliche Grundordnung des Staates...*”, cit., 433.

que os dotam das necessárias competências e que regulam os procedimentos a adoptar quando pretendem decidir. Fala-se, assim, em Constituição como um estatuto organizacional¹²³⁰ e em *normas jurídico-organizatórias*, que dão corpo a um esquema ordenado de “repartição de tarefas”¹²³¹. Não se está a fazer referência à tradicional visão da “organização racional dos poderes”, bem ao jeito de uma concepção oitocentista de Constituição, pois o papel da razão tenderá a ser, até certo ponto, secundarizado¹²³². Terá de ser uma ordenação que resulte dos consensos mínimos que possam ser atingidos e não das votações máximas que possam ser conseguidas em Assembleias.

Utilizando a linguagem normativa clássica, diríamos que, em termos de organização estadual, e se aceitarmos o princípio da hierarquia, podemos perspectivar o esquema organizacional como uma pirâmide, em que no cume estão concentradas as competências de direcção¹²³³. Contudo, as coisas já não se passam rigorosamente assim uma vez que, também aqui, as influências da sociedade pós-avançada se fazem sentir sobremaneira. A tradicional organização do poder estadual dá lugar à organização do poder político, não apenas no sentido apontado por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA de abertura às Regiões autónomas, Autarquias locais e estruturas de defesa nacional e administração pública¹²³⁴, mas também, segundo cremos, no sentido da abertura a novos jogos de linguagem e a novos códigos comunicativos relativamente aos quais, como já tivemos oportunidade de dizer, os esquemas clássicos de representatividade democrática já não são suficientes para dar expressão. Estamos a fazer referência à necessidade de previsão ao nível da Lei fundamental de “corpos intermédios” como associações sindicais, associações ambientais, banqueiros, comissões várias, etc. que, inevitavelmente, devem ser considerados no momento das tomadas de decisão políticas mais relevantes.

Ora, porque num ordenamento plural vários núcleos (estaduais e não estaduais) se arrogam a prerrogativas normativas de criação, torna-se natural que as decisões constituintes procurem uma “arrumação espacial” dos domínios em que cada um desses núcleos pode intervir. Pode falar-se a este

1230 Assim, ZULEEG, Manfred, “*Die Vorzüge der Europäischen Verfassung*”, cit., 934.

1231 Cfr., a propósito, HEINZ, Karl Eckhart, “*Delegation und Mandat...*”, cit., 505.

1232 V., a propósito, TOURAINE, Alain, “*Critique de la modernité*”, cit., 12.

1233 CFR. HERZOG, Roman, “*Allgemeine Staatslehre*”, cit., 189.

1234 Cfr., neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., nota prévia à parte III, 478, 479.

propósito na Constituição como meta-norma que distribui as competências. Tais decisões constituintes ganham corpo através das denominadas “normas jurídicas atributivas de competência” que pressupõem (i) a prévia criação de um órgão constitucional, (ii) uma valoração intrínseca das próprias matérias em questão e (iii) o reconhecimento de uma “competência das competências” a quem procede a tal tarefa distributiva. Neste contexto, podemos genericamente entender a competência como sendo uma parcela de poder normativo atribuída a um determinado órgão. É neste sentido que, por exemplo, se pode afirmar que o parlamento tem competências legislativas, ou que as autarquias locais têm competências regulamentares. Trata-se da medida de poder que a referida decisão constituinte atribui. Uma tal atribuição, na medida em que constitui um ponto nuclear de qualquer disciplina jurídico-publicista, está compreensivelmente sujeita a um princípio de tipicidade.

Por outro lado, uma atribuição competencial não se cristaliza num único modo de reconhecimento de um poder normativo. A própria pluralidade organizacional obriga ao reconhecimento de vários tipos de competências atribuídas. Pode-se falar, a este propósito, em competências reservadas e em competências concorrentes. No primeiro caso, a entidade que dispõe da *Kompetenz-kompetenz* reconhece apenas um órgão como detentor do poder normativo sobre determinada matéria (que se denominará “matéria reservada”), cominando com invalidade todos os actos que sobre ela disponham provenientes de outros órgãos; já no segundo os órgãos e os poderes normativos actuam num plano paralelo e sobreposto, valendo a regra da revogação recíproca, de acordo com o critério cronológico de resolução de antinomias normativas. A reserva, por sua vez, pode-se configurar como uma reserva total ou como uma reserva partilhada.

Tal medida, como vemos, poderá conter poderes exclusivos ou partilhados, daí resultando vários tipos de competência, mas o denominador comum a qualquer esforço de atribuição competencial será sempre a criação de espaços ou blocos normativos mais ou menos autónomos, em termos de se poder afirmar que a atribuição de competência ao órgão X excluirá, em princípio, a intromissão de todos os outros. O órgão que disciplina a matéria para a qual não tem competência dir-se-á incompetente, assim como ferido de incompetência estará o acto por si criado.

Paralelamente à atribuição de competência surge muitas vezes a prescrição da forma jurídica de um acto, pois o estabelecimento de um espaço competencial em termos materiais acarreta a obrigatoriedade de disciplina

sob uma determinada forma pré-estabelecida. É o que se passa, por exemplo, quando as normas constituintes reconhecem determinado órgão como único competente para uma disciplina jurídica e esse órgão só pode actuar através da emanação de um determinado tipo de actos (v.g, atribuição parlamentar e exigência de forma legal).

Neste particular, a CRP já se mostrou minimamente sensível, ao prever a obrigatoriedade de participação das organizações sindicais na elaboração da legislação do trabalho¹²³⁵. No resto, o esquema organizatório previsto ainda está demasiado decalcado das visões clássicas ao prever um chefe de Estado sem prerrogativas normativas e um modelo baseado numa separação tripartida dos poderes (que são, entre si, interdependentes).

3.4. A Constituição enquanto núcleo e limite de produção e aplicação normativas

3.4.1. A “Constituição-norma”

Apesar de em rigor se configurar como um conjunto de normas, não se torna difícil conceber a constituição como um bloco, uma norma só, em sobreposição a todas as outras e relativamente às quais se afirma como um parâmetro de validade.

A CRP de 1976 é, como texto ou documento, uma “norma jurídica verdadeira e própria, produto normativo da fonte de Direito denominada «Constituição»”¹²³⁶. É, assim, a origem imediata de direitos e vinculações, e não uma mera declaração proclamatória. A sua posição hierárquico-normativa superior advém-lhe do especial estatuto de norma suprema e afirma-se mediante a assunção de dois postulados básicos: por um lado, a possibilidade de resistir às tentativas de derrogação ordinária de que pode ser alvo e, por outro lado, a especial vantagem que lhe decorre das sanções específicas que o ordenamento lhe confere.

Quanto ao primeiro destes aspectos, é comum a referência à característica da rigidez dos enunciados normativos constitucionais, desde logo devido ao facto de esses mesmo enunciados apenas poderem ser alterados mediante a adopção de um procedimento específico, mais agravado, especialmente concebido para o efeito. Na verdade, as Constituições rígidas não

¹²³⁵ Cfr. art.º 56.º, n.º 2 alínea a).

¹²³⁶ Cfr. RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 126.

podem ser revistas por via do procedimento legislativo ordinário, o que arrasta a consequência de que as normas infraconstitucionais não dispõem de força derogatória em relação às normas constitucionais, antes estando a elas subordinadas hierarquicamente¹²³⁷. Daqui decorre a consideração da Constituição como parâmetro aferidor da validade de todas as normas do ordenamento, seja sob o ponto de vista orgânico-formal — por via das normas de segundo grau atributivas de competências e reguladoras de procedimentos e de processos — seja sob o ponto de vista substancial.

No que se refere ao segundo dos aspectos salientados, costuma-se falar em autogarantia do Direito Constitucional para significar a existência de específicas reacções da parte do ordenamento jurídico ao desrespeito pelas normas constitucionais, reacções essas que não se subsumem aos tradicionais meios sancionatórios, típicos do Direito ordinário. Numa primeira abordagem, ganha corpo a consideração de que a própria essência da ideia de democracia impõe um limite quase natural aos desrespeitos constitucionais: os actores políticos que violem o disposto na Constituição, estando muitas vezes sujeitos ao escrutínio popular (directo ou indirecto), poderão ver as suas condutas reprovadas por via da não eleição para os cargos que pretendem atingir.

Além disso, a Constituição tem ao seu dispor um arsenal garantístico muito específico, composto não apenas por procedimentos e processos jurídicos de controlo próprios (v.g., vetos, referendos abrogativos, processos de fiscalização da constitucionalidade) mas igualmente por uma ordem jurisdicional específica, encabeçada muitas vezes por um Tribunal superior de competência especializada.

Em conclusão, parece que se pode assentar que a Constituição pode ser perspectivada como uma norma radicadora de posições jurídicas subjectivas (favoráveis ou desfavoráveis) que, ao lado de muitas outras, integra um agregado coerente e sistemático, mas onde desempenha um papel primordial de referente de validade e parâmetro ao qual todas as outras se devem reconduzir.

¹²³⁷ Cfr. art.ºs 3.º, n.º 3 e 277.º, n.º 1 da CRP.

3.4.2. A “Constituição meta-norma”

3.4.2.1. A *Constituição fonte das fontes*: fundamento de validade versus fundamento de aplicabilidade

O estabelecimento por via constitucional de uma norma sobre a norma em termos estruturalmente satisfatórios não pode, como já se pode intuir do que temos dito, ignorar o fenómeno da pulverização dos núcleos de produção normativa, nem as necessidades de reformulação do sistema de fontes de Direito e de estabelecimento de um sistema articulatório coerente entre estas, a partir da própria Constituição¹²³⁸. Na verdade, torna-se indispensável reconhecer que existem actualmente formas alternativas de regulação — estadual e não estadual — e realidades normativas que as concepções tradicionais não puderam reconhecer e relativamente às quais os seus modelos formais se mostram insuficientes e insusceptíveis de abarcar.

Numa visão propositadamente simplista, podemos afirmar que na actualidade os operadores jurídicos se confrontam com uma constelação de normas bastante heterogénea e emanadas de:

- (i) núcleos estaduais de produção normativa, como, por exemplo, a Constituição, a lei, o regulamento;
- (ii) núcleos mistos (estaduais e não estaduais) de produção normativa, como por exemplo, estatutos e códigos de boa conduta — muitas vezes elaborados pelos órgãos corporativos, mas aprovados por acto legislativo estadual —, regras *standards* ou de normalização — adoptadas em sede de tentativa de resolução de usuais problemas técnicos e comerciais respeitantes a produtos, bens e serviços —, ou ainda normas das entidades externas ao ordenamento, mas transpostas para a ordem jurídica interna; e
- (iii) núcleos não estaduais de produção normativa, como as normas de entidades externas ao ordenamento, não necessariamente transpostas sob forma pré-determinada para a ordem jurídica interna.

No que diz particularmente respeito às normas oriundas de núcleos externos de produção normativa, duas teses conflituantes se opõem:

¹²³⁸ V., a este respeito, NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit.

- (i) Pode-se entender, de acordo com uma certa perspectiva, que a Constituição é o fundamento de validade¹²³⁹ de todas as normas existentes num determinado ordenamento normativo e que ela constitui a medida com que se há-de contrastar todas elas¹²⁴⁰. Neste sentido, a Constituição atribui essa validade a enunciados normativos que não são obra de fontes internas, sendo de admitir que todas as normas, internas ou externas, devem a ela reconduzir-se, enquanto factor de unidade. Assim sendo, as prescrições de Direito internacional ou de Direito europeu comunitário por exemplo, apesar de produzidas por núcleos externos aos ordenamentos nacionais, recebem destes a *benção* para que possam ser consideradas autênticas normas jurídicas, não se aceitando qualquer “abertura” da Constituição que permita prescindir dela como norma que desempenha o papel fundamental de disciplinar a produção normativa no seio do ordenamento a que pertence. Será, assim, impossível reconhecer-se validade a normas que a infringem¹²⁴¹.

1239 Numa perspectiva normativa, validade significa legalidade conforme ao ordenamento. Numa tal aproximação, a validade de uma norma não difere muito da sua existência, na medida em que se pode afirmar que a validade representa a qualidade da norma que existe, isto é, da norma que foi (i) emanada pelo órgão competente, (ii) de acordo com um procedimento correcto e (iii) que não viola normas superiores. Simplesmente: a norma que é ditada ou criada conforme ao ordenamento. Tal visão — que encerra o pressuposto de que um padrão normativo de comportamento existe porque foi emanado de acordo com outra norma jurídica — não se confunde com as perspectivas sociológica ou axiológica de validade. No primeiro caso, porque não se identifica com a eficácia social, no sentido de exigência de a norma ser socialmente obedecida (seja no sentido de mero comportamento externo, seja no de exigir motivações internas a tal comportamento). No segundo caso, porque não faz apelo a uma ideia de justificação moral ou de correcção material, independentemente de tais considerações. Aliás, analiticamente, deve-se distinguir a validade do *valor* (*valoratividade*) da norma jurídica, pois em rigor neste último termo, está em causa a conformidade da mesma com um determinada ideia de *Direito ideal* e de Direito materialmente correcto. A distinção será melhor apreendida se olharmos para os enfoques extremos das correntes jurídicas fundamentais: o jusnaturalismo radical defende que uma norma para ser válida deve ser valiosa (reduz-se a validade ao valor), enquanto o positivismo, nos mesmos termos, defende que uma norma só é justa ou valiosa se for válida (reduz-se o valor à validade). Um positivismo temperado como o que temos defendido, porém, separa os problemas e aceita sem dificuldades e sem relutância que pode haver Direito válido injusto e Direito justo inválido. É certo que alguma circularidade definatória será inultrapassável, pois este conceito de validade normativa já pressupõe a própria validade para determinar qual é o órgão competente ou o procedimento normativamente adequado. Mas também não é menos certo que os próprios normativistas encontraram uma forma conveniente de obviar a esta circularidade: através do recurso à ideia de Norma fundamental. Cfr. ALEX, Robert, “*Begriff und Geltung ...*”, cit., 139 e ss. e 144 e ss.; SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung von Normen...*”, cit., 159 e ss.; BOBBIO, Norberto, “*Il positivismo giuridico*”, cit., 136 e ss.; Kelsen, “Teoria pura do Direito”, cit., 28 e 292; BULYGIN, Eugénio, “*Das problem der Geltung bei Kelsen*”, cit., 83 e “*Sentencia judicial ...*”, cit., 363; HART, Herbert L. A., “O conceito de direito”, Cit. 114.

1240 Neste sentido, RUBIO LLORENTE, Francisco, “Prologo” à obra de REQUERO PAGES “Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...”, cit., XIII, XIX.

1241 Assim, RUBIO LLORENTE, Francisco, “Prologo” à obra de REQUERO PAGES “Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...”, cit., XIX.

- (ii) De acordo com outra perspectiva, contudo, pode-se entender que a validade de uma norma pode provir de origens diversas e externas à Constituição de um determinado ordenamento e que ela se configura como uma norma que articula a aplicação de normas (previamente) válidas¹²⁴². Ela funciona assim como condição de aplicabilidade de todas as normas, no sentido em que é ela que determina (apenas) o modo como elas produzem os seus feitos, sendo a sua verdadeira função dizer que normas regulam o uso da força, e não (necessariamente ou apenas) como essas normas se produzem¹²⁴³. As normas externas só são aplicáveis no ordenamento constitucional se integradas na sua estrutura através dos procedimentos nele previstos e tais normas, uma vez integradas, passam a fazer parte (também) do segundo ordenamento, o mesmo sucedendo como as normas que dela derivem (normas sucessivas que resultem da primeira norma externa)¹²⁴⁴. A Constituição continua a não ser a sua chave de validade mas só de aplicabilidade/eficácia. Destas considerações, pode-se retirar a conclusão de que algumas normas, criadas num ordenamento, podem fazer parte de outro ou de outros, que determinam o modo como elas se tornam eficazes, aceitando-se que o ordenamento de criação pode remeter para um ordenamento externo o modo de aplicação dessas normas. Nesta perspectiva o *ordenamento* internacional, por exemplo, é sempre um ordenamento incompleto, pois sendo capaz de produzir normas válidas, necessita sempre dos ordenamentos nacionais para que essas normas seja aplicáveis e eficazes¹²⁴⁵.

A diferença entre ambas as perspectivas é capital, particularmente ao nível das prerrogativas de controlo das normas externas: de acordo com a primeira os órgãos jurisdicionais internos dos ordenamentos nacionais acham-se legitimados para proceder à sindicância da validade de todas as normas, mesmo das externas, na medida em que todas elas se devem reconduzir, em termos de fundamento, à sua Constituição; de acordo com a segunda, tal será inaceitável, na medida em que o parâmetro aferidor da

1242 Assim, REQUEJO PAGES, Juan Luís, “*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...*”, cit., 3 e ss.

1243 V. REQUEJO PAGES, Juan Luís, “*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...*”, cit., 6.

1244 V. REQUEJO PAGES, Juan Luís, “*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...*”, cit., 20.

1245 V. REQUEJO PAGES, Juan Luís, “*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...*”, cit., 12.

validade das normas externas será a Norma fundamental do ordenamento de origem, do ordenamento de onde provêm¹²⁴⁶.

3.4.2.2. A Constituição – limite

Dissemos acima que a Constituição fixa limites à produção normativa. Tais limites têm por objecto quer as normas constitucionais em si mesmas, quer as normas infraconstitucionais.

Procuremos averiguar em que medida¹²⁴⁷.

a) Limites à produção normativa constitucional

Um dos problemas mais debatidos pela lógica normativa é o de saber se os fenómenos de auto-referencialidade e de circularidade podem ser admitidos no mundo do Direito. Ora, parece que a constatação da existência de limites impostos por uma Constituição à alteração das suas próprias normas impõe a resposta afirmativa¹²⁴⁸.

Como se pode constatar, estamos no campo do chamado *desenvolvimento constitucional* (*Verfassungsentwicklung*), embora tendo apenas por referência as alterações do texto da Constituição, e não as alterações do sentido das normas Constitucionais sem alteração do texto (*Verfassungswandel*).

Em rigor, existem dois tipos de limites ao poder constituinte derivado: os limites que são fixados por uma axiologia trans- e pré-positiva — que, na verdade, são limites com que se depara também o poder constituinte originário¹²⁴⁹ e que, modernamente, têm como referência as ideias de Estado de Direito, de democracia e de Dignidade da Pessoa Humana — e os limites que são impostos pelo poder constituinte originário, naquele tipo de constituições que se podem designar por rígidas. No primeiro caso, estamos no espaço de tensão entre decisão e valores jurídicos superiores, ou, se preferirmos, entre voluntarismo e ontologia¹²⁵⁰, na medida em que um acto constituinte, qualquer que ele seja, não pode deixar de ser visto como uma disputa e uma tentativa de conciliação entre a vontade de alterar

¹²⁴⁶ V. por último, REQUEJO PAGES, Juan Luís, “*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...*”, cit., 2.

¹²⁴⁷ V., a respeito, SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung von Normen...*”, cit., 174 e ss.

¹²⁴⁸ V. GUIBOURG, Ricardo, “*La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional*”, cit., 181 e ss.

¹²⁴⁹ Cfr., em sentido algo diverso, GORLERO, Maurizio P. “*Le fonti del Diritto...*”, cit., 11.

¹²⁵⁰ Assim, MASING, Johannes, “*Zwischen Kontinuität und Diskontinuität...*”, cit., 5.

(a-historicismo, anti-historicismo) e a aderência a dados (naturais) indisponíveis. No segundo caso estamos perante vinculações normativo-positivas, no âmbito das quais o legislador constituinte originário impõe cláusulas de salvaguarda que condicionam a alteração futura a determinadas prescrições orgânicas¹²⁵¹, formais¹²⁵² e procedimentais¹²⁵³, além de, eventualmente, retirar da disponibilidade do legislador de revisão determinados núcleos materiais¹²⁵⁴.

b) Limites à produção normativa infra-constitucional

A Constituição delimita também as balizas dentro das quais a produção normativa infraconstitucional se deve constituir, afirmando-se genericamente um princípio de obrigatoriedade de conformidade dos actos¹²⁵⁵. Esses limites – que podem ser impostos de uma forma directa ou indirecta (reenviando os limites da produção normativa para outras normas e obrigando o órgão de produção a respeitá-las) – são perspectivados através de um quádruplo enfoque¹²⁵⁶:

- enquanto limite orgânico, pois a Constituição contém normas que delimitam o perímetro (competência) de actuação dos diversos actores em face dos outros, reservando para eles a disciplina normativa de determinados núcleos materiais¹²⁵⁷;
- enquanto limite formal, na medida em que estão previstas formas específicas a utilizar na disciplina de determinados núcleos, muitas vezes, embora não necessariamente, em cúmulo com os limites orgânico-competenciais¹²⁵⁸;
- enquanto limite procedimental, se tivermos em vista que ao nível constitucional estão previstas várias normas que disciplinam o procedimento de formação das outras normas (normação sobre a normação; normação ao quadrado), através da fixação de procedimentos específicos¹²⁵⁹; e finalmente

1251 Cfr. art.º 284.º da CRP.

1252 Cfr. art.º s 166.º, n.º 1 da CRP.

1253 V. art.º 286.º da CRP.

1254 V. art.º 288.º da CRP.

1255 Cfr. art.º s 3.º, n.º e e 277.º da CRP.

1256 V., a respeito, GUASTINI, Riccardo, “Lezioni di teoria costituzionale”, cit., 97-99.

1257 V., por exemplo, art.º s 164.º, 165.º, e 198, n.º 2 da CRP.

1258 V., por exemplo, art.º 166.º da CRP.

1259 V., por exemplo, art.º s 167.º e 168.º da CRP.

- enquanto limite substancial ou material, uma vez que as normas constitucionais podem impor directivas materiais às restantes normas, vinculando o conteúdo dos actos infra-constitucionais futuros, quer impondo um determinado conteúdo, quer proibindo um determinado conteúdo¹²⁶⁰.

O ordenamento normativo criado pela Constituição desdobra-se assim numa sucessão de normas hierarquicamente infra-ordenadas que são o resultado do exercício das competências de normaçaõ, atribuídas e reconhecidas pelo poder constituinte a favor de uma pluralidade de órgãos constitucionais¹²⁶¹. Nas situações patológicas, isto é de desrespeito dos limites estabelecidos e de desconformidade com o preceituado constitucionalmente, o ordenamento jurídico, mediante a intervenção dos órgãos competentes (v.g., Tribunal Constitucional), constata a existência de um vício, considera o acto inconstitucional¹²⁶² e comina-o com um desvalor que pode ir desde a simples ineficácia até à sua pura inexistência jurídica. A este respeito, e em face dos dados positivo-concretos fornecidos pelo ordenamento jurídico português – nomeadamente a inexistência de eficácia *ipso iure* da sanção e a exigência de uma declaração adequada –, parece-nos, com RUI MEDEIROS¹²⁶³, ser de concluir que a regra (muito genérica) será a da consideração do acto inconstitucional como um acto anulável¹²⁶⁴.

1260 V., por exemplo, art.º s 15.º, n.º 3; 32.º, n.º 4; 34.º, n.º 4 ou 36.º, n.º 7 da CRP.

1261 REQUEJO PAGES, Juan Luís, “*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...*”, cit., 78.

1262 A este respeito, em termos analítico-linguísticos, é aconselhável distinguir *vício* e *inconstitucionalidade*. O vício é a desconformidade do acto em si mesmo com um parâmetro: o acto é viciado porque não perfeito, porque desconforme com o bloco de normas aferidoras de validade a que está sujeito e a que deve estar submetido. Esse vício, na medida em que fere um acto que está desconforme com a CRP assume a designação de inconstitucionalidade, fundamentalmente para se distinguir da ilegalidade, também originada por um vício de desconformidade, mas aqui já com a lei (abrangendo-se nestes casos quer as situações de desconformidade de um acto regulamentar com um acto legislativo, quer as situações de desconformidade de um acto legislativo ordinário com um acto legislativo reforçado). Desta forma, poder-se-á, afirmar que a inconstitucionalidade será uma das “formas” que o vício poderá revestir.

1263 V. MEDEIROS, Rui “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional” in O Direito, ano 121.º, 1989, III, 500 e ss, especialmente 508, 509.

1264 Cfr., em sentido contrário, entre nós, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 956. V., ainda, Caso *Madbury vs. Madison*. O referido no texto não significa que não se reconheçam situações em que a sanção cominada reveste forma diferente. Por exemplo, a própria CRP prevê casos de ineficácia (art.º 119.º, n.º 2) e de inexistência jurídica (art.º 140.º).

Subdivisão II

As normas com valor supra-legal

1. Noção de valor supra-legal e sequência

No âmbito de uma teoria escalonada do ordenamento normativo, a referência a um escalão supra-legal poderá, numa primeira leitura, parecer singular e pouco comum, atenta a arquitectura clássica — baseada na graduação Constituição/lei/regulamento — que Kelsen ou Bobbio conceberam. Na nossa óptica, contudo, a referência parece absolutamente necessária.

Trata-se de reconhecer que existem alguns tipos que são integrados por normas que, na realidade, seriam, sob o ponto de vista material, verdadeiras normas ordinárias de feição legislativa. Contudo, e apesar de continuarem a estar subordinados à Constituição e às normas de valor constitucional, constata-se que sob o ponto de vista da produção de efeitos jurídicos, tais tipos constituem um bloco com uma força superior e acrescida, estando revestidos de um invólucro protector que as comuns normas não possuem. Particularmente, não podem ser atacados pelas investidas revogatórias e derogatórias da generalidade das restantes normas e, além disso, podem parametrizá-las, sendo susceptíveis de constituir o arquétipo de validade com o qual elas serão confrontadas.

Não estamos, contudo, face ao reconhecimento de um mero valor reforçado. Nesta última situação, um *determinado* sub-tipo normativo assume uma força acrescida em relação a outro *determinado* sub-tipo, mas, na realidade, não deixa de se integrar no mesmo escalão dele, estabelecendo-se somente uma relação de proeminência não hierárquica. Com a melhor doutrina, podemos dizer que o valor reforçado materializa uma “qualidade relacional” entre actos legislativos, estando na base do estabelecimento de uma *particular* relação de correspondência entre certas leis ou entre algumas leis e as demais¹²⁶⁵. Aqui, quando aludimos a um escalão supra-legal, estamos a pretender significar uma realidade distinta, que se materializa na circunstância de certo sub-tipo normativo se impor, de uma forma geral, a todas as outras normas e não, como acima, a uma particular espécie de normas. Dito de outro modo, poderíamos afirmar que nos casos de valor reforçado não se estabelece uma relação geral de ordenação entre actos, mas apenas uma relação particular, dentro do mesmo escalão, entre o tipo normativo A e o tipo normativo B; já com a criação de um escalão, os actos que nele se vierem a integrar conseguirão impor-se a todos os outros que estejam

1265 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 353 e ss. V., ainda, PEREIRA COUTINHO, J. L., “Lei regional”, in “Estudos de Direito regional” (org. de MIRANDA, Jorge e PEREIRA da SILVA, Jorge), Lex, Lisboa, 1997, 186.

integrados nos escalões inferiores e não apenas a determinadas espécies particulares¹²⁶⁶.

Deste modo, e em termos de continuidade sistemática, importa analisar sucessivamente os blocos normativos que, de acordo com a nossa perspectiva e tendo em conta os especiais efeitos jurídicos que são aptos a produzir, se inserem neste escalão. Entendemos que será cómodo distingui-los em dois importantes grupos:

- por um lado, um sub-agregado constituído por normas emanadas de núcleos internos de produção normativa, no qual incluiremos as leis constitucionais e as leis estatutárias;
- por outro lado, um sub-agregado constituído por normas emanadas de núcleos produtores externos, onde incluiremos algumas normas internacionais (as normas de Direito internacional convencional e as normas das organizações internacionais de que Portugal faz parte) e algumas normas europeias-comunitárias (as que dizem respeito ao denominado Direito derivado ou secundário).

À parte, entendemos ser conveniente fazer uma menção especial a uma determinada espécie de actos que, pela sua relevância e pelos especiais efeitos que produzem, também aqui entendemos incluir: as decisões jurisdicionais com força obrigatória geral.

Estamos perante — e insistimos neste ponto — grupos de normas que, não obstante a sua prevalência hierárquica em relação às normas legais, regulamentares e equiparadas — que as leva a assumirem-se como parâmetro de validade ou a possuírem a capacidade de desbancamento —, ainda assim estão subordinados às dimensões constitucionais, seja em termos de validade (as normas internas) seja em termos de aplicabilidade (as normas externas).

2. Normas internas

2.1. Leis constitucionais

O primeiro tipo normativo que se pode considerar supra escalonado em relação às normas legais ordinárias — sem deixar de se encontrar subordinado à Constituição — é composto pelas leis constitucionais. No ordenamento

¹²⁶⁶ Assim, MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 357, 358.

normativo-constitucional português, tais leis dizem respeito à manifestação exteriorizada de vontade do poder constituinte derivado, constituindo portanto leis de revisão da Constituição¹²⁶⁷, e, utilizando a expressão de MASING, reflectem a tensão entre a axiologia e a mudança¹²⁶⁸. Trata-se de uma das expressões do denominado “dinamismo constitucional”, que, enquanto modo de assegurar a autonomia das gerações futuras, pretende dar significado e continuidade à trilogia novas gerações – novas maiorias – novos valores¹²⁶⁹.

A colocação deste tipo de leis num plano inferior ao das próprias normas constitucionais justifica-se desde logo pela possibilidade de sujeição dos seus parâmetros constitutivos – alguma doutrina fala a este propósito em *Bauelemente der Verfassungsänderung*¹²⁷⁰ – a controlo da constitucionalidade¹²⁷¹. Com efeito, dificilmente se compreenderia que preceitos normativos que podem ser objecto de sindicância por parte do Tribunal constitucional estivessem situados ao nível do próprio parâmetro com o qual se confrontam, embora também seja de aceitar uma proeminência em relação às comuns normas ordinárias tendo em atenção o especial órgão de onde provêm – a Assembleia da República, munida de poderes de revisão¹²⁷².

Importa sublinhar que a relevância operativa e prática da colocação deste tipo de normas no escalão supra-legal não é, na verdade, grandemente assinalável. Com efeito, apenas poderá ter alguma importância ao nível da produção de efeitos jurídicos próprios naquelas situações em que se verificarem conflitos normativos durante a *vacatio legis* respectiva, uma vez que, quando entrarem efectivamente em vigor, “as alterações da Constituição serão inseridas no lugar próprio”, passando a ter real valor constitucional, subindo consequentemente de escalão¹²⁷³. Ainda assim, enquanto tal não suceder, importa proteger este tipo de disposições das investidas que os poderes normadores comuns poderiam levar a cabo – tentando revogá-las, derogá-las, modificá-las ou suspendê-las – o que é conseguido através do seu “congelamento” num degrau intermédio, mas superior.

1267 Cfr. art.º 166.º, n.º 1 da CRP.

1268 Cfr. MASING, Johannes, “*Zwischen Kontinuität und Diskontinuität...*”, cit., 4.

1269 Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 114 e ss.

1270 Cfr. MASING, Johannes, “*Zwischen Kontinuität und Diskontinuität...*”, cit., 4.

1271 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 935.

1272 Cfr. art.º 284.º da CRP.

1273 Cfr. art.º 287.º, n.º 2 da CRP.

Em termos de ordenação sistemática do presente trabalho, parecem ser aqui dispensáveis considerações mais alongadas. Por conseguinte, afigura-se-nos discursivamente útil remeter para o que dissemos acima a propósito dos limites impostos constitucionalmente à própria produção normativa constitucional¹²⁷⁴, matéria, de resto, que diz directamente respeito a estas temáticas.

2.2. Leis estatutárias

Outro tipo normativo que é possuidor de uma eficácia jurídica supra-legal e que, por tal motivo, justifica a sua inserção num escalão superior é constituído pelas denominadas leis estatutárias. Procuremos captar os traços essenciais do seu regime, atendendo nomeadamente à sua específica natureza jurídica e às particulares funções que lhe estão constitucionalmente consignadas.

2.2.1. Enquadramento do poder estatutário

As leis estatutárias são actos legislativos emanados pelo órgão legiferante primário – não são normas constitucionais (nem leis constitucionais), nem normas regionais¹²⁷⁵ – mediante os quais se aprovam os estatutos político-administrativos das Regiões autónomas. O seu enquadramento normativo será melhor apreendido se tivermos em atenção que, face à CRP, as Regiões autónomas não são dotadas de poder constituinte – e por isso não são entes federados – apesar de corporizarem um ente territorialmente descentralizado, titular de prerrogativas políticas e que materializam um subsistema normativo distinto do sistema normativo nacional¹²⁷⁶. Embora não se possa falar numa autêntica autonomia estatutária – a participação qualificada dos órgãos da regiões “não ultrapassa o patamar de uma (mera) reserva propulsória” –, os estatutos afirmam-se assim como que uma moldura sub-constitucional de uma ordem jurídica especial¹²⁷⁷, que se impõem

1274 V. supra, p. 468.

1275 Cfr. MIRANDA, Jorge, “Estatutos das Regiões autónomas”, in “Estudos de Direito regional”, cit., 799; AMARAL, Maria Lúcia, “Questões regionais e jurisprudência constitucional: para o estudo de uma actividade conformadora do Tribunal Constitucional”, in “Estudos de Direito regional”, cit., 267; AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei. A causa da Lei na Constituição portuguesa de 1976”, UCP, Porto, 1992, 452.

1276 Assim, AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 450.

1277 Assim, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 775.

às restantes leis¹²⁷⁸ e que desempenham uma dupla função: por um lado, garantir os “direito regionais” e, por outro lado, contribuir para a definição das estruturas organizatórias regionais, nomeadamente através (i) da determinação da estrutura orgânica e funcional do ente regional, e (ii) da delimitação das regras atinentes ao regime financeiro autonómico regional. Assumindo o papel de norma de ordenação que estabelece a estrutura organizatória de um ente público¹²⁷⁹, procuram, no fundo, desenvolver, explicar e concretizar certas normas constitucionais, adequando-as às Regiões autónomas¹²⁸⁰.

Uma análise atenta das leis estatutárias leva a concluir que, em certas passagens, elas se configuram como “normas sobre normas” (“normas legais sobre a legislação”), embora tal configuração não exclua o exercício de competências legislativas directamente activáveis a partir da CRP¹²⁸¹. Além disso, e como procuraremos demonstrar adiante, são leis que preenchem os predicados essenciais para se falar numa categoria normativa hierarquicamente superior¹²⁸² e relativamente às quais todas as restantes categorias legais, nacionais ou regionais, estão parametrizadas e se considerarão ilegais em caso de violação, numa relação de desvalor que pode ser objecto de juízo (abstracto ou concreto) da parte do Tribunal Constitucional.

2.2.2. Moldura constitucional do poder estatutário

a) *Dimensão procedimental*

Como já referimos, as Regiões autónomas não dispõem de um poder que verdadeiramente possa ser qualificado como autonomia estatutária. Todavia, não pode deixar de lhe ser reconhecido um importante papel no âmbito do

1278 V. SALEMA, Margarida, “Autonomia regional”, in “Estudos de Direito regional”, cit., 55; MACHETE, Pedro, “Elementos para o estudo das relações entre os actos legislativos do Estado e das Regiões Autónomas no quadro da Constituição vigente”, 96.

1279 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “O modelo de repartição da função legislativa entre o Estado e as Regiões autónomas”, in “Estudos de Direito regional”, cit., 216; VITORINO, António, “Os poderes legislativos das Regiões autónomas na segunda revisão constitucional”, in “Estudos de Direito regional”, cit., 151.

1280 Cfr. MIRANDA, Jorge, “Estatutos...”, cit., 800. V., ainda, NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 116 e ss.

1281 Cfr., por exemplo, alíneas i) (“exercer poder tributário próprio”); l) (“criar e extinguir autarquias locais, bem como modificar a respectiva área”); n (“elevar povoações à categoria de vilas ou cidades”); p) (“aprovar o plano de desenvolvimento económico e social, o orçamento regional e as contas da região”); e q) (“definir actos ilícitos de mera ordenação social e respectivas sanções”) do n.º 1 do art.º 227.º.

1282 Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 267.

procedimento legislativo conducente à aprovação dos estatutos, pois é às Assembleias legislativas regionais que cabe a iniciativa estatutária — que, presentemente, apenas assume relevância jurídica no quadro da revisão — embora o respectivo projecto seja discutido, votado e aprovado pela Assembleia da república¹²⁸³. Assinale-se que esta última pode rejeitar o projecto e/ou sugerir alterações¹²⁸⁴ — e pode mesmo adoptar soluções diversas das propostas pelas Assembleias regionais, aprovando propostas de alteração de iniciativa superveniente dos deputados, dos grupos parlamentares ou do Governo —, exercendo um real poder materialmente legislativo, pelo que não será legítimo pensar que a sua intervenção se resume a uma mera fase de integração de eficácia¹²⁸⁵.

Em face destes dados, não pode deixar de se reconhecer que os estatutos das Regiões autónomas são autênticas e verdadeiras leis parlamentares nacionais, e não actos legislativos regionais.

b) Dimensão material

Não obstante se configurar como uma moldura sub-constitucional, de forma alguma se pode afirmar que a lei estatutária seja “uma Constituição com amplitude potencialmente ilimitada” (JORGE MIRANDA¹²⁸⁶), susceptível de abarcar qualquer núcleo material. De facto, dificilmente se compreenderia que assim fosse, pois, competindo a iniciativa estatutária às Assembleias legislativas regionais, a inexistência de fronteiras substantivas equivaleria a uma limitação inconstitucional do poder das entidades com iniciativa legislativa genérica (Deputados, Grupos parlamentares, Governo, Grupos de cidadãos). Por conseguinte, o desenho da circunscrição dentro da qual o estatuto pode actuar tem em consideração que se está operante um acto normativo, superior é certo, ao qual cabe explicitar ou concretizar algumas normas constitucionais, adequando-as às especificidades das Regiões autónomas. Tal acto é portador de uma “estrutura normativa de densidade variável”¹²⁸⁷, pois engloba quer normas paramétricas directivas que não esgotam a disciplina de determinado núcleo substantivo (como, por exemplo, as regras de natureza financeira), quer regras organizatórias que disciplinam

1283 Cfr. art.º 226.º, n.º 1 da CRP.

1284 Cfr. art.º 226.º, n.º 2 e 3 da CRP.

1285 Cfr. MIRANDA, Jorge, “Estatutos...”, cit., 799.

1286 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 372.

1287 Assim, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 774 e ss.

exaustivamente o objecto sobre o qual incidem (v.g., complexo de poderes/atribuições de certo órgão constitucional regional).

Procuremos aprofundar um pouco esta dimensão material, visitando alguns dos seus nódulos problemáticos mais visíveis.

α) A questão da reserva de estatuto

Parece incontestável que o legislador constituinte concedeu ao legislador ordinário um assinalável campo de manobra na tarefa de conformação do conteúdo estatutário e, ao fazê-lo, reconhece aos estatutos um importante papel de preenchimento dos contornos dos poderes legislativos regionais. Com efeito, não sendo directamente reconhecidos pela Constituição os domínios – o elenco de matérias – dentro dos quais os poderes regionais podem ser exercidos, e devolvendo-se aos estatutos tal reconhecimento, coloca-se nas mãos da Assembleia da república, que os aprova (mediante proposta regional, recorde-se), uma autoridade que, não sendo compreensivelmente ilimitada, não deixa de ser estranhamente difusa¹²⁸⁸.

Perante uma tal amplitude de poderes, cabe perguntar: haverá matérias que a Assembleia da república deverá obrigatoriamente fazer constar do elenco estatutário? Será constitucionalmente admissível a existência de uma reserva de estatuto?

Embora a resposta não possa ser peremptória, não deixa de ser evidente que os (i) arranjos organizatórios – que compreendem a formação, composição e competências dos órgãos regionais, bem assim como o estatutos dos respectivos titulares¹²⁸⁹ – e (ii) o elenco de matérias sobre as quais os poderes regionais se podem debruçar constituem os seus núcleos irredutíveis. Todavia, no que particularmente aos referidos arranjos organizatórios diz respeito, a sua consagração não significa *efeito constitutivo*: os estatutos não conferem competências, apenas as reconhecem¹²⁹⁰ – a *Kompetenz-kompetenz* está nas mãos do Estado, não das Regiões –, de modo que uma sua eventual violação implicará sempre inconstitucionalidade e não mera ilegalidade¹²⁹¹.

1288 Cfr., a respeito, VITORINO, António, “Os poderes legislativos ...”, cit., 150.

1289 V. MACHETE, Pedro, “Elementos...”, cit., 97; MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 372.

1290 Neste sentido, PEREIRA COUTINHO, J. L., “Lei regional”, in “Estudos de Direito regional”, cit., 187.

1291 Cfr. MACHETE, Pedro, “Elementos...”, cit., 99.

β) A questão dos conteúdos estatutários eventuais

Questão constitucionalmente interessante será a de saber qual o valor normativo dos conteúdos estatutários eventuais. A questão ganha relevo porque não pode deixar de se reconhecer que, a par de normas estatutárias *por natureza* [as referidas no ponto anterior (α)], existem normas *só formalmente estatutárias*. Parece que nestes casos só às primeiras deve ser reconhecido valor paramétrico¹²⁹², o que significa que, na eventualidade de a lei estatutária conter normas fora dos núcleos mencionados (dilatação do conteúdo estatutário¹²⁹³), estas não adquirem força acrescida ou superior, podendo ser modificadas ou revogadas livremente por outro acto legislativo (não reforçado), tudo se passando no plano das relações de paridade e não no plano das relações de escalonamento. Além disso, tais normas com excesso de forma (*excesso de estatuto*) podem ainda estar feridas com uma eventual inconstitucionalidade por violação das regras de iniciativa legislativa¹²⁹⁴.

2.2.3. O valor paramétrico dos Estatutos

No plano do escalonamento normativo, os estatutos político-administrativos apresentam-se como uma categoria legal que, na íntegra, se afirma como padrão de vinculação das restantes normas infraconstitucionais. Esta parametricidade *erga omnes* leva a que não sejam normativamente confundidos com as leis com valor reforçado comuns, até porque o próprio legislador constituinte os autonomiza como padrão distinto¹²⁹⁵, levando a que se possa falar numa verdadeira sobreordenação. Têm assim uma força superior aos restantes actos legislativos, sendo completamente imunes a eles (super-rigidez) e às suas investidas¹²⁹⁶.

Deste modo, e ao contrário de todas as outras categorias legais, vinculam-se unicamente à Constituição, justificando-se este valor supralegislativo, por um lado, pelo facto de as Regiões autónomas serem a única pessoa colectiva territorial a que constitucionalmente se reconhece poder político e, por outro lado, no especial procedimento agravado que a sua alteração implica.

1292 Neste sentido, VITORINO, António, “Os poderes legislativos ...”, cit., 151, 152.

1293 Cfr. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 775 e ss.

1294 Assim, MIRANDA, Jorge, “Estatutos...”, cit., 802.; MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 374.

1295 Cfr. art.º 280.º, n.º 2, alínea c) e 281.º, n.º 1, alínea d) da CRP.

1296 Neste sentido, GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho administrativo”, cit., 283.

3. Normas não internas

3.1. Normas internacionais

3.1.1. Considerações analíticas preliminares

A colocação de normas de Direito internacional no escalão supra legal não está isenta de dúvidas e, desde logo, é importante chamar a atenção para as distinções que devem ser feitas entre os seus diversos sub-tipos, salientando que nem todas elas farão parte integrante deste degrau. Assim, como já tivemos oportunidade de constatar, não serão aqui englobadas as “normas e os princípios de Direito internacional geral ou comum” – que beneficiam de uma *cláusula geral de recepção plena*¹²⁹⁷ – na medida em que já concluímos pelo seu valor (materialmente) constitucional. A sua incorporação, em conformidade, foi efectuada no escalão das dimensões constituintes¹²⁹⁸, pelo que a sua referência aqui seria de todo deslocada e ilógica.

Por conseguinte, a nossa atenção debruçar-se-á, em termos de integração escalonada, sobre as normas de Direito internacional convencional e as normas emanadas das organizações internacionais de que Portugal faz parte.

Antes disso, porém, parece-nos indispensável relembrar muito rapidamente algumas das coordenadas conclusivas que fixamos em momentos anteriores da investigação, coordenadas essas relacionadas com aspectos genéricos, mas importantes, respeitantes ao relacionamento do ordenamento normativo português com os ordenamentos a ele externos. Assim, cumpre chamar novamente a atenção para o seguinte:

- (i) Deve ser adoptada uma postura ordenamental dualista, significativa da ideia de que o ordenamento normativo estadual é, em relação ao ordenamento normativo internacional, originário e autónomo. Contudo, não se trata da adopção de uma visão jurídica conflitual dos relacionamento internormativos, na medida em que entendemos que a querela monismo/dualismo tem tendência a esbater-se;
- (ii) As ferramentas normativas a manusear nesta sede não serão a validade e a invalidade, mas sim a aplicabilidade, a eficácia e a preferência applicativa, pois assentamos as nossas conclusões na ideia de que um ordenamento determinado não se pode pronunciar em

¹²⁹⁷ Cfr. art.º 8.º, n.º 1 da CRP.

¹²⁹⁸ Cfr. o que dissemos supra, pp. 339 e ss.

termos de fundamento de validade em relação a normas que não são dele originariamente oriundas.

3.1.2. As normas de Direito internacional convencional

Para efeitos deste trabalho, adoptaremos uma noção operativa de Direito internacional convencional, significativa do conjunto de disposições normativas produtoras de efeitos não exclusivamente internos, mediante as quais os sujeitos de Direito Internacional contraem obrigações por mútuo acordo¹²⁹⁹. Tal noção tem implícita a consideração de que, em abstracto, existem dois tipos de tratados internacionais: aqueles dos quais é possível extrair normas jurídicas (tratados normativos) e aqueles dos quais tal não é possível (tratados não normativos, declarações). Naturalmente que no contexto da análise normativa em que nos procuramos mover apenas o primeiro tipo nos interessará. Por outro lado, quanto á produção de efeitos jurídicos – portanto, quanto aos tratados normativos –, também importa ter presente a ideia de que existem tratados relativamente aos quais é preciso editar normas internas para dar cumprimento às disposições e outros que são directamente aplicáveis (tratados *self executing*).

Em termos formais, a doutrina e a jurisprudência têm distinguido entre tratados solenes e acordos em forma simplificada. As opiniões são numerosas e vários critérios distintivos têm sido apontados. Pela nossa parte, entendemos que a relação que se estabelece entre ambos os tipos de actos internacionais mencionados deve ser homóloga à relação que se estabelece entre a lei e o regulamento, cabendo ao tratado solene a função de disciplina inicial, primária, inovatória¹³⁰⁰ e aos *acordos* uma função executiva e complementar em relação a tratados já aprovados. No que diz respeito ao regime jurídico- constitucional a que estão sujeitos uns e outros, devem-se assinalar os seguintes aspectos essenciais:

- (i) apenas tendencialmente uma distinção orgânica poderá aqui ser operativa, pois se é verdade que o Governo apenas tem, neste domínio, competência para aprovar acordos (“cuja aprovação não seja da competência da Assembleia da República ou que a esta não tenham sido submetidos”), já a Assembleia da república tanto pode aprovar acordos como tratados solenes. Aliás, até utilizará obrigatoriamente

1299 Cfr. CALVO GARCÍA, Manuel, “*Teoría del Derecho*”, cit., 126.

1300 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 8.º, 85.

a forma de tratado quando estiver em causa a participação de Portugal em organizações internacionais, os tratados de amizade, de paz, de defesa, de rectificação de fronteiras ou assuntos militares; diversamente, utilizará a forma de tratado ou acordo quando estiverem em causa matérias da sua competência reservada ou que o Governo entenda submeter à sua apreciação¹³⁰¹.

- (ii) Os Tratados solenes estão sujeitos a ratificação por parte do Presidente da república¹³⁰², enquanto os acordos em forma simplificada apenas têm os respectivos instrumentos de aprovação (resolução da Assembleia ou decreto do Governo) sujeitos a assinatura¹³⁰³. De qualquer modo, uma ou outra forma materializam as ideias de que a constitucionalidade do processo de formação da convenção é condição da sua recepção na ordem interna, e que do Presidente da república depende a vinculação internacional do Estado português.
- (iii) Tratados e acordos estão equiordenados em grau, não se admitindo, à face da CRP, qualquer graduação jurídico-normativa entre eles¹³⁰⁴.

No que concerne à sua colocação do âmbito da construção escalonada do ordenamento português – tendo por adquirido que já se procedeu à sua incorporação sujeita a condição (a convenção internacional ter sido regularmente ratificada, aprovada e publicada, e as suas normas “vincularem internacionalmente o Estado Português”) –, as normas convencionais internacionais (que não consubstanciem princípios de Direito internacional geral) devem colocar-se num patamar infraconstitucional e supralegal¹³⁰⁵, excepção feita, naturalmente, às normas das convenções de conteúdo materialmente constitucional. Quer numa situação, quer na outra, a desconformidade entre as normas respectivas – Constituição e tratado num caso, tratado e lei (anterior ou posterior) no outro – acarreta a inaplicabilidade

1301 Cfr. art.º s 161.º, alínea i) e 197.º, n.º 1 alínea c) da CRP.

1302 Cfr. art.º 135.º, alínea b) da CRP. Tal ratificação consiste no acto (livre) presidencial que declara a vinculação a um Tratado, com a consequente produção de efeitos no ordenamento normativo interno, afigurando-se deste modo como uma condição de eficácia do acto.

1303 Cfr. art.º 134.º, alínea b) da CRP.

1304 Cfr., todavia, MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 358.

1305 Neste sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, “Direito internacional público...”, cit. 82; MIRANDA, Jorge, “Direito internacional público...”, cit., 190; GUASTINI, Riccardo, “*Lezioni di teoria costituzionale*”, cit., 118.; RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 195; DE OTTO, Ignácio, “*Derecho Constitucional – sistema de fuentes*”, cit., 124. Em sentido diverso, SCHMITT, Carl, “*Verfassungslehre*”, cit. 72. Cfr., ainda art.º s 278.º, n.º 1 da CRP e 70.º, n.º 1, alínea i) da LTC.

da norma infraordenada que, em consequência, deixa de produzir efeitos jurídicos na ordem normativa interna¹³⁰⁶.

Três notas suplementares ainda merecem ser referidas:

- a admissibilidade da posição infraconstitucional dos Tratados implica a aceitação de um princípio hermenêutico particular – o princípio interpretação dos tratados conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge*)¹³⁰⁷;
- por outro lado, se do tratado resultar a produção de normas derivadas, a futura incorporação destas supõe igualmente a inaplicabilidade das leis anteriores que não tenham sido derogadas pelo acto de autorização da sua celebração¹³⁰⁸;
- as normas internas emanadas para dar cumprimento a um tratado internacional assumem no ordenamento interno, nos termos já referidos, uma posição de especial protecção (valor reforçado atípico).

3.1.3. As normas emanadas das organizações internacionais de que Portugal faz parte

Ainda dentro do escalão situado acima das normas legais e abaixo das normas constitucionais uma outra espécie normativa podemos encontrar: as normas de Direito internacional emanadas das organizações internacionais.

Como já tivemos ocasião de referir, a Constituição portuguesa, a exemplo de variadíssimas outras, autoriza a transferência do exercício, que não da titularidade, de certas prerrogativas normadoras a favor de organizações internacionais. O exemplo mais frequentemente referido consiste nas instituições da União europeia, mas também outras organizações devem aqui ser referidas: Organização das Nações unidas, Organização internacional do trabalho, Organização mundial de comércio, Fundo monetário internacional, etc.¹³⁰⁹.

1306 Acerca da admissibilidade da noção de delegação ou autorização preconizada por Kelsen no âmbito das relações entre o Direito interno e o Direito internacional, v. VERDROSS, Alfred, “*Die Rechtstheorie Hans Kelsen’s*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, Cit., 1304.

1307 V. BverGE, 36, 1, 31 e ss (*Grundlagenvertrag*). V. BERNHARDT, Rudolf, “*Völkerrechtskonforme Auslegung der Verfassung?*”, cit., 397 e ss. Quanto ao princípio de sentido inverso [interpretação da Constituição conforme os Tratados internacionais *völkerrechtskonformen Auslegung der Verfassung*]], cfr. supra, pp. 340 e 447.

1308 Cfr., a propósito, REQUERO PAGÉS, “*Sistemas normativos...*”, cit. 45 e ss.

1309 V., por exemplo, VON BOGDANY, Armin, “*Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation (Erste Teil: Entkoppelung von Recht und Politik)*”, in KJ, 34, 3, 2001, 274-275.

Em qualquer destes casos, embora não seja comum, pode acontecer que surja a produção de verdadeiros e autênticos actos normativos, isto é actos gerais e abstractos produtores de efeitos jurídicos e vinculativos para os Estados. Em termos de escalonamento, parece-nos que as considerações tecidas a respeito das normas de Direito derivado (secundário) da União Europeia – sem dúvida o núcleo mais significativo – apropriam-se plenamente. Por esta razão para lá remetemos e declinamos a tarefa de maiores aprofundamentos.

3.2. Normas de Direito europeu comunitário derivado

Outro agregado normativo que deve ser inserido no escalão das normas com valor supra legal é constituído pelas disposições de Direito europeu comunitário derivado ou secundário. Justifica-se a inserção neste patamar em face do especial invólucro de protecção que a tais normas é dispensado pelas estruturas normativas constitucionais, ao reconhecer-se-lhes, como já vimos, um importante efeito de prevalência (primado) sobre as normas internas, anteriores ou posteriores, conflituantes. Assim, especial resistência derogatória e especial poder de desbancamento constituem os fundamentos da atribuição de um valor que necessariamente haveria de ser superior ao das leis ordinárias (mesmo que munidas de valor reforçado).

Por outro lado, a referência circunscrita ao Direito europeu derivado – aquele que resulta da produção normativa das instituições previstas nos estatutos fundacionais do ordenamento comunitário (Constituição europeia, Tratados) – compreende-se na medida em que as normas de Direito europeu originário foram já sistemática e gradualmente inseridas no escalão fundante.

Os tipos normativos que neste contexto merecem, em função da aptidão de produção de efeitos e problemas de integração na ordem interna, referência particular são as directivas e os regulamentos. Estes últimos são actos que tendem a criar uma normação uniforme aplicável directa, imediata e contemporaneamente em todos e em cada dos ordenamentos dos Estados-membros. Além disso são tendencialmente auto-exequíveis e completos, perpassam materialmente todo um domínio substantivo, abrangendo mesmo a actividade disciplinadora interna correspondente e produzindo o *efeito guilhotina*¹³¹⁰: a norma regulamentária europeia, salvo excepções expressas, não deixa qualquer espaço à actividade normadora interna de

1310 V. RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 203.

complementação ou desenvolvimento, restando ao Estado a mera execução administrativa.

Por seu lado, as directivas — que na configuração inicialmente pensada, só tinham como destinatários os Estados-membros propriamente ditos e não qualquer outro actor jurídico¹³¹¹ — não se auto executam, têm baixa intensidade normadora, e já se configuram como verdadeiras normas de resultado¹³¹², obrigando os Estados a emanar disposições normativas internas (*Umsetzungsgesetze*) para cumprir os fins nelas previstos¹³¹³, o que leva a que se fale em *zweistufigen Rechtssetzung*¹³¹⁴. Parece valer, quanto a este ponto, um princípio de relativa indiferença da União europeia em relação às estruturas normativas constitucionais dos Estados-membros¹³¹⁵ (*nationale Verfahrensautonomie*¹³¹⁶), significativo da ideia de que estes é que escolhem, de acordo com as suas ponderações, os meios adequados para a respectiva transposição¹³¹⁷. Neste aspecto, no que concerne particularmente ao ordenamento constitucional português, prevê-se uma *reserva de lei transpositiva*, na medida em que o acto de transformação das directivas pode (deve) assumir a forma de acto legislativo — lei, decreto-lei ou decreto legislativo regional¹³¹⁸.

1311 Cfr., acerca da eficácia subjectiva (vertical e horizontal) das directivas, BACH, Albrecht, “*Direkt Wirkungen von EG-Richtlinien*”, in JZ, 1990, 23, 1113 e ss.

1312 V. BACH, Albrecht, “*Direkt Wirkungen von EG-Richtlinien*”, cit., 1109.

1313 Cfr. KALTENBORN, Markus, “*Rahmengesetzgebung im Bundesstaat und im Staatenverbund*”, cit., 450 e ss. Quanto a uma eventual similitude entre as directivas e a “legislação de bases”, v., *idem*, 417 e ss.

1314 Assim, BACH, Albrecht, “*Direkt Wirkungen von EG-Richtlinien*”, cit., 1109.

1315 Neste sentido, RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 204.

1316 Cfr. SCHROEDER, Werner, “*Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht ...*”, cit., 22 e ss.

1317 Com o apuramento da respectiva jurisprudência, o TJCE esbateu a diferença apontada entre regulamentos e directivas ao prescrever que estas últimas também podem ter efeito directo, quando o seu conteúdo seja claro e preciso e permita extrair direitos para os particulares.

1318 Cfr. art.º 112.º, n.º 8 da CRP. Como já tivemos ocasião de referir, poderão aqui suscitar-se problemas em face de uma eventual inércia dos poderes regionais — *rectius*: das Assembleias legislativas regionais — na tarefa de transposição (em matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania — cfr. n.º 4 do art.º 112.º), podendo nomeadamente perguntar-se se não seria de admitir um poder de substituição ou de injunção do Estado enquanto ente público maior (o responsável perante a União) em relação às regiões autónomas. Parece-nos — embora, devemos admiti-lo, com algumas dúvidas — que a subversão dos arranjos organizatórios constitucionalmente previstos deverá ceder perante o princípio da integridade da soberania da República e o dever de cumprimento das obrigações externas, sendo de admitir um poder de injunção atípico.

Pois bem, além dos efeitos de prevalência das normas referidas (regulamento e directivas), outra força normativa acrescida surge neste contexto: a dos actos internos de transposição. Estes devem ser considerados actos normativos potenciados na sua resistência passiva, não podendo ser afastados por outros actos internos que não tenham o mesmo objectivo. Mais uma vez, portanto, estamos perante uma situação de valor reforçado atípico¹³¹⁹.

Contudo, não podemos deixar de chamar a atenção para o seguinte: os actos de execução *lato sensu* (sejam eles actos legislativos, sejam administrativos) devem, obviamente, continuar a basear-se na Constituição, tendo particularmente em atenção as dimensões essenciais do Estado de Direito, nomeadamente a legalidade da actuação administrativa e a segurança jurídica e protecção da confiança (clareza e determinabilidade, tendencial proibição dos pré-efeitos e da retroactividade, irrevogabilidade dos actos administrativos constitutivos de direitos, salvaguarda dos casos julgados, etc.)¹³²⁰.

4. As decisões jurisdicionais com força obrigatória geral

Finalmente, importa fazer referência a um outro conjunto de actos, estes formalmente jurisdicionais, que, na nossa opinião, potenciam efeitos jurídicos que, num certo sentido, podem ser equiparados aos actos que agora analisamos.

Como se sabe – e a própria Constituição expressamente o reconhece¹³²¹ –, certas decisões jurisdicionais ultrapassam em muito o clássico alcance *inter partes* de resolução do litígio subjacente ao caso em concreto. Em alguns casos, elas afirmam-se como verdadeiros padrões orientadores para futuras situações jurídicas, não em termos de constituírem um precedente positivo – uma vez que, efectivamente, não é criada uma nova norma comportamental (Direito objectivo) –, mas em termos de vincularem negativamente todos os actores jurídicos. Estamos a falar, como se intui, das decisões dos tribunais – no caso do ordenamento português, do Tribunal constitucional¹³²² – dotadas de força obrigatória geral, como é o caso

1319 Cfr. RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 205 e o que dissemos supra, página 343.

1320 Assim, STREINZ, Rudolf, “*Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrecht...*”, cit., 822.

1321 Cfr. art.º 119.º, n.º 1, alínea g) e 282.º, n.º 1.

1322 Em rigor, também algumas decisões dos tribunais administrativos e tributários (v.g., Tribunal central administrativo, tribunais administrativos e tribunais tributários) se incluem do âmbito do tipo de efeitos referidos. Atente-se, por exemplo, no disposto na alínea c) do art.º 38.º do Estatuto

das declarações (positivas¹³²³) de inconstitucionalidade e de ilegalidade, a que certa doutrina se refere como “actos jurisdicionais materialmente criadores de Direito”¹³²⁴. Nestas situações, é pacífico que as decisões referidas – jurisdicionais, recorde-se¹³²⁵ – vinculam todos os órgãos públicos, sejam eles órgãos políticos, legislativos, administrativos ou jurisdicionais (*Bindungswirkung*) em termos de, consoante os casos, não mais aplicarem a norma sindicada nem introduzirem no ordenamento uma norma de conteúdo e alcance idênticos. Mas, mais importante do que isso, é-lhes reconhecida a força de lei (*Gesetzeskraft*), no sentido de alargamento da sua obrigatoriedade a todas as entidades públicas e privadas, pessoas singulares e/ou colectivas afectadas pela norma¹³²⁶. O tribunal respectivo, nestes casos, mais do que como uma guardião da Constituição (“*Hüter der Verfassung*”¹³²⁷), funciona como um “legislador negativo” ou um “destruidor de leis”¹³²⁸.

Contudo, tal força de lei, como muito bem acentua GOMES CANOTILHO¹³²⁹ não significa uma total equiparação aos actos legislativos. Entre outras diferenças, há a salientar (i) o facto de que as decisões dos tribunais, ainda que dotadas de força obrigatória geral, não podem ser sujeitas a controlo da constitucionalidade – diferentemente do que acontece com as leis – nem a revogação por quem as emana¹³³⁰. Além disso, (ii) a declaração com força obrigatória geral, na prática, revela uma projecção de efeitos mais ampla e “superior” à dos típicos actos legislativos, na medida em que não se limita a revogar (com simples eficácia *ex nunc*) actos anteriores desconformes,

dos tribunais administrativos e fiscais (ETAF), nos termos do qual “compete à Secção de Contencioso Tributário do Tribunal Central Administrativo conhecer (...) dos pedidos de declaração de ilegalidade de normas administrativas de âmbito nacional, emitidas em matéria fiscal” [v., ainda, art.º 49.º, alínea e), sub-alínea i) do ETAF e arrt.º s 73.º e ss. do Código de processo nos tribunais administrativos].

1323 Parece-nos que podemos afirmar que as sentenças negativas de inconstitucionalidade ou ilegalidade, em rigor, nada acrescentam ao ordenamento normativo nem incidem sobre a realidade pré-existente. Além disso, a norma sindicada sempre continua a poder ser “atacada” no futuro. Assim, DE OTTO, Ignácio, “*Derecho Constitucional – sistema de fuentes*”, cit., 287.

1324 V., em sentido crítico, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 152 e ss. e bibliografia aí citada [nota (536)].

1325 Cfr. MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 309.

1326 Assim, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1009; HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 285; SCHMIDT, Rolf, “*Staats-organisationsrecht*”, cit., 258; Cfr., ainda, por exemplo, acórdão do TC 117/93.

1327 Cfr. HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 284.

1328 Assim, por exemplo, DE OTTO, Ignácio, “*Derecho Constitucional – sistema de fuentes*”, cit., 286.

1329 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1009.

1330 Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “Os acórdãos com força obrigatória geral...”, cit., 262-263.

mas, em regra, apaga retroactivamente todos os efeitos por estes produzidos¹³³¹. Por fim, (iii) sempre se suscitariam problemas no que respeita a uma eventual “intensidade variável” dos efeitos respectivos, em função do escalão gradualístico da norma afectada (lei, regulamento, etc.)¹³³².

De resto, uma equiparação total entre decisões jurisdicionais e actos legislativos sempre correria o risco de colocar em crise alguns postulados essenciais das estruturas organizatórias e normativas constitucionais, como seria o caso dos princípios da separação dos poderes, democrático e tipicidade dos actos legislativos¹³³³.

1331 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 153; DE OTTO, Ignácio, “*Derecho Constitucional – sistema de fuentes*”, cit., 286. V., ainda, HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 285; SCHMIDT, Rolf, “*Staats-organisationsrecht*”, cit., 258.

1332 Quando muito, nos casos em que se verifica a repristinação das normas revogadas pela norma agora afectada, se poderia falar com mais propriedade em analogia com a lei, já que existe um efeito inovatório, traduzido na reentrada em vigor de tais normas. Em sentido discordante, cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 154.

1333 Neste sentido, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 153.

Subdivisão III

As normas com valor legal

1. Crise da lei e paradigma da pós-modernidade

Apesar de os propósitos da presente investigação se dirigirem ao estudo analítico dos contornos actuais dos actos legislativos num ordenamento em concreto, não podemos deixar de assinalar que o conceito de lei mergulha as suas raízes em inultrapassáveis condicionantes históricas. Por tal motivo, e sem pretender deslocar em demasia o curso que pretendemos imprimir ao trabalho, parece-nos particularmente necessário aludir aos contornos que o referido conceito assumiu em termos clássicos, aceitando que mesmo estes termos são já o produto de uma sedimentação que quase se perde nos tempos¹³³⁴.

Pode-se dizer que o acto legal nascido das influências do pensamento moderno de feição racional é um acto (i) estadual, (ii) tendencialmente democrático, (iii) geral e abstracto, e (iv) normativamente superior. Procuremos averiguar em que medida¹³³⁵.

- (i) Em primeiro lugar, só existe lugar para a lei do Estado, revelando-se esta como a norma primária universal para disciplinar os diversos poderes dos órgãos públicos e as imposições para os cidadãos¹³³⁶, constituindo desta forma a causa e a origem, não apenas das decisões, mas do próprio *sistema das decisões*. Os corpos sociais intermédios e órgãos corporativos, quando muito, intervêm no procedimento legislativo a título consultivo para defender os seus interesses, mas não emanam, eles próprios, normas com valor de lei. Esta centralização das competências legiferantes assume-se como a materialização no plano jurídico-normativo do postulado da soberania una e indivisível da nação. Por outro lado, concebendo-se o Estado como a única entidade com prerrogativas de legiferação, acentua-se a característica da unidade formal da lei, na medida em que se aceita a existência de um único tipo legal, emanado do parlamento.
- (ii) Em segundo lugar, será o acto primacialmente pensado para a protecção das liberdades, devendo, por isso, ser o reflexo de uma suposta vontade geral. Tal significou, no seu tempo, a absolutização do primado do parlamento e do princípio democrático, mesmo quando

1334 Cfr. ROSS, ALF, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 371 e ss., HERZOG, Roman, “*Allgemeine Staatslehre*”, cit., 323 e ss., LABAND, Paul, “*Deutsches Reichstaatsrecht*”, cit., 114 e ss.

1335 Acerca de outros contornos históricos e da evolução do conceito de lei, cfr., SCHMITT, Carl, “*Verfassungslehre*”, cit., 139 e ss; BLANCO DE MORAIS, Carlos, “*As leis reforçadas...*”, cit., 66 e ss.

1336 Cfr. AFONSO VAZ, Manuel, “*Lei e reserva da Lei...*”, cit., 389.

este se materializava num sufrágio de características restritas (censitário ou capacitário) e dava corpo a um órgão onde apenas tomam assento os mais capazes da nação.

- (iii) Além disso, a lei típica dos quadros da modernidade é uma lei marcada pela generalidade e pela abstracção. E compreende-se que assim seja. Além de se conceber que seja uma exigência do próprio princípio da separação dos poderes – na medida em que os poderes administrativo e judicial são, por natureza concretos, ao contrário do legislativo – a lei deve ser justa e racional (dimensão material da lei) e tais propósitos só são conseguidos, pensa-se, quando seja geral e abstracta. De resto, numa altura em que ao nível da teoria do conhecimento a razão se afirma como o instrumento privilegiado para atingir a verdade, assiste-se à tentativa dos poderes públicos de, por meio dessa mesma razão, impor *standards* e modelos de existência, que correspondem ao sistema de verdade por si defendido. A lei geral e abstracta surgiu como o meio mais adequado para o fazer, não se mostrando sensível aos esquemas sociais minoritários que escapam à edificação de uma sociedade limada e uniformizada.
- (iv) Por fim, é uma lei que se afirma como normativamente superior em relação a todos os outros actos normativos. Esta soberania ou império da lei – que significa não apenas vinculação dos poderes executivos, mas igualmente do próprio legislador¹³³⁷ – ganha particular relevo no domínio das limitações das liberdades, nomeadamente ao consagrar-se uma *reserva de lei restritiva*, que significará a adopção do princípio de que as intromissões na esfera individual de liberdade deve ser feita com fundamento na lei (“*auf grund des Gesetzes*”), embora não necessariamente por intermédio de uma lei (“*durch Gesetz*”¹³³⁸).

Contudo, a corrosão de algum do substrato teórico que constituía os pilares da modernidade empurrou o conceito tradicional de lei para uma “*parabola discendente*”¹³³⁹ ou para uma crise¹³⁴⁰ que implicará, no mínimo, uma reformulação dos quadros jurídico-normativos que o enformam. Tendo por referência os tópicos acima apontados, aprofundemos um pouco estas ideias.

1337 Cfr. SCHMITT, Carl, “*Verfassungslehre*”, 8.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1993, 139.

1338 Cfr. SCHMITT, Carl, “*Verfassungslehre*”, cit., 152, 153.

1339 Assim, TUCCARI, Emanuele, “*Appunti per una teoria sulla normazione negoziale*”, in RTDP, 1986, 1, 76. V., ainda, RUGGERI, Antonio, “*Circolare amministrative e circolari di indirizzo politico*”, in RTDP, 1973, 4, 1758 e ss.

1340 Cfr., por exemplo, TERRÉ, François, “*La «crise de la loi»*”, in ArchPhD, 25, 1980, 17 e ss.

- (i) Um dos pilares que apresenta algumas fracturas e motiva algumas inquietações é precisamente o pilar *Estado*¹³⁴¹. A vontade pública deixa de se revelar como uma vontade exclusivamente estadual e dissemina-se numa série de outras pessoas colectivas colocadas abaixo (*infraestadualização*), acima (*supraestadualização*) e ao lado (*paraestadualização*) daquele. Os entes territorialmente descentralizados como as Autarquias e as Regiões, bem como as organizações internacionais da mais diversa natureza são disso exemplo claro. Neste quadro, é natural que caia o mito da unidade formal da lei e se revelem vários tipos legais, por sua vez densificados em diversas sub-categorias¹³⁴².
- (ii) Por outro lado, a lei deixa de ser produto exclusivo da vontade parlamentar para passar a afirmar-se também como o produto da vontade de outros órgãos estaduais que, com o tempo, vão assumindo competências legiferantes. A ideia de governamentalização da lei ganha cada vez mais terreno e é motivada, entre outras razões, pela necessidade de especialização que a crescente tecnicização das relações sociais exige dos instrumentos normativos genéricos¹³⁴³.
- (iii) Além disso, a lei passa a não ser necessariamente geral e abstracta, surgindo em cada vez maior número as leis-medida e as leis-providência. Este surgimento deve-se, em parte, à erupção das notas de *sensibilidade* e à descrença na razão enquanto motor fundamental da sociedade, notas essas que induzem uma preocupação marcada pelo individual, pelo concreto, pelo local e pelo íntimo. Desta forma, exige-se que as actuações públicas actuem “sob uma forma fragmentária e assistemática”¹³⁴⁴, e procurem assegurar uma adequada protecção dos estrangeiros, dos deficientes, das mulheres, enfim das minorias aos mais diversos níveis (étnico, social, jurídico, político, religioso, etc.)¹³⁴⁵.

1341 V., a propósito, VESTING Thomas, “*Erosionen staatlicher Herrschaft (Zum Begriff des politischen bei Carl Schmitt)*”, in AöR, 117, 1, 1992, 4 e ss.

1342 No que diz respeito particularmente ao ordenamento jurídico-constitucional português, a CRP consagra a existência de três tipos legais — lei, decreto-lei e decreto legislativo regional (art.º 112.º, n.º 1) — e de numerosas sub-categorias legais, de que são exemplos, as leis orgânicas, as leis de bases, as leis de autorização legislativa, as leis de enquadramento; os decretos-lei concorrentes, exclusivos, autorizados e de desenvolvimento (art.º 198.º) ; e os decretos legislativos regionais concorrentes, autorizados e de desenvolvimento (art.º 227.º).

1343 V. BREUER, Rüdiger, “*Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*”, cit., 49-52.

1344 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 136.

1345 Saliente-se, contudo, e como muito bem observa JORGE MIRANDA (“Manual...”, cit., tomo V, 137), tais normas não saem do campo da função legislativa, na medida em que (ainda) se alicerçam

(iv) Assiste-se igualmente a uma relativização do papel superior da lei¹³⁴⁶. Podemos afirmar que tal relativização se projecta em três distintas direcções: em primeiro lugar, é motivada pela defesa da necessária subordinação às normas constitucionais, constatando-se que princípios como os da conformidade dos actos públicos com a Constituição ou da interpretação conforme a Constituição colocam os legisladores ordinários numa posição de dependência em relação às prescrições materiais ditadas pelo legislador constituinte. Em segundo lugar, esbate-se a supremacia da lei em relação ao poder jurisdicional, a ponto de se considerar este como um legislador negativo, num quadro onde os tribunais superiores, como o Tribunal Constitucional português, deixam de ser meros aplicadores e passam a dispor de prerrogativas de sindicância da actividade legislativa, em termos de afastar do ordenamento — mediante a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral¹³⁴⁷ — normas legais que infrinjam o disposto em normas parametricamente supraordenadas, como as normas constitucionais ou as normas reforçadas. E finalmente, em terceiro lugar e com cada vez maior relevância, assiste-se a um desbancamento da lei motivado pela aplicação preferente do Direito externo, particularmente o Direito europeu comunitário.

2. Disseminação dos núcleos de produção legislativa: Governamentalização, regionalização e europeização

Como podemos constatar a partir do que acabamos de referir no ponto precedente, uma das notas mais marcantes dos sistemas legislativos actuais é a disseminação das prerrogativas legiferantes e o policentrismo legislativo. Tais fenómenos, e ao contrário do que se poderia eventualmente intuir, não são exclusivos dos sistemas constitucionais que se ancoram num Estado composto, como é o caso dos Estados federais, mas verifica-se igualmente em sistemas constitucionais que têm na sua base Estados unitários.

Nestes, o policentrismo referido começa por se manifestar através de um fenómeno de governamentalização da actividade legislativa, mediante a

em opções políticas. Não estamos, portanto (ainda) no círculo da função executiva-administrativa. Aliás, razão semelhante estará na negação do carácter de *lei material* aos regulamentos. Cfr., também, GORLERO, Maurizio P. "*Le fonti del Diritto...*", cit., 9.

1346 Cfr. RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, "*Teoría y práctica...*", cit., 134 e ss.

1347 Cfr. art.º 282.º da CRP.

deslocação das competências para legislar dos parlamentos para os Governos¹³⁴⁸. Entre as razões que justificam tal mudança pode-se apontar, desde logo, o maior grau de tecnicidade que o tratamento de determinadas matérias implica em campos substanciais como a disciplina dos tributos em geral e dos impostos em particular; o recorte de determinados tipos legais de crime; as molduras englobadoras das condições de exercício de determinadas profissões; a densificação de direitos que envolvam prestações jurídicas e materiais diversas; os termos em que determinados direitos (v.g., deslocação, manifestação, associação) podem ou devem ser restringidos, etc. Além disso, em tais domínios técnicos, o Governo mostra-se muitas vezes mais preparado para enfrentar e servir de colector às reivindicações que os diversos actores e destinatários de medidas impopulares apresentam, bem como está à partida mais apto a tomar decisões caracterizadas por uma maior agilidade ou celeridade. De resto, procura-se assegurar, mediante a intervenção legislativa governamental uma maior *coerência institucional*, o que sempre constitui um factor de motivação política.

Mas não apenas a governamentalização deve aqui ser referida. Também a atribuição constitucional do poder de legislar a entes territorialmente descentralizados deve ser destacada. No seguimento da falência do estado unitário centralizado de feição francesa e da assunção da ideia de que a complexidade das tarefas públicas torna impossível um único centro decisório, a atribuição do poder de editar leis a Parlamentos ou a Governos regionais ou locais mais não é do que a expressão de um fenómeno de autonomia política constitucionalmente consagrada — daí se caracterizar por ser uma autonomia *outorgada* e não uma *auto-autonomia*¹³⁴⁹ —, autonomia essa que, além do mais, significa que os entes em causa — dos quais as Regiões Autónomas portuguesas são exemplo — dispõem de prerrogativas normativas, ou seja de poderes para emanar normas jurídicas constitutivas de um conjunto normativo próprio. No casos extremos e no plano sociológico, estes fenómenos de pulverização de poderes reflectem as ambições separatistas de determinados núcleos territoriais, que se autonomizam dos restantes em função de critérios diversos como a existência de minorias étnicas, linguísticas, religiosas, etc. ou a insularidade geográfica que as caracteriza.

Finalmente, um fenómeno que pode perpassar vários Estados, independentemente da sua configuração constitucional: a integração europeia.

1348 V., a propósito, BLANCO de MORAIS, Carlos, "As leis reforçadas...", cit., 77 e ss.

1349 Neste sentido, ARAGÓN REYES e AGUADO RENEDO, "Los estatutos de autonomia regional en el ordenamiento portuges", in "Perspectivas constitucionais...", cit., I, 709.

Independentemente de se saber qual a conformação jurídica que este fenómeno pode assumir — nomeadamente se estamos em presença de uma associação de Estados (*Staatenbund*), uma federação (*Bundesstaat*), ou um *tertium genus* (v.g., *Staaten-gemeinschaft sui generis*)¹³⁵⁰ — o que é certo é que se verifica a transferência do exercício de certos poderes legislativos, em domínios materiais nem sempre adequadamente delimitados, a favor de certas instâncias europeias¹³⁵¹. A consideração de que certos interesses de feição supranacional são melhor prosseguidos por instâncias não internas e não estaduais estarão na origem de tal *efeito de deslocação*. De toda a forma, a intervenção europeia apenas se deve justificar, em princípio, se os Estados-membros não puderem ou não conseguirem prosseguir determinadas atribuições (*princípio da subsidiariedade*) e sempre na medida em que estes o determinem, uma vez que eles é que são titulares da competência das competências¹³⁵².

3. Uma noção de lei normativo-constitucionalmente orientada

3.1. Inaplicabilidade de um conceito teórico de lei

Embora já se tenha referido este aspecto várias vezes, parece conveniente tornar a salientar que o nosso trabalho procura fundar-se num estudo normativamente orientado e localizado histórico-espacialmente. Pretende-se captar os traços individualizadores de um ordenamento normativo temporalmente circunscrito, o que significa que se deve partir de condicionalismos de espaço e de tempo perfeitamente determinados e dos dados de um agregado jurídico concreto, com as suas variáveis políticas, sociológicas, axiológicas e jurídicas¹³⁵³.

Ora, aplicando estas considerações ao domínio normativo que agora nos ocupa, importa colocar em evidência a seguinte ideia: não existe um

1350 Cfr., a propósito, GRIMM, Dieter, “*Braucht Europa eine Verfassung?*”, cit., 581; NETTESHEIM, Martin, “*Kompetenzen*”, in *Europäisches Verfassungsrecht*, cit., 420; SCHÖNBERGER, Christoph, “*Die Europäische Union als Bund...*”, cit., 81 e ss; WAHL, Rainer, “*Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?*”, cit., 919.

1351 Cfr., com interesse, KIRCHHOF, Paul, “*Die Zukunft der Demokratie im Verfassungstaat*”, in JZ, 2004, 20, 984.

1352 V. KOENIG, Christian, e LORZ, Alexander, “*Stärkung des Subsidiaritätsprinzips*”, in JZ, 2003, 4, 167 e ss.

1353 V., no mesmo sentido, ROSS, ALF, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 371 e ss.

conceito universal material de lei, mas apenas um conceito (formalmente adaptado) para cada ordenamento. Significa isto, por conseguinte, que no que aos actos legislativos particularmente diz respeito, deve-se trabalhar em termos de validade formal e nunca em termos de validade de conteúdo, assumindo que um esforço comparativístico com outros ordenamentos apenas terá o mérito de salientar traços essenciais de regime e não de proporcionar um conceito operativo universal. Esta inviabilidade demonstra-se claramente, sem efectuar alongamentos discursivos desnecessários, se forem tidos em referência alguns exemplos relacionados com a actividade legiferante e que nos parecem suficientemente ilustrativos.

Pensemos, em primeiro lugar, nos diversos tipos de competência legislativa. Como é sabido, face à CRP, estão consagradas as reservas absoluta e relativa de competência legislativa da AR, a primeira significando que apenas o parlamento pode disciplinar determinado núcleo material, a segunda que ele e o Governo o podem fazer, se bem que este sempre mediante uma autorização previamente concedida¹³⁵⁴; paralelamente, prevê-se uma reserva de competência legislativa exclusiva a favor do Governo, que abarca as matérias relativas à sua própria organização e funcionamento¹³⁵⁵. Neste quadro, tem-se entendido que todos os núcleos materiais que não estão previstos nem em um nem em outro dos domínios reservados fazem parte da competência legislativa concorrente, domínio onde, de resto, os respectivos actos (leis e decretos-lei) têm igual valor¹³⁵⁶. Ora, se a noção de competência concorrente, face aos dados do ordenamento português pode ser entendida neste sentido, já em outros é-lhe atribuído um significado substancialmente diverso. É o que se passa, designadamente, no ordenamento constitucional alemão. Aqui, o vocábulo “concorrente” tem um significado próximo de “subsidiário”, na medida em que no âmbito de tal espécie de competência um determinado órgão constitucional pode intervir legislativamente se e na medida em que outro o não tenha feito¹³⁵⁷.

1354 Cfr. art.º 167.º e 168.º da CRP.

1355 Cfr. art.º 198.º, n.º2 da CRP.

1356 Neste sentido, por exemplo, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição portuguesa anotada”, tomo II, cit., anotação ao art.º 112.º, 266. Cfr., ainda, SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung von Normen...*”, cit., 250 e ss.

1357 Assim, por exemplo, o art.º 72 (1) da GG, nos termos do qual “*Im Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat*”. Cfr., a propósito, MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 324 e ss.; HESSE, Konrad, “*Grundzüge ...*”, cit., 105, 106; BLANK, Michael, FANGMANN, Helmut, HAMMER, Ulrich, “*Grundgesetze – Basiskommentar*”, cit., anotação ao art. 72, p. 271; e SCHMIDT, Rolf, “*Staats-organisationsrecht*”, cit., 301.

Do mesmo modo, o apelo acrítico ao termo “lei de bases” pode conduzir a resultados diversos. Enquanto no âmbito do ordenamento português a lei de bases é um acto legislativo que “se limita a definir as bases gerais dos regimes jurídicos”, já por exemplo no ordenamento espanhol pode querer significar uma das formas de legislação autorizada¹³⁵⁸. E semelhante disparidade conceptual se pode verificar a respeito de termos como “lei constitucional”, “lei reforçada”, “lei de autorização”, “regulamento” e muitos outros.

Mas não apenas dos pontos de vista comparativístico em relação a outros ordenamentos as dificuldades surgem. A polissemia de significados do termo “lei” face à CRP é também evidente. Atentemos em alguns dos sentidos possíveis:

- em certos preceitos, utiliza-se o vocábulo “lei” como sinónimo de “ordenamento normativo (português)”. É o que se passa, nomeadamente, com o n.º 1 do art.º 13.º quando se prescreve que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. Neste caso, a referência à lei significa a referência ao conjunto de normas jurídicas vigentes; do mesmo modo, no art.º 203.º, quando se refere que “os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei” naturalmente que não se pretende dizer que os órgãos jurisdicionais apenas estão sujeitos à *lei* do parlamento, mas a todas as normas jurídicas vigentes em Portugal (Constituição, Lei, decreto-lei, tratado internacional, norma comunitária, regulamento, etc.); finalmente, o mesmo sentido se consegue vislumbrar quando, no que diz respeito à possibilidade de existência de direitos só materialmente constitucionais o art.º 16.º, n.º 1 refere que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”;
- em outros, pode-se vislumbrar um sentido um pouco menos abrangente, que abarca apenas os actos legislativos e os regulamentos. Parece ser o que se passa no art.º 52.º, n.º 1, na parte em que se prescreve que “todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral(...)”.

1358 V., por exemplo, Cfr., art.º 82.º, n.º 2 da CEsp., de acordo com o qual as autorizações podem ser dadas sob a forma de leis de bases ou de lei ordinária.

- em outras (inúmeras) disposições constitucionais o termo lei aparece no possível duplo sentido de acto legislativo do parlamento ou (quando em articulação com o disposto no art.º 165.º) de decreto-lei autorizado, como por exemplo nos art.ºs 18.º, n.º 2 (“a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição...”); 29.º, n.º 1 (“ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior...”); 34.º, n.º 4 (“é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”); ou 103.º, n.º 2 (“os impostos são criados por lei...”);
- em outros casos ainda, pode ser interpretado no sentido de lei ou decreto lei simples (concorrente), como parece suceder no caso previsto no art.º 103.º, n.º 3 (“ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei”);
- finalmente, podem ser apontados exemplos de situações em que a referência à lei leva um sentido de equiparação a “acto legislativo”, isto é, lei, decreto-lei ou decreto legislativo regional. Será o caso, nomeadamente, dos art.ºs 199.º, alínea c) [“compete ao Governo, no exercício de funções administrativas (...) fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis”] ou 266.º, n.º 2 (“os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei...”).

As dificuldades suscitadas com a diversidade de enfoques acima apontada deixa antever que apenas uma análise localizada normativamente e que procure captar determinados traços essenciais de regime é que possibilita a identificação de um conceito operativo de lei. Neste sentido, no que diz particularmente respeito ao ordenamento normativo-constitucional português, o esforço de pretender atingir uma noção abstracta à qual se possam subsumir certas manifestações de produção normativa, deve ser feito a partir da identificação de coordenadas de disciplina jurídica precisas que tornem possível a fixação de alguns caracteres distintivos.

Tais caracteres distintivos parecem ser, de um modo genérico, a generalidade e abstracção por um lado, e a recondução da manifestação normadora a uma vontade legisladora por outro. Significa isto, em primeiro lugar, que um acto que se deva qualificar juridicamente como legislativo há-de ser um acto geral e abstracto, na medida em que deve constituir o reflexo de uma expressão objectivada de produção normativa. Em segundo lugar, a

referida expressão objectivada deve emanar de um órgão constitucionalmente previsto ao qual sejam reconhecidas prerrogativas de legislar e que actue no seu exercício. Por conseguinte, a junção destas duas coordenadas básicas leva a afirmar que, numa primeira leitura, um acto legislativo será um acto geral e abstracto emanado por um órgão legislativo no exercício de poderes legislativos.

Contudo, na delimitação de um adequado conceito de lei, importa também ter em atenção a existência de manifestações de certo modo atípicas, sob pena de se encontrar um conceito que não seja suficientemente amplo para abarcar todas as realidades que, em abstracto, nele se devem incluir. É que generalidade e abstracção e recondução à actividade legislativa são caracteres até certo ponto apenas tendenciais. Na verdade, o que se verifica é que, por vezes, determinados actos emanados por órgãos legislativos e no exercício de funções legislativas, por motivos vários, revestem carácter individual e/ou concreto. As leis medida constituem, como se sabe, exemplo paradigmático do que acabou de se afirmar. Por outro lado, a natureza legislativa não depende, em absoluto, da forma que o acto reveste. Na realidade, pode acontecer que alguns actos que não resultam de uma vontade de produção legislativa directa e expressa incorporem, ainda assim, disposições de tal espécie (é o que acontece, nomeadamente, com algumas resoluções que, indubitavelmente, incorporam disposições com valor de lei¹³⁵⁹). Interessa é que tais manifestações não se afirmem como expressões de um poder constituinte ou administrativo, caso em que poderá estar a fazer-se referência a normas de outro escalão.

Deste modo, o que se pode concluir da consideração conjunta destas coordenadas aparentemente dispersas? Será possível a partir delas fixar um conceito de lei que se afirme minimamente vantajoso em termos analíticos?

Parece-nos que sim, se o propósito for meramente expositivo e se forem assumidas as premissas teóricas — nomeadamente o carácter prescritivo da disposição — que se procurou fixar na parte introdutória da presente investigação. Ainda assim, não pode deixar de se referir que a proposta passa por uma noção fixada em termos negativos, o que não deixa de ser relativamente objectável sob o ponto de vista lógico-linguístico. Contudo, parece-nos sempre que o contributo que pode fornecer para o desenvolvimento do trabalho — e apenas para este fim — supera tal inconveniente. Assim, e sem embargo da posterior fixação explicativa do regime inerente a

¹³⁵⁹ Cfr., a propósito, por exemplo, acórdão do TC n.º 42/85, in DR, I, 6 de Abril de 1985.

cada um dos sub-tipos, assenta-se o seguinte noção de lei: acto formalmente geral e abstracto que não constitua expressão das funções constituinte ou administrativa.

3.2. Tópicos normativo-constitucionais da actividade legislativa

A fixação, em termos experimentais, de um conceito apropriado de lei não permite ainda captar os traços essenciais de regime que constituem a moldura que enforma tal tipo normativo. No âmbito deste trabalho, a referência a esses traços revela-se indispensável para o entendimento futuro dos diversos regimes concretos que a cada sub-tipo corresponde e que constituem a razão justificativa da colocação escalonada respectiva. Neste seguimento, importa colocar em realce alguns aspectos genéricos e que respeitam transversalmente a todas as leis e a todos os actos com valor de lei, de modo a permitir uma mais conveniente compreensão dos desenvolvimentos analíticos subsequentes. Seleccionamos os seguintes: (i) o conteúdo do catálogo dos actos legislativos formulado pelo legislador constituinte, (ii) a consideração da dupla natureza dos actos legais, (iii) o carácter subsidiário da intervenção normadora legal e (iv) a indisponibilidade do valor da lei por parte do legislador.

- (i) Em primeiro lugar, em detrimento de um sistema unitário que prevísse uma única espécie de acto legislativo, o legislador constituinte optou por uma fórmula de sistema plural, no âmbito do qual estão previstas diferentes formas típicas. Nos termos do art.º 112.º, n.º 1, actos legislativos (lei *lato sensu*) são a lei, o decreto-lei e o decreto legislativo regional. Aqui importa assinalar que, diversamente do que se passa com actos normativos de outro tipo (designadamente os regulamentares), é constitucionalmente consagrada uma tipologia fechada dos actos legislativos, o que permite identificá-los e individualizá-los, tornando igualmente possível circunscrever um regime normativo próprio e identificador para cada um. Em face dos dados normativos fornecidos pela própria CRP, pode-se dizer que o critério determinante para a distinção entre as formas referidas é o critério da competência, de acordo com o qual existem tantas formas de lei quantos os órgãos constitucionais investidos de competências legislativas¹³⁶⁰. Assim, a cada órgão corresponde

1360 V. a propósito, MIRANDA, Jorge, "Manual...", cit., tomo V, 155; BLANCO de MORAIS, Carlos, "As leis reforçadas...", cit., 273 e ss.

uma determinada manifestação de vontade legislativa, e a cada uma dessas manifestações de vontade corresponde um tipo legal, em termos de se poder dizer que a lei será o acto legislativo emanado pela Assembleia da República¹³⁶¹, o decreto-lei será o acto legislativo emanado pelo Governo¹³⁶², e o decreto legislativo regional será o acto legislativo emanado por uma das Assembleias Legislativas Regionais¹³⁶³.

Deve-se atentar, todavia, que este critério da competência, pressupondo sempre uma separação de órgãos e de formas legais¹³⁶⁴, não pressupõe sempre uma separação nítida de domínios materiais, na medida em que o exercício dos poderes de legiferação pode incidir sobre matérias concorrentes, ou seja matérias que não estão reservadas em concreto a nenhum órgão constitucional. Nestes casos, aliás, a regra será a da equiparação entre os actos respectivos, em termos de valer entre eles um princípio de equiparação e de revogação recíproca¹³⁶⁵.

Em todo o caso, quer no que diz respeito aos núcleos materiais reservados, quer no que diz respeito aos núcleos materiais concorrentes, o que é certo é que cada um dos tipos legais apontados se pode desdobrar em diversos sub-tipos (*categorias legais*¹³⁶⁶), cada um deles portador de uma identidade genética própria e sujeito a um regime jurídico-constitucional distinto. Por exemplo, no que diz respeito às leis e tendo em atenção o respectivo *valor*, é possível individualizar, no sistema normativo erigido pela CRP, dois grandes blocos: as leis com valor reforçado e as leis sem valor reforçado. As primeiras são aquelas que impõem às restantes (e a outros actos normativos) um dever de subordinação motivado por circunstâncias várias — como o seu agravado procedimento de aprovação, ou o seu carácter estipulante de determinadas decisões essenciais — e entre elas podem-se referenciar:

1361 Cfr. art.º s 112.º, n.º 1 e 161.º, alínea c) da CRP.

1362 Cfr. art.º s 112.º, n.º 1, 198.º e 200.º da CRP.

1363 Cfr. art.º s 112.º, n.º 1; 227.º, n.º 1, alíneas a) a c); 228.º e 232.º da CRP.

1364 Assim, uma vez mais, BLANCO de MORAIS, Carlos, "As Leis reforçadas...", cit., 274.

1365 Cfr. art.º 112.º, n.º 2, parte inicial. V., ainda, SCHILLING, Theodor, "Rang und Geltung von Normen...", cit., 250 e ss.

1366 Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, "As leis reforçadas...", cit., 140.

- as leis orgânicas¹³⁶⁷;
- as leis de autorização legislativa¹³⁶⁸;
- as leis de bases¹³⁶⁹;
- as leis de enquadramento¹³⁷⁰;
- as leis estatutárias¹³⁷¹, etc.

Já no que diz respeito aos decretos-lei, pode-se dizer que existem quatro sub-categorias básicas:

- os decretos leis simples ou concorrentes¹³⁷²;
- os decretos leis autorizados¹³⁷³;
- os decretos leis de desenvolvimento¹³⁷⁴; e
- os decretos leis exclusivos¹³⁷⁵.

Finalmente, no que concerne aos decretos legislativos regionais, podemos fazer referência às seguintes sub-categorias:

- decreto legislativo regional simples¹³⁷⁶;
- decreto legislativo regional autorizado¹³⁷⁷; e
- decreto legislativo regional de desenvolvimento¹³⁷⁸.

(ii) Outro aspecto que convém salientar é o seguinte: uma das mais importantes dimensões que o enquadramento actualístico das estruturas normativas implica para a configuração da lei, reside na consideração de que esta não pode ser vista apenas como acto de criação de Direito (a lei como “fonte de Direito”) mas também como acto de execução ou de aplicação. Execução ou aplicação da Constituição, bem entendido. Com efeito, é sabido que os programas e

1367 Cfr. art.º 166.º, n.º 2 da CRP.

1368 Cfr. art.º 165.º das CRP.

1369 Cfr. art.º s 164.º e 165.º da CRP.

1370 Cfr. art.º 106.º da CRP.

1371 Cfr. art.º 226.º da CRP.

1372 Cfr. art.º 198.º, n.º 1, alínea a) da CRP.

1373 Cfr. art.º 198.º, n.º 1, alínea b) da CRP.

1374 Cfr. art.º 198.º, n.º 1, alínea c) da CRP.

1375 Cfr. art.º 198.º, n.º 2 da CRP.

1376 Cfr. art.º 227.º, n.º 1, alínea a) da CRP.

1377 Cfr. art.º 227.º, n.º 1, alínea b) da CRP.

1378 Cfr. art.º 227.º, n.º 1, alínea c) da CRP.

as próprias normas constitucionais se apresentam inúmeras vezes carentes de preenchimento, não apenas porque utilizam fórmulas apelativas de espaços autónomos de valoração (*abertura horizontal*) mas também porque remetem para o legislador ordinário determinada disciplina jurídica (*abertura vertical*). Ganham particular ênfase, neste particular domínio, as denominadas “normas constitucionais impositivas”, que constituem comandos jurídicos do legislador constituinte ao legislador ordinário — decorrentes da consideração da Constituição como Norma, não sendo portanto meras exortações políticas de cumprimento — e que, quando não cumpridos, podem originar inconstitucionalidade por omissão.

- (iii) Outra das dimensões fulcrais da actual teoria da lei é fornecida pela oposição entre as ideias de intervenção legislativa óptima e intervenção legislativa mínima, a primeira apelando para o princípio da máxima potenciação das intervenções legais e a segunda apelando para o princípio da subsidiariedade dessas mesmas intervenções. A questão ganha contornos de debate teórico se for trazida ao discurso a ideia neo-liberal de que os espaços não ocupados pelo legislador não são dominados pelo caos ou pelo arbítrio, mas são antes espaços regulados e arbitrados por uma *ordem natural* que por si só conduz, ou pode conduzir, a sociedade numa boa direcção. Nesta óptica, são perspectivados limites materiais para a competência legislativa, isto é domínios onde a intervenção legal se pode considerar desnecessária (*princípio da necessidade da lei*) ou mesmo abusiva.

Sem embargo do reconhecimento das inúmeras dificuldades suscitadas pela explosão legal e pela inflação legislativa — v.g., contradições valorativas, contradições positivas, conflitos negativos —, entendemos ainda que o princípio da subsidiariedade, no que diz respeito à intervenção legal, deve ser entendido com algumas reservas. É certo que a regulamentação das liberdades não é defensável — e a própria CRP a afasta¹³⁷⁹ — mas ainda assim deve ser sempre defensável a intuição de um *regime legal mínimo*, sem que tal signifique redução desproporcionada das posições jurídicas subjectivas.

De resto, as normas legais que estabeleçam restrições dispensáveis deverão ser tidas como inconstitucionais por violação do princípio da proibição do excesso.

1379 Cfr. art.º 18.º, n.º 1.

- (iv) Questão relacionada com a anterior é a de saber se a força e o valor da lei¹³⁸⁰ estão na disponibilidade do próprio legislador (ordinário) ou se, pelo contrário, deve ser a própria Constituição a fixar tais parâmetros de uma forma exclusiva e reservada. Nomeadamente, cabe perguntar: pode a lei criar outras categorias legais? Pode disciplinar a produção de outras leis, criando por exemplo, procedimentos legislativos *ex novum*? Pode ela autorizar outras normas (legais ou não legais) a ditar os parâmetros da sua interpretação, modificação, produção de efeitos ou integração?

As prerrogativas de autopoiese legal — no sentido de poder de disciplinar a sua própria produção — devem ser encaradas de uma forma limitativa. Não se quer com isto significar que em caso algum se admita que uma norma de valor legal tenha poderes de fixação das estruturas normativas. Sendo certo que em regra tais estruturas devem ser fixadas ao nível constitucional, não deixa de ser aceitável que, em determinados casos concretos — insistimos, *casos em concreto* — uma determinada lei possa fixar a forma de produção de outra(s). Basta pensar, por exemplo, nas leis de enquadramento ou nas leis quadro, onde um acto legislativo disciplina a forma de produção de outro acto legislativo. Todavia, tal não significa que se crie um novo tipo legal, mas apenas que, como dissemos, *aquela* lei em específico deve ser criada de acordo com *aquelas* determinações. Sendo assim, é de concluir que vigora um princípio de tipicidade fechada dos actos legislativos, que tem como consequências mais marcantes (i) a impossibilidade de a lei elevar em grau outros actos (princípio da proibição da criação de actos legislativos concorrenciais); e (ii) a inconstitucionalidade dos reenvios normativos que tenham como destinatário a Administração (nos casos em que uma lei remete para uma norma anterior, a cargo da Administração, a determinação de certos elementos normativos que a complementam)¹³⁸¹; (iii) a proibição da interpretação autêntica de leis através de actos normativos não legislativos. Esta última consequência arrasta a consideração de que as leis não podem autorizar que a sua própria interpretação, integração, modificação, suspensão ou revogação sejam determinadas por outro acto que não seja outra lei, na medida em que a solução contrária colidiria com as determinações substanciais do princípio do Estado de Direito e do princípio Democrático,

1380 V., a propósito, GAROFOLI, Roberto, “*Sulla sindacabilità in sede di giudizio di legittimità dei regolamenti della Corte costituzionale*”, in RTDP, 1997, 3, 691 e ss.; CUOCOLO, Fausto, “*Gli atti dello Stato aventi «forza di legge»*”, in RTDP, 1961, 1, 97 e ss.; ZAGREBELSKY, Gustavo, “*La giustizia costituzionale*”, Il Mulino, Bologna, 1977, 54 e ss.

1381 Cfr. o que dizemos infra (página 653) acerca dos regulamentos delegados.

pois, por um lado, atingiria o corolário da certeza e segurança jurídicas, e, por outro lado, aceitaria a emissão de actos legais por órgãos sem substrac-to representativo¹³⁸²

4. Norma ção legislativa parlamentar

Após a referência genérica a alguns pontos fulcrais da disciplina legal, chegou o momento de debruçarmos a nossa atenção sobre os diversos tipos legais em específico, tendo por referência um critério orgânico. Deste modo, o primeiro conjunto de actos legislativos que vão merecer a nossa atenção   constituídos pelos actos do Parlamento (Assembleia da República).

4.1. A narrativa clássica do primado do Parlamento

O reconhecimento constitucional de um estatuto de preponderância dos actos do parlamento no âmbito do sistema de fontes de Direito deve-se, em grande medida,   confiança que naquele órgão se depositava, e ao reconhecimento de que o invólucro de democraticidade que o envolve confere uma legitimidade acrescida às suas normas¹³⁸³. A primazia da lei surge como uma consequência natural do pensamento jurídico moderno e da concentração, num determinado momento, de duas metanarrativas clássicas: a democracia e a razão. Desta forma, ganha relevo a ideia de que o critério justificativo da intervenção parlamentar se funda em razões de representação, e na necessidade de *publicidade de questões importantes*, constituindo uma ineliminável garantia de debate público cognoscível pelo eleitorado (parlamento como sede institucionalizada de debate público).

A lei, enquanto expressão da vontade popular — mesmo que de uma vontade popular amputada, em face da consagração de mecanismos restritos de sufrágio (capacit rio ou censitário) —, reflecte a essencialidade do parlamento como fonte única de legitimidade e afirma-se como a causa e a origem das decisões e do sistema de decisões. Significa isto que, por um lado, é na lei que está vertida a solução do caso em concreto, a justiça material, o que leva a que seja ela a fonte de Direito por excelência, e, por outro lado, que é ela que estabelece quem decide e como decide, fixando o quadro competencial estruturante do Estado de Direito. Dito de outra forma: a lei

1382 Cfr., a respeito do instituto dos Assentos, os acórdãos do TC n.  810/93, in *Diário da República*, II, de 2 de Março de 1994 e 743/96, in *DR*, I, de 18 de Julho de 1996. V., ainda, acórdão do TC n.  709/97, in *DR*, I, 20 de Janeiro de 1998.

1383 V. AFONSO VAZ, Manuel, "Lei e reserva da Lei...", cit., 388 e ss.

clássica afirma-se como a norma primária universal para regulamentar as liberdades, — disciplinando o círculo dos direitos e as possibilidades de limitações destes, afirmando-se que os direitos “movem-se no círculo da lei”—, e os poderes dos órgãos públicos.

Este reconhecimento confere-lhe um estatuto de superioridade que se revela num importante aspecto: a imunidade face a outros actos do Estado. Imunidade revelada, em primeiro lugar, pela especial posição que a norma legal ocupa em face das normas administrativas, pois estas últimas não podem ocupar os seus domínios materiais (*reserva da lei*, enquanto esfera delimitadora da competência de uma administração autónoma), não a podem contrariar (*prevalência da lei*) e não podem existir sem ser nela fundamentadas (*precedência da lei*)¹³⁸⁴. Mas não apenas por isto. Essa imunidade também se revela no facto de a norma legal ser considerada a norma das normas, isto é a norma que ocupa a posição cimeira no sistema escalonado em que o ordenamento jurídico se materializa, o que implica a consequência de que a lei emanada do Parlamento é, nos quadros de um Estado moderno clássico, um acto incontrolado.

Todos estes aspectos contribuem para uma visão fortalecida do órgão parlamentar e para o estabelecimento de uma confiança inabalável nos seus actos, o que, em termos normativo-positivos, conduziu a uma legalização do ordenamento normativo que só começou a ser questionada com o advento da *era da Constituição*.

Em termos particulares, a CRP, se bem que de uma forma temperada, ainda reflecte alguma desta supremacia do parlamento e dos seus actos legislativos. Com efeito, parece ser de reconhecer uma arquitectura normativo-constitucional assente numa “estrutura dual do poder normativo soberano”, que reconhece a bipartição da função legislativa primária entre vários órgãos legiferantes. Note-se que o carácter “dual” de tal estrutura não se deve à consagração de apenas dois órgãos com prerrogativas de fazer leis — pois, na realidade, consagram-se três — mas do facto de que se trata de uma estrutura que arranca da distinção entre matérias reservadas ao parlamento e matérias não reservadas ao parlamento.

1384 Cfr. AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 393.

4.2. A CRP e a competência legislativa da Assembleia da República

a) o princípio da competência: reserva e exclusividade orgânica

No âmbito do recorte normativo efectuado pela Constituição, a delimitação das esferas de competência da Assembleia da República encerra uma forte componente positivística, na medida em que se trata de uma tarefa que deve ser levada a cabo através da análise das regras constitucionais jurídico-organizatórias. À reserva da Assembleia corresponde um conjunto de núcleos materiais no seio dos quais vigora um princípio de exclusividade orgânica e onde não vale a regra da concorrência de actos e o princípio de resolução de conflitos normativos *lex posteriori*. Com efeito, ou se verifica a exclusão da intervenção de outros órgãos constitucionais, caso em que os respectivos actos serão organicamente inconstitucionais, ou se verifica a possibilidade da sua intervenção mas subordinada ao prévio acto do Parlamento, caso em que uma eventual contradição com o acto legal consubstanciará uma ilegalidade por violação de lei com valor reforçado. Sobre estas questões teremos ocasião de nos referirmos um pouco adiante no decurso desta investigação.

Importa por agora assinalar que a reserva de competência legislativa da Assembleia da República, sob um ponto de vista orgânico — ou, se preferirmos, tendo em vista um critério de fonte de produção normativa —, pode revestir a forma de reserva absoluta ou de reserva relativa. No primeiro caso, a competência para legislar é exclusiva daquele órgão — exceptuados os casos, a seguir assinalados, de *disciplinas parciais* — e no segundo, verifica-se — ou melhor dito: pode-se verificar — uma delegação de matérias, no contexto da qual o órgão legiferante primário pode autorizar outro órgão constitucional a legislar¹³⁸⁵.

Por outro lado, e sob o ponto de vista da conformação do conteúdo, deve-se observar que a reserva de competência da Assembleia da República não abrange exhaustivamente toda a disciplina da matéria reservada, mas apenas aquela(s) parte(s) que pelo seu relevo, deva constituir *matéria de lei*. Significa tal expressão que essa reserva abarca somente o que “deva ser posto na directa dependência da regra da maioria”. Pode-se assim concluir

¹³⁸⁵ Cfr., respectivamente, art.º s 164.º (e 161.º) e 165.º da CRP.

que o alcance da reserva de competência legislativa da AR não é idêntico em todas as matérias, podendo ser distinguidos vários níveis¹³⁸⁶:

- um nível mais exigente, em que toda a regulamentação legislativa da matéria é reservada à AR;
- um nível menos exigente, em que a reserva da AR se limita ou ao *regime geral* – ou seja, em que compete à AR definir o regime comum ou normal da matéria, sem prejuízo do estabelecimento de regimes especiais – ou às bases gerais do regime jurídico da matéria.

b) O valor da lei: lei com valor reforçado e lei sem valor reforçado

α) Noção de valor reforçado

A eficácia dos actos normativos pode ser diferenciada em função da natureza dos efeitos que eles são aptos a produzir. Na realidade, podem produzir efeitos jurídicos necessários, que dizem respeito à capacidade operativa atribuída pela Constituição a um determinado acto – em princípio em relação a *todos* os demais – e que é directamente determinada pelo seu valor hierárquico próprio. Pode-se falar aqui em “potência jurídica” ou “força do acto”, e neles se enquadram as prerrogativas de revogar, derogar, interpretar, modificar ou suspender outros actos. Mas também podem produzir efeitos eventuais, o que significa que apenas alguns o podem fazer e em relação a um conjunto determinado de outros. Entre tais efeitos estão os inerentes ao valor reforçado¹³⁸⁷. Nestes casos, a força não depende apenas da hierarquia do acto – pois estaremos entre actos hierarquicamente idênticos –, mas igualmente de outros pressupostos como o procedimento de aprovação ou as regras de competência¹³⁸⁸.

Embora linguisticamente possa parecer impróprio, pode-se dizer que o escalonamento de um ordenamento normativo não se faz apenas tendo em atenção escalões ou degraus diversos. Também dentro dos diversos escalões é possível estabelecer relações de desvalor entre actos, sem que, contudo, tal signifique o estabelecimento de uma hierarquia entre eles. Quer isto dizer que, em rigor, a invalidade não resulta apenas da violação de uma hierarquia, podendo acontecer que um acto preexistente e equiordenado defina o regime jurídico a que ficam sujeitos actos subsequentes, seja no

1386 V. acórdão TC n.º 285/92, in DR, I, 17 de Agosto de 1992.

1387 Para uma aproximação, v. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição portuguesa anotada”, tomo II, cit., anotação ao art.º 112.º, 267.

1388 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 141 e ss.

que diz respeito à sua forma, seja no que diz respeito ao seu procedimento de aprovação ou aos requisitos materiais ou de fundo que ele deve observar (v.g., objecto, finalidades)¹³⁸⁹. Com efeito, particularmente no âmbito da CRP, é possível identificar leis ordinárias que vinculam outras leis ordinárias em razão de uma habilitação constitucional conferida para o efeito, sendo tal conseguido através de princípios tão diversos como o da competência, da função directiva ou do procedimento específico. Fala-se em tais casos em “leis com valor reforçado” (“*super-leggi*”, como lhes chama alguma doutrina italiana¹³⁹⁰).

Antes de procurarmos fixar em bases analíticas um conceito normativamente adequado de “valor reforçado” que nos permita identificar com clareza e rigor sistemático as leis que a ele se subsumem, importa traçar, de uma maneira geral, algumas linhas directoras que poderão constituir elementos úteis na identificação de tal atributo. Consistirão tais linhas nas seguintes ideias:

- (i) em primeiro lugar, o valor reforçado concretiza uma qualidade relacional entre actos legislativos, o que quer significar que dá corpo a uma particular relação de correspondência entre certas leis ou entre algumas leis e as demais. Por este motivo, pode-se dizer com JORGE MIRANDA que nenhuma lei é reforçada por natureza; “nenhuma lei é revestida em si mesma de maior ou menor força do que outra”¹³⁹¹. As leis só assumem valor e eficácia reforçada na medida em que há correspondência entre determinados conteúdos normativos em especial, e não em geral¹³⁹².
- (ii) Além disso, e em segundo lugar, os atributos que caracterizam as leis com valor reforçado e os efeitos correspondentes à atribuição deste valor têm de derivar directamente da Constituição¹³⁹³, não sendo de aceitar que uma lei se auto-proclame como pressuposto ou parâmetro de validade de outra(s) lei(s) para, sem mais, se

1389 v. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 354.

1390 Cfr. NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 67 e ss.

1391 Assim, MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 354.

1392 V. PEREIRA COUTINHO, J. L., “Lei regional”, in “Estudos de Direito regional”, cit., 186.

1393 Assim, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição portuguesa anotada”, tomo II, cit., anotação ao art.º 112.º, 272, 273.

transformar em lei com valor reforçado, até porque o *nomen Juris* não atribui tal valor¹³⁹⁴.

- (iii) Em terceiro lugar, as leis com valor reforçado são-no no confronto com outras leis, não no confronto com outros actos que não leis. Não são assim constitucionalmente admissíveis leis com valor reforçado em face de normas de Direito Internacional ou de Direito Europeu Comunitário, por exemplo. A colocação intrasistemática destes blocos normativos no âmbito de um ordenamento escalonado faz-se tendo em atenção os respectivos escalões e não as diferenciações qualitativas ou quantitativas entre esses escalões. Por exemplo, se for aceite um princípio de primado do Direito Internacional ou do Direito Europeu sobre o Direito interno, tal significará que aqueles prevalecem sobre *toda* o Direito interno e sobre *todas* as leis, reforçadas ou não¹³⁹⁵. O mesmo se diga para as relações de paridade ou de subordinação, casos em que o Direito Internacional ou Europeu serão livremente revogados e revogarão livremente ou subordinar-se-ão a todas as leis, respectivamente.
- (iv) Por último, importa destacar a ideia de que não existem relações de hierarquia entre as próprias leis com valor reforçado, já que todas elas se situam no mesmo plano normativo-valorativo¹³⁹⁶. O que acontece é que, na verdade, cada uma delas, em princípio, ocupará segmentos materiais distintos, de modo que o princípio da competência acabará por consumir outro tipo de relações.

Assim, em termos definitórios, e numa primeira abordagem, uma lei com valor reforçado consiste no acto legislativo que, nos termos da Constituição, deve ser respeitado por outra lei, sob pena de ilegalidade¹³⁹⁷. O valor reforçado dá corpo a uma relação de proeminência não hierárquica¹³⁹⁸, o que significa que não é criado mais um degrau no escalonamento normativo, apenas se distinguindo uma especial supremacia dentro do mesmo escalão.

1394 V. também MIRANDA, Jorge, "Manual...", cit., tomo V, 371 e, ainda, acórdão do TC n.º 374/2004 in DR, II, 30 de Junho de 2004.

1395 Assim, MIRANDA, Jorge, "Manual...", cit., tomo V, 357, 358.

1396 Assim, MIRANDA, Jorge, "Manual...", cit., tomo V, 370.

1397 V. MIRANDA, Jorge, "Manual...", cit., tomo V, 357.

1398 Neste sentido, MIRANDA, Jorge, "Manual...", cit., tomo V, 355. V., tb, a propósito das LVR: Acórdão n.º 358/92, DR 26 de Janeiro de 1993, I.

β) Razões da atribuição de valor reforçado

Que razões poderão estar na génese dessa especial supremacia?

Num quadro constitucional caracterizado por uma multiplicidade de órgãos legiferantes (quer sob o ponto de vista orgânico, quer sob o ponto de vista territorial) e por uma multiplicidade de formas e categorias legais, pode-se dizer que a atribuição e o reconhecimento do valor reforçado de uma lei radica nas especiais finalidades que o ordenamento reconhece a certo tipo de actos normativos.

Em primeiro lugar, e desde logo, finalidades relacionadas com o sistema de contrapesos do arranjo organizatório e com o equilíbrio institucional. Com efeito, pretende-se com algumas leis de valor reforçado assegurar que a confiança, a estabilidade e a harmonia entre os diversos órgãos de soberania não seja colocada em crise através de afrontas e ataques em situações e domínios nos quais se exigem particulares cautelas e precauções. Será o que se passa, por exemplo, com as matérias nas quais o órgão legiferante primário autoriza outro órgão a legislar sobre matérias a si constitucionalmente reservadas — e que justifica o valor reforçado das leis de autorização — ou com a definição dos traços essenciais das consultas populares referendárias — que explica a proeminência da lei definidora do regime do referendo — ou ainda com a lei do regime do estado de sítio ou do estado de emergência.

Em segundo lugar, podem estar em causa finalidades relacionadas com o equilíbrio territorial. Aqui, procura-se que determinadas leis de carácter concreto — como as leis criadoras, modificativas ou extintivas de autarquias locais ou de regiões administrativas — não seja discrepantes entre si, mas se configurem como substancialmente idênticas e equilibradas. Por este motivo se justificará que a lei que define o respectivo regime geral se sobreponha às leis que em concreto procedem ao acto de criação, modificação ou extinção.

Em terceiro lugar, podem pesar na qualificação reforçada de uma lei argumentos relacionados com razões de equilíbrio económico e financeiro. Em determinadas situações, como aquelas que se verificam aquando da aprovação de um orçamento público (Estado ou Regiões autónomas), é de exigir uma certa continuidade e coerência entre documentos com carácter de periodicidade. Por isso, todos os orçamentos — ou melhor dito, todas as leis orçamentais — deve obedecer a um conjunto de regras fixadas não apenas

na Constituição, mas igualmente em outra lei que, para ser respeitada, deve possuir valor reforçado como é o caso da lei de enquadramento do orçamento do Estado. Razões similares se podem apontar no que diz respeito à lei relativa às condições de recurso ao crédito público ou à lei de adaptação do sistema fiscal nacional às especificidades regionais.

Finalmente, uma razão que nos parece decisiva: as leis com valor reforçado são, muitas vezes, “uma forma de reter o poder constituinte através da consagração de um sistema de reenvio legislativo, que permite aliviar o texto da Constituição”. Neste sentido, estamos com ANTÓNIO VITORINO quando se refere à existência de leis paraconstitucionais¹³⁹⁹.

x) Consequências do valor reforçado da lei

O reconhecimento constitucional do estatuto de valor reforçado a uma determinada lei coloca-a numa posição de vantagem em relação às demais, na medida em que lhe são reconhecidos determinados efeitos jurídicos que, de outra forma, ela não poderia, em potência, desencadear. Tais efeitos não são uniformes e variam em função do tipo legal em questão, pelo que só uma análise casuística de cada um deles permitirá a sua concreta identificação. Tal análise casuística e identificação concreta tentaremos levar a cabo no ponto seguinte do presente trabalho, pelo que, por agora, iremos apenas procurar determinar, em geral e em abstracto, que efeitos poderão ser esses¹⁴⁰⁰.

Assim sendo, começaremos por dizer que as principais consequências da qualificação reforçada de uma lei são à partida (i) uma especial prevalência derogatória, particularizada numa acrescida resistência. Além disso, pode ainda acontecer que a lei reforçada (ii) beneficie de um especial processo judicial de fiscalização tendente a apreciar a validade dos actos com ela desconformes (*parametricidade estática*) e possa (iii) definir os termos de produção de outros actos (*parametricidade dinâmica*).

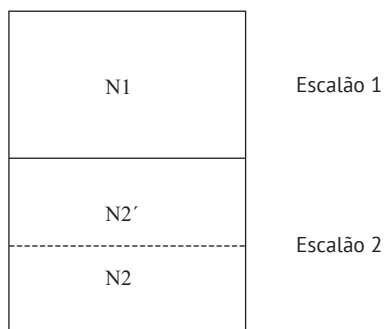
Vejamos em que termos.

- (i) Desde logo, uma lei com valor reforçado só pode ser revogada, derogada, modificada, suspensa ou interpretada por outra norma com valor reforçado. Na verdade, verifica-se aqui alguma similitude com

¹³⁹⁹ Diário AR, 37- RC, 1190.

¹⁴⁰⁰ V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 781 e ss.

o que dissemos acerca do estabelecimento de um escalonamento normativo hierárquico; contudo hierarquia e valor reforçado não se confundem. Aqui, no valor reforçado, a diferenciação de grau faz-se dentro do mesmo patamar de normas; ali, na hierarquia, essa mesma diferenciação faz-se entre patamares normativos distintos (Rep. XX), o que significa que uma norma com valor reforçado (N2') não é hierarquicamente superior (pelo contrário) a uma norma sem valor reforçado de um escalão acima de si (N1), sendo apenas normativamente proeminente em relação às normas sem valor reforçado do mesmo escalão (N2).



(Rep. XX)

- (ii) Além disso, e tendo em vista a conservação desse especial estatuto normativo, uma norma com valor reforçado dispõe de uma garantia processual que tem por objecto a aferição da conformidade dos actos que lhe devem obediência. Para tal, consagra-se ao nível constitucional um processo (judicial) de fiscalização tendente a apreciar a salvaguarda da posição de vantagem que tais leis dispõem. Em particular, a CRP reconhece — ao lado dos tradicionais processos (preventivo e sucessivos; abstractos e concreto) de fiscalização da constitucionalidade — disposições normativas que consagram processos de fiscalização da legalidade de actos legislativos por violação de leis com valor reforçado¹⁴⁰¹. Por isso se pode afirmar que estamos em presença de uma “relação de desvalor judicialmente controlável”. Em rigor, estamos sempre em presença de esquemas de controlo da constitucionalidade pois como diz JORGE MIRANDA, a violação de uma lei com valor reforçado

¹⁴⁰¹ Cfr. art.º s 280.º, n.º 2, alínea a) e 281.º, n.º 1, alínea b) da CRP.

consubstancia uma inconstitucionalidade indirecta¹⁴⁰², na medida em que se agride uma “norma interposta constitucionalmente garantida”¹⁴⁰³, até porque a força específica da lei com valor reforçado assenta directamente na CRP, e nunca na liberdade conformativa do legislador¹⁴⁰⁴.

- (iii) Finalmente, uma outra consequência deve ser apontada: muitas leis com valor reforçado — embora não todas — constituem verdadeiras normas sobre normas, na medida em que podem fixar os parâmetros de criação e desenvolvimento de outras normas que, por esse motivo, lhe estão subordinadas. Com efeito, as leis com valor reforçado podem contribuir decisivamente para a definição de sub-regimes normativos, irradiando um poder activo de transformação legislativa, estipulando de uma forma vinculativa os parâmetros da norma subordinada quanto à definição da forma, ao procedimento de elaboração ou à fixação dos requisitos materiais ou de fundo (v.g., objecto ou finalidades).

Nas situações em que a CRP erige o conteúdo normativo de alguns actos a parâmetro de validade de outros actos (e onde certa doutrina identifica o critério determinante para a identificação de uma lei com valor reforçado¹⁴⁰⁵) fala-se em parametricidade¹⁴⁰⁶, não já no sentido acima apontado de referência para efeitos de controlo da legalidade (*parâmetro estático*), mas no sentido de fixação vínculos de direcção material ou critérios gerais de orientação com carácter vinculativo (*parâmetro material*). Esta parametricidade directiva — que, bem vistas as coisas, significa o poder de vincular o conteúdo de outro tipo de actos e tem como finalidades reduzir as antinomias entre a legislação vocacionada para o pormenor — assume relevância jurídico-normativa independentemente do estabelecimento de um eixo hierárquico (embora possa com ela cumular, caso em que é por ela consumida) e não projecta no acto subordinado os mesmos efeitos que a relação de hierarquia. Neste último caso, verifica-se um poder revogatório unilateral que a parametricidade isoladamente não tem. Trata-se, tão somente, de uma “superioridade relativa” em face de outros actos legislativos, derivada

1402 Assim, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição portuguesa anotada”, tomo II, cit., anotação ao art.º 112.º, 271.

1403 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 357.

1404 Assim, MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 357.

1405 Neste sentido, PEREIRA COUTINHO, J. L., “Lei regional”, in “Estudos de Direito regional”, cit., 187, nota (39).

1406 Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 158.

do seu conteúdo que é condicionante material da normaço a estabelecer pelos diplomas a publicar na sua directa dependência¹⁴⁰⁷.

4.3. Individualizaço do regime normativo-constitucional das leis com valor reforçado

4.3.1. Classes de leis com valor reforçado e tipologia

Tendo em atenço os diferentes efeitos reconhecidos constitucionalmente ao carácter reforçado e a heterogeneidade dos instrumentos legislativos correspondentes, a identificaço das classes de leis com valor reforçado e dos respectivos tipos assume-se como uma tarefa bastante complexa. Para tal complexidade contribuem igualmente as indeterminaço do legislador constituinte que, ora identifica tipos legais reforçados (as leis orgânicas), ora realça *estádios* procedimentais agravados (leis que carecem de aprovaço por maioria de dois terços), ora recorre ainda a critérios de dependência jurídica (leis que são pressuposto normativo necessário de outras) ou parametricidade valorativa (leis que por outras devam ser respeitadas).

Ainda assim, afigura-se ser possível individualizar alguns critérios sistematizadores e agrupadores de modo a possibilitar uma mais cabal e completa apreensão do regime normativo a que cada uma dessas leis está sujeita, pelo que, antes de nos referirmos a tal regime, procuremos identificá-las genericamente e enquadrá-las em classes abrangentes¹⁴⁰⁸.

Desde logo, sob o ponto de vista substantivo (objecto), pode-se distinguir leis com valor reforçado que incidem sobre núcleos materiais idênticos aos das leis que vinculam e leis com valor reforçado que incidem sobre núcleos materiais distintos dos das leis que vinculam. Como exemplo das primeiras, podem-se apontar as leis de bases, que estabelecem os quadros jurídicos básicos de uma determinada disciplina jurídica, quadros esses que, posteriormente, serão objecto de desenvolvimento por parte de um outro órgão e mediante um acto àquelas subordinado (um decreto-lei de desenvolvimento ou um decreto legislativo regional de desenvolvimento) e que mais não são do que suas extensões materiais. Aqui, o domínio da vida ou os padrões de comportamento disciplinados normativamente pela lei reforçada são precisamente os mesmos que são disciplinados pela lei subordinada.

¹⁴⁰⁷ Acórdão do TC n.º 374/2004 in DR, II, 30 de Junho de 2004.

¹⁴⁰⁸ Cfr. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, "Constituição portuguesa anotada", tomo II, cit., anotaço ao art.º 112.º, 270.

O mesmo se passa com as denominadas leis de autorização, onde o órgão legiferante primário, mediante a imposição de determinadas balizas, autoriza outro órgão constitucional e emanar normas com valor de lei sobre um domínio material que reservadamente lhe pertence. Inversamente, no caso das leis orgânicas, das leis estatutárias ou das leis aprovadas por maioria de dois terços a Constituição estabelece diferentes domínios de disciplina em relação às leis que lhe estão subordinadas.

De acordo com um outro ponto de vista, podem-se distinguir as leis com valor reforçado que possuem carácter directivo e as que não o possuem. No primeiro caso, estamos em presença de leis que determinam o conteúdo de outras, contendo princípios ou linhas de orientação, como é o caso das leis de bases, de algumas leis de enquadramento ou da lei de adaptação do sistema fiscal nacional às especificidades regionais; já no segundo, as leis reforçadas não são determinadoras do conteúdo de outras, constituindo apenas um “parâmetro procedimental”, por exemplo, como é o caso, ainda a título exemplificativo, das leis orgânicas.

Tendo em atenção a sua eficácia, é também possível distinguir dois tipos de leis com valor reforçado: de um lado, aquelas que projectam o seu efeito vinculante apenas para o futuro, e aquelas que a projectam também para o passado, abrangendo e vinculando leis anteriores à sua entrada em vigor¹⁴⁰⁹. Pense-se, por exemplo, nas leis de autorização legislativa, em relação às quais não é possível a existência de decretos-leis autorizados anteriores e, deste modo são claramente leis “dirigidas ao futuro” (de resto, por este motivo uma eventual ilegalidade – ou inconstitucionalidade interposta – nunca poderá ser superveniente), em contraposição às leis estatutárias ou à lei do orçamento, que podem ter efeitos em relação a leis preexistentes. Neste âmbito, ganham particular destaque as *leis pressupostas*, que são verdadeiras leis sobre leis – cuja inconstitucionalidade pode determinar inconstitucionalidade subsequente das vinculadas –, como é o caso das já referidas leis de autorização legislativa, das leis de bases, a também já referida lei de adaptação do sistema fiscal nacional às especificidades regionais ou a lei de criação das Regiões administrativas.

Ora, tendo em atenção estes e outros aspectos, como poderemos, de uma forma clara e analiticamente adequada, agrupar as diversas leis com valor reforçado e proceder ao seu esclarecedor estudo individualizado? Parece-nos

1409 Cfr., a respeito, MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 370.

que uma maneira correcta de o fazer passa por considerar três distintos agregados legais:

- a) num primeiro grupo, encontraremos as normas legais que assumem valor reforçado por serem verdadeiras *normas sobre normas* ou “normas ao quadrado”, isto é normas que disciplinam o modo de produção de outras normas, seja apenas fixando procedimentos próprios (não necessariamente agravados) de entrada no ordenamento jurídico, seja também traçando directivas materiais quanto ao seu conteúdo. Ora, em tais situações, será natural que as normas cujo modo de produção é disciplinado se encontrem subordinadas juridicamente àquelas que impõem tal disciplina, correndo o risco de caírem no círculo da inconstitucionalidade ou da ilegalidade. Tendo em atenção que tais leis disciplinadoras não têm necessariamente conteúdos materiais específicos vinculativos — embora possam ter conteúdos vinculativos eventuais — falaremos nestes casos em “critério da vinculação genérica”, e enquadraremos aqui as denominadas “leis de enquadramento”.
- b) Num segundo grupo, de acordo com um critério que denominaremos de “vinculação específica”, encontraremos as “normas-pauta”. Trata-se aqui de normas legais que têm necessariamente conteúdos materiais específicos vinculativos, ou seja, normas que impõem directivas, guias ou pautas materiais a outras leis e que retiram a estas liberdade de conformação conteudística, nelas se enquadrando as “leis de bases”, “leis de autorização legislativa”, as “leis orçamentais”, e as “leis de planos”.
- c) Finalmente, num terceiro agregado, adoptaremos um critério puramente procedimental — critério da mais valia legitimatória¹⁴¹⁰ — e identificaremos as leis que têm valor reforçado apenas porque são introduzidas no ordenamento de acordo com um procedimento agravado de aprovação *lato sensu* (aprovação *stricto sensu*, superação do veto, etc.)¹⁴¹¹. Saliente-se que tal procedimento, ao contrário do que pode acontecer com as *normas ao quadrado*, está sempre constitucionalmente previsto. Neste grupo ganham particular

1410 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 782 e ss.

1411 V., a respeito, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 865 e ss. É importante salientar a ideia de que a exigência de um procedimento agravado de aprovação para certas normas não significa necessariamente o estabelecimento de uma posição escalonada primacial a seu favor. Basta pensar que a norma relativamente à qual tal procedimento é exigido deixa de poder ter força activa (derrogatória e revogatória) em relação às outras, sujeitas a um *iter* procedimental diverso. Cfr. V. ROSS, Alf, “*Theorie...*”, cit., 371 e ss.

destaque as leis orgânicas, se bem que a nossa atenção vá recair igualmente sobre algumas outras categorias legais (v.g., “normas de dois terços”, que são leis densificadoras de um regime constitucional desconstitucionalizado¹⁴¹²).

A partir de uma sistematização fundada nesta distinção, procuremos, então, individualizar o regime normativo de algumas destas leis reforçadas¹⁴¹³. Antes de o fazer, importa apenas salientar um aspecto relevante que é o seguinte: algumas disposições não legais – ou não formalmente legais – devem, sem margem para dúvidas, ser consideradas como tendo valor reforçado em relação às leis ordinárias comuns. Entendemos aqui incluir particularmente alguns decretos normativos do Presidente da república, e porque tais disposições não foram abarcadas em nenhum dos grupos acima apontados por neles não se reverem, entendemos que se justificará uma menção sistemática autónoma. Por outro lado, convém não perder de vista que, num outro sentido, já fizemos alusão a uma espécie diferente de valor reforçado, que então denominamos de “atípico”: o que diz respeito a algumas normas internas emanadas para dar cumprimento a um tratado internacional e alguns actos internos de transposição do Direito europeu comunitário. Contudo, e como se compreenderá, uma nova menção destas espécies normativas estaria aqui sistematicamente deslocada.

4.3.2. Leis com valor reforçado de acordo com o critério da vinculação genérica (“normação ao quadrado”) – As leis de enquadramento

Analiticamente, utilizaremos a expressão “lei de enquadramento” num sentido positivístico e normativamente localizado. Quer isto dizer que procuraremos proceder ao respectivo estudo (mais uma vez) em face dos dados

1412 Neste sentido, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit. 784.

1413 Importa, contudo, deixar aqui vincada uma importante nota de carácter sistemático que é a seguinte: algumas leis que certa doutrina considera como sendo de valor reforçado não são abrangidas pela análise por nós efectuada. Especificamente, a referência está a ser feita às seguintes:

- em primeiro lugar, à lei orgânica do regime do referendo, uma vez que entendemos que as consultas populares de natureza referendária não são verdadeiras fontes normativas e, como tal, não introduzem verdadeiras leis no ordenamento normativo, mas apenas (importantes) decisões de natureza político-normativa;
- em segundo lugar, a lei definidora do regime de declaração dos estados de excepção constitucional, na medida em que, também aqui, não vislumbramos verdadeiras leis que devam ser parametrizadas;
- em terceiro lugar, a lei de recurso ao crédito público, cuja inexistência de referência autónoma se justifica pela sua consideração como leis de desdobramento da Constituição económica e financeira.

fornecidos pelo ordenamento normativo-constitucional português, e não a partir de uma noção abstractamente recortada. Aliás, tal seria extremamente custoso pois a identificação deste tipo de leis nem sempre se afigura tarefa acessível, nomeadamente se tivermos em vista a heterogeneidade que à figura é emprestada nos diversos ordenamentos, não apenas do ponto de vista jurídico-positivo, mas igualmente do ponto de vista doutrinário. Basta pensar que num conceito amplo de “enquadramento” poderiam caber, por exemplo, as *normas gerais*¹⁴¹⁴; as *normas de materias básicas*¹⁴¹⁵; as *Rahmenvorschriften*, *Rahmengesetze*, ou *Grundsatzgesetze*¹⁴¹⁶; as *loi de principes fondamentaux*¹⁴¹⁷, as *leggi-cornice*¹⁴¹⁸, etc.

De resto, mesmo tendo em atenção apenas os dados do ordenamento português, até certo ponto as leis de enquadramento confundem-se com as leis de bases ou de princípios¹⁴¹⁹ — às quais nos referiremos adiante¹⁴²⁰ —, não apenas porque, como estas, fixam as traves mestras (= bases, quadros, princípios) da disciplina jurídica de determinado conjunto de padrões de comportamento, mas igualmente porque exigem desdobramentos legislativos posteriores — podendo-se dizer que estamos em presença do que se poderia chamar um “procedimento legislativo escalonado” ou a “dois degraus” (*zweistufigen Rechtsetzungsverfahrens*)¹⁴²¹ — e desempenham uma *função habilitante* relativamente aos actos legislativos que as complementam, sendo dotadas de uma primariedade material e de um especial estatuto de superioridade, supremacia ou preeminência (não hierárquica)¹⁴²².

1414 Cfr. art.º 24.º, § 1.º da CBRs.

1415 Cfr. art.º 60.º, parágrafos 4) da Constituição do Chile.

1416 Cfr. art.º s 75, 91-a (2) e 109 (3) da GG, bem como 12.º (1) da B-VG.

1417 Cfr. art.º 34.º da CRF.

1418 Cfr. art.º 117 Cital (“...*Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato*...”).

1419 Até porque uma análise atenta pode levar a concluir que, na verdade, algumas leis consideradas pela CRP como leis de bases são verdadeiramente leis-quadro: será o caso, por exemplo, da lei de bases do sistema ensino, lei de bases do desporto, lei de bases do ambiente ou a lei de bases da função pública. Todos estes são domínios materiais no âmbito dos quais a lei carece de autêntica concretização e não de um mero desenvolvimento. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 752 e ss.

1420 Cfr. infra, pp. 541 e ss.

1421 Cfr., a respeito, KALTENBORN, Markus, “*Rahmengesetzgebung im Bundesstaat und im Staatenverbund*”, cit., 415, e 435 e ss; TORGAL, Lino, “Da lei-quadro na Constituição portuguesa de 1976”, in “Perspectivas constitucionais...”, cit., II, Coimbra editora, Coimbra, 940 e ss.

1422 V., para uma aproximação, MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 382, e Funções..., 287.; HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 106; MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 326 e ss.; 300; SCHMIDT, Rolf, “*Staatsorganisationsrecht*”, cit., 310 e ss.

Todavia, a identificação não é total e a confusão pode ser afastada. Desde logo, importa assinalar que as leis de enquadramento não são meras leis de princípios, ou seja não contêm apenas, ao contrário das leis de bases, apenas disciplina substantiva mas podem igualmente conter disciplina adjectiva (v.g., normas de procedimento e de processo). Além disso, a sua complementação envolve uma reduzida margem de liberdade de conformação, na medida em que as escolhas substanciais estruturantes já foram estabelecidas ao nível dos quadros — e por isso carece apenas de execução (acto executivo)—, ao passo que o desdobramento de uma lei de bases implica a tomada de opções substantivas e exige um acto legislativo de desenvolvimento. Como refere o Tribunal constitucional, existe uma diferença substancial quanto ao “grau de densificação material da lei-quadro, o qual é bem mais exigente que o de uma vulgar lei de bases”¹⁴²³. De resto, as leis de enquadramento são verdadeiras *leis de produção legislativa* e os actos que as têm por referência não são actos de desenvolvimento legislativo, como os actos de desenvolvimento das leis de bases¹⁴²⁴. Este último aspecto, aliás — a natureza de “normas ao quadrado” —, também as permite diferenciar das leis definidoras de regimes jurídicos globais.

Do que ficou dito, e apesar de eventuais semelhanças e analogias, pode-se retirar que as leis de enquadramento não se subsumem a outros tipos legais constitucionalmente previstos, sendo até possível, a partir das coordenadas positivas fornecidas pelo legislador constituinte, individualizar um regime típico. Tal regime passa pela ponderação de duas vertentes distintas, uma normativo-material e outra normativo-procedimental, ou, dito por outras palavras, passa por um lado pela consideração da sua vertente orientadora ou preceptora (i), e, por outro lado, pela sua função disciplinadora (ii).

- (i) Resulta claro que a lei de enquadramento não é, como a lei de bases, uma mera lei de princípios. Mas também o é. A primeira dimensão constitucionalmente relevante deste tipo de leis encontra-se precisamente na circunstância de, como aquelas, procurarem “estabelecer os parâmetros jurídico-materiais estruturantes de um determinado sector da vida (...)”. O figurino constitucional da lei-quadro é o de uma regulamentação geral e abstracta — mas completa — de determinado conjunto de padrões de comportamento, efectuada pelo órgão legiferante primário, que deixa a cargo de

1423 Acórdão do TC n.º 192/2003, DR, II, 1 de Julho de 2003.

1424 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 115.º, 506.

outro órgão constitucional a emanação de actos legislativos que, de uma forma substancialmente mais densa, os concretize (e não os desenvolva)¹⁴²⁵. Tal acontece porque a definição de determinados parâmetros enformadores dos procedimentos que devem regular em geral determinados actos concretos – embora sempre, recorde-se, actos legislativos – pertencem constitucionalmente ao núcleo legislativo reservado da Assembleia da República: é o que se passa, por exemplo, com os procedimentos relativos á elaboração do orçamento do Estado, à reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974, ou à criação das Regiões administrativas. Nestes casos, o acto legislativo que, em concreto, aprove o orçamento do Estado, reprivatize a titularidade de uma empresa ou crie uma Região encontrará na lei-quadro os princípios substanciais a que deve obedecer (v.g., não consignação de determinada receita a determinada despesa, formas de avaliação dos bens a reprivatizar, definição de limites territoriais), que assim funcionará como a sua âncora material. Em nenhum destes casos, o órgão concretizador – Governo ou Assembleias legislativas regionais, conforme as situações – estará investido de um poder livre e de uma margem de conformação substancialmente alargada, não lhe sendo concedida, de forma alguma, “carta branca” pela Assembleia da República. De resto, importa ter presente que, como referimos, o órgão concretizador *concretiza* e não desenvolve a disciplina traçada pela Assembleia da República – as opções ao abrigo da discricionariedade legislativa foram já tomadas por esta e não serão tomadas por aquele, de modo que se pode concluir que o vínculo que une aqui o criador inicial da disciplina jurídica ao seu seguidor é substancialmente mais apertado do que aquele que se verifica numa lei de bases. Ainda assim, deve-se assinalar que a maior densificação normativa das leis-quadro não impede que o órgão concretizador, em caso de insuficiência ou perante a sua incompletude, “estabeleça ele próprio, no exercício das competências legislativas que lhe foram conferidas directamente pela Constituição, certos parâmetros autovinculativos de actos seus posteriores, ou seja, efectue opções legislativas de carácter genérico e abstracto, desde que naturalmente no respeito integral dos princípios e parâmetros definidos na lei-quadro que ele pretende desenvolver ou concretizar”. Pode-se, por isso afirmar que, na realidade, “uma menor margem de conformação legislativa

1425 Acórdão do TC n.º 192/2003, DR, II, 1 de Julho de 2003.

não equivale, nem pode equivaler, a uma ausência de margem de conformação legislativa¹⁴²⁶.

- (ii) Além da dimensão material apontada, as leis de enquadramento contêm uma dimensão procedimental, são também normas de produção legislativa¹⁴²⁷, na medida em que estabelecem o modo de produção (= entrada no ordenamento normativo) de determinados actos legislativos concretos¹⁴²⁸. Estes actos, além de respeitarem os procedimentos de iniciativa, discussão, votação e aprovação previstos na CRP, devem também respeitar os procedimentos previstos na respectiva lei de enquadramento que, nesta medida se encara como uma lei habilitante: serve de antecâmara à introdução de outras leis no mundo do Direito, fixando procedimentos normativos acrescidos aos constitucionalmente previstos. Sem a primeira, em princípio, os segundos não podem existir e, deste modo, são leis que constituem pressuposto normativo necessário de outras leis. Por outro lado, são leis que por outras devem ser respeitadas. Os seus parâmetros procedimentais são incontornáveis e a sua não observância determina a invalidade do acto violador¹⁴²⁹.

Das duas dimensões apontadas resulta que a lei de enquadramento é uma lei com valor reforçado pois funciona como parâmetro vinculante dos diplomas legislativos mais concretos (como por exemplo as leis anuais do orçamento do Estado, ou os decretos-leis de reprivatização). Por outras palavras, são leis configuradas pela Constituição como escalão norteador da validade de outras leis pois regulam procedimental e materialmente a produção destas¹⁴³⁰, afirmando-se como seu pressuposto e bloco aferidor de conformidade.

Não quer esta ideia significar que a origem da competência legiferante do órgão concretizador provenha da lei de enquadramento. Não, ela continua a providir (sempre) das normas constitucionais atributivas de competência; agora, os termos concretos em que tal competência pode ser exercida, naquele determinado núcleo substantivo, nos seus diversos aspectos —

1426 Acórdão do TC n.º 192/2003, DR, II, 1 de Julho de 2003.

1427 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 115, 506.

1428 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 786.

1429 V. acórdão do TC n.º 192/2003, DR, II, 1 de Julho de 2003.

1430 Cfr. acórdão do TC n.º 192/2003, DR, II, 1 de Julho de 2003.

competenciais, temporais, materiais — é que são fixados pela lei de enquadramento¹⁴³¹.

Este particular estatuto de parametricidade reconhecido às leis de enquadramento, como não podia deixar de ser, convoca um conjunto de garantias acrescidas ao nível do controlo da constitucionalidade e da legalidade dos actos vinculados. Estes — os actos legislativos concretizadores — devem obedecer à lei-parâmetro, e o seu cumprimento é assegurado por via do sistema de controlo da legalidade reforçada¹⁴³², pelo que se pode afirmar que são actos duplamente vinculados: em primeiro lugar (como qualquer acto) à Constituição e, em segundo lugar, à lei reforçada que lhes serve de parâmetro.

Tendo em atenção todos estes aspectos, quais são, então, as leis que podem ser classificadas, face à CRP, como leis de enquadramento?

Parece-nos que dentro de tal categoria cabem os seguintes sub-tipos legais:

- em primeiro lugar, a lei de enquadramento do Orçamento do Estado. Trata-se de uma lei com valor reforçado que vincula materialmente as diversas leis anuais do orçamento do Estado, fixando quer as regras atinentes à preparação, discussão e votação da respectiva proposta (regras substantivas vinculativas, prazos, competências), como aquelas que dizem respeito ao controlo da correspondente execução¹⁴³³. Nas palavras de SOUSA FRANCO, não se trata de uma *lei reforçada típica*, mas de uma lei reforçada atenuada, pela invalidade que atinge a lei do orçamento que a viole¹⁴³⁴. Contudo, aqui, estamos em presença de um fenómeno de *parametricidade recíproca*, pois a Assembleia da república não pode aprovar uma

1431 Assim, v. acórdão do TC n.º 192/2003, DR, II, 1 de Julho de 2003.

1432 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 85, 417.

1433 Cfr. art.º 106.º, n.º 1 da CRP: “a lei do Orçamento é elaborada, organizada, votada e executada, anualmente, de acordo com a respectiva lei de enquadramento, que incluirá o regime atinente à elaboração e execução dos orçamentos dos fundos e serviços autónomos”. Cfr. ainda art.º 164.º, alínea r) da CRP.

1434 Cfr. “Finanças públicas e Direito financeiro”, I, 4.ª ed., 3.ª reimp., Almedina, Coimbra, 1996, 346, nota (1). V., também, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 109, 472.

nova LEOE que viole certas disposições da Lei do orçamento em vigor na altura¹⁴³⁵;

- em segundo lugar, as leis do regime de criação das Autarquias locais e das Regiões administrativas. Como se sabe, a Constituição reserva à Assembleia da república a competência para (i) a “criação, extinção e modificação de autarquias locais e respectivo regime”¹⁴³⁶ e (ii) a produção de uma lei de criação de Regiões administrativas e a instituição em concreto das mesmas¹⁴³⁷. Em ambos os casos estamos em presença daquilo que pode ser qualificado como uma dupla reserva: por um lado, a respeitante a um regime geral, e, por outro lado, a respeitante a uma norma concreta (uma verdadeira lei-medida: a criação, modificação ou extinção de uma concreta Autarquia ou Região). Ora, compreensivelmente, esta última não poderá ser levada a efeito sem o respeito pelo prévio enquadramento genérico fornecido pelo regime-quadro;
- depois, temos a lei-quadro de adaptação do sistema fiscal nacional às especificidades regionais. Neste caso, trata-se de uma lei reforçada justificada por razões de correcção de assimetrias regionais e equilíbrio financeiro, que emolduram o exercício do poder tributário (criação e cobrança de tributos, como impostos, taxas e contribuições especiais) por parte das Regiões autónomas. No âmbito de tal exercício cabem, designadamente, as prerrogativas para diminuir as taxas nacionais dos impostos ou conceder benefícios fiscais temporários e condicionados e, como se compreende, tal não poderia ser efectuado sem ter em atenção um quadro normativo prévio delimitador e paramétrico. Mais uma vez, as leis que, em concreto, materializem o exercício das prerrogativas referidas não poderão deixar, sob pena de ilegalidade por violação de lei com valor reforçado, de respeitar os ditames desta.
- finalmente, deve ser mencionada a lei-quadro das reprivatizações. Estamos em presença, mais uma vez, de “uma lei de valor reforçado de vinculação específica, ou de carácter especial, na medida em que a sua observância apenas se impõe a determinadas leis que com ela

1435 Cfr. art.º 167.º, n.º 2 da CRP, nos termos do qual “os Deputados, os grupos parlamentares, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas e os grupos de cidadãos eleitores não podem apresentar projectos de lei, propostas de lei ou propostas de alteração que envolvam, no ano económico em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento” (lei-travão).

1436 Cfr. art.º 164.º, alínea n) e 249.º

1437 Cfr. art.º 255.º e 256.º

tenham uma relação especial”¹⁴³⁸. Esta é uma lei-quadro — que deve ser aprovada por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções e que se encontra materialmente vinculada de uma forma directa pela Constituição (pois deve observar determinados princípios fundamentais por esta fixados)¹⁴³⁹ — que prevê a moldura dentro da qual pode o Governo legislar sobre reprivatizações a respeito do *processo individual* de cada empresa. Quer isto dizer que, mesmo sendo de aceitar que a necessária concretização deve ser efectuada por acto legislativo, “a intervenção do Governo há-se sempre efectuada a propósito da privatização de cada uma das empresas a reprivatizar”, não lhe sendo outorgada “qualquer competência para a regulação legislativa do processo das privatizações em geral”¹⁴⁴⁰. Se, eventualmente, o Governo, por decreto-lei estabelecer um procedimento autorizativo, de alcance geral, incidente indistintamente sobre todos os processos de reprivatização usurpam-se as competências legislativas reservadas à Assembleia da República¹⁴⁴¹.

4.3.3. Leis com valor reforçado de acordo com o critério da vinculação específica (“normas-pauta”)

4.3.3.1. As leis de autorização legislativa

Uma visão tradicional ortodoxa do princípio da separação de poderes (*lato sensu*)¹⁴⁴² admitia que a função legislativa, numa ordem constitucional democrática, estava incindivelmente ligada aos órgãos parlamentares, de modo que as leis, enquanto acto normativo, apenas poderiam ser emanadas pelo órgão legiferante primário. Encontrava-se em tal visão o fundamento para a proibição de *transferências de poderes legislativos* e, mais restritamente, para a inadmissibilidade constitucional das autorizações legislativas¹⁴⁴³.

1438 Acórdão do TC n.º 192/2003, DR, II, 1 de Julho de 2003. V. CASTRO RANGEL, Paulo, “A concretização legislativa da Lei-Quadro das Privatizações, a propósito da inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 380/93, de 15 de Novembro”, Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação, vol. 23, Outubro/Dezembro de 1998, Lisboa, pp. 28-29.

1439 V. art.º 293.º, n.º 1 da CRP.

1440 Acórdão do TC n.º 192/2003, DR, II, 1 de Julho de 2003.

1441 Acórdão do TC n.º 192/2003, DR, II, 1 de Julho de 2003.

1442 Cfr. WALTER, Robert e MAYER, Heinz, “Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrecht”, cit., 71 e 72; GROTE, Rainer, “Rechtskreise im öffentlichen Recht”, in AöR, 126, 1, 2001, 29 e ss.

1443 V. HESSE, Konrad, “Grundzüge...”, cit., 223, 224; SCHMITT, Carl, “Verfassungslehre”, cit., 188; RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “Teoría y práctica del Derecho Constitucional”, cit., 157 e ss. V., ainda, SWAINE, Eduard, “The constitutionality of international delegations”, cit., 1544.

Ora, tal visão ortodoxa encontra-se hoje superada¹⁴⁴⁴. Sendo certo que, nos quadros do constitucionalismo actual, ainda se entende que o Parlamento não se pode desvincular das suas funções normadoras essenciais e não pode, por isso, delegar genericamente poderes legislativos, constata-se porém que, em número cada vez maior, os ordenamentos reconhecem uma excepção: as possibilidades de delegação de cariz mais restrito, particularizadas a certo órgão constitucional e a certo núcleo material, perfeitamente delimitado¹⁴⁴⁵. Estamos, como se compreende, no campo das denominadas “leis de autorização” — que não se confundem com os fenómenos de *deslegalização*, onde se verifica uma verdadeira renúncia a legislar —, que se justificam, genericamente, por razões de complexidade técnica, particularmente em face da constatação de que a redacção de textos extensos sobre matérias acentuadamente especializadas será melhor conseguida se não for levada a cabo pelo Parlamento¹⁴⁴⁶.

Procuremos aprofundar estas considerações genéricas e, por conseguinte, tentemos enquadrá-las numa teoria normativamente adequada do ordenamento jurídico, começando por fazer apelo novamente ao carácter “duplamente” analítico — formalmente correcto e materialmente adequado — da noção respectiva.

4.3.3.1.1. *Enquadramento jurídico: as dimensões normativa e legal*

As leis de autorização são actos legislativos mediante os quais o órgão legiferante primário autoriza, num domínio material que lhe está constitucionalmente atribuído, a disciplina por outro órgão constitucional.

Uma apreciação analítica desta noção envolve, desde logo, problemas ao nível da qualificação jurídica das *leis de delegação*¹⁴⁴⁷, particularmente

1444 Cfr., a propósito, HORN, Hans-Detlef, “Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung (Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates)”, in AöR, 127, 2002, 427 e ss, em particular, 430.

1445 V. MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “Deutsches Staatsrecht”, cit., 337 e ss. Cfr., ainda, AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 432 e ss.

1446 Neste sentido, RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “Teoría y práctica del Derecho Constitucional”, cit., 157.

1447 Parece-nos preferível, em face dos dados do ordenamento constitucional português, reconduzir juridicamente as leis de autorização à figura jurídica da delegação e não a outras, como a representação, o mandato, a sub-rogação ou mesmo a gestão de negócios (v., a propósito, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 762 e ss.). Na verdade, não parece correcto identificar nestes casos uma situação jurídica de representação (art.º 258.º do CC) pois, como se sabe — e utilizando aqui os ensinamentos de alguma da melhor doutrina jusprivatista (v., por exemplo, ANDRADE, Manuel, “Teoria geral da relação jurídica”, II, reimp., Almedina, Coimbra, 1998, 285 e ss.; CARVALHO FERNANDES, L. A., “Teoria geral do Direito civil”, II, 3.ª ed., Universidade Católica ed., 2001, 202 e ss.), — neste último

mediante as seguintes indagações: (i) tratar-se-ão de verdadeiros actos normativos e, em caso afirmativo, (ii) tratar-se-ão de verdadeiras leis?

caso, torna-se indispensável a existência de (i) uma actuação em nome alheio, (ii) no interesse alheio e (iii) mediante a atribuição de poderes especificamente pensados para o efeito. Ora, em rigor, nas leis que analisamos, apenas este último pressuposto está verificado, não se podendo dizer que o órgão autorizado actue em nome do autorizante e no interesse deste. A confirmar tal conclusão pode ser aduzido o argumento de que o acto autorizativo deve ser solicitado (*princípio do pedido*), o que não faria sentido em situações nas quais se actuasse em nome e no interesse de quem autoriza. Além disso, parece que se impõe a conclusão de que o órgão autorizado não recebe poderes normativos de outrem, mas apenas a autorização para os exercer em relação a determinadas matérias. Do mesmo modo, também a identificação com a figura do mandato (art.º 1157.º do CC) deve ser afastada, porque, ao contrário do mandatário, o *autorizado* actua no seu próprio interesse, embora em ambos os casos se verifique uma actuação em nome próprio (v., a propósito, CARVALHO FERNANDES, ob. cit., 203). Igualmente a equiparação à sub-rogação não é aconselhável, pois neste caso, diferentemente do que sucede com as autorizações normativas, verifica-se uma actuação em nome alheio (assim, ALMEIDA COSTA, M. J., "Direito das Obrigações", 8.ª ed.ª, Almedina, Coimbra, 2000, 752 e ss.). Assim, como dissemos, parece-nos preferível identificar juridicamente as leis de autorização legislativa — ou melhor, a relação jurídica que se constitui com a sua emanção — com a figura da *delegação*. Não a delegação administrativa *stricto sensu* [delegação de poderes administrativos, materializada no "conjunto de poderes atribuídos a um órgão (delegado), susceptíveis de serem revogados a todo o momento, por um acto da administração praticado por outro órgão (delegante)" — assim, v. OTERO, Paulo, "A competência delegada no Direito administrativo português", AAFDL, Lisboa, 1987, 37] nem uma delegação de poderes legislativos — na medida em que o Governo tem, *ab initio* poderes legislativos (cfr. art.ºs 112.º, n.º 1 e 198.º da CRP) — mas uma forma diferente, e porventura mais abrangente, de delegação: a delegação de matérias (neste sentido, GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional...", cit., 763). Com efeito, a referência a delegação *lato sensu* parece mais correcta na medida em que:

- (i) estamos em presença de uma permissão para a prática de actos jurídicos, mais precisamente actos normativos, em referência a núcleos materiais que o órgão autorizado, em princípio não poderia tocar;
- (ii) o órgão autorizado actua em nome próprio e não em nome do autorizante (cfr. OTERO, Paulo, "A competência ...", cit., 49), o que também afasta a figura da representação, como referimos acima;
- (iii) tal permissão, depois de atribuída pode ser revogada pelo órgão autorizante, de modo que se pode perspectivar a competência do órgão autorizado como uma competência sujeita a condição resolutiva. Com efeito, pode o órgão autorizante, reassumir as competências legislativas (constitucionalmente atribuídas) sobre aquele domínio em concreto mediante a avocação das respectivas matérias, parecendo poder fazê-lo quer através da revogação da própria lei de autorização, quer através da revogação da norma autorizada.

Esta delegação — que, naturalmente, não dá corpo a uma relação de hierarquia entre os dois órgãos (aliás, nem a hierarquia administrativa necessariamente o daria. Cfr., a respeito, OTERO, Paulo, "Conceito e fundamento da hierarquia administrativa", Coimbra editora, Coimbra, 1992, 144, 145) — só pode existir nos casos expressamente previstos na Constituição o que significa que ela apenas abrange as matérias previstas na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República e matérias de interesse específico para as Regiões Autónomas que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania [respectivamente, art.º s 165.º, n.º 1 e 227.º, n.º 1, alínea b) da CRP]. Nestes casos, e utilizando uma analogia de raciocínio com PAULO OTERO ("Conceito e fundamento...", cit., 146), o Governo ou as Assembleias legislativas regionais, no caso português, passam a ser detentores de uma "competência perfeita", na medida em que à "nua titularidade" da competência legislativa acresce a possibilidade de a exercer em relação *àquela* matéria. V., ainda, HEINZ, Karl Eckhart, "Delegation und Mandat...", cit., 495 e ss.; BLANCO de MORAIS, Carlos, "As leis reforçadas...", cit., 281 e 282; NACCI, Paolo Giocoli, "Appunti sulle fonti normative...", cit., 91 e ss.

Procuremos averiguá-lo.

No âmbito de uma teoria de pensamento que conceba o Direito como *linguagem* — não *facto* ou *valor* — e que perspectiva a norma jurídica como um enunciado sintético — ao contrário das definições que são enunciados analíticos —, pode-se levantar a questão de saber se as prescrições que incorporam autorizações são efectivamente normas jurídicas. Tal questão pode ser levantada tendo principalmente em vista os seguintes nódulos problemáticos:

- por um lado, pode não ser fácil vislumbrar a natureza superior do órgão autorizante, e, a não ser possível fazê-lo, o enunciado deontológico¹⁴⁴⁸ que a prescrição pretende transmitir não ganha efectividade e não se pode falar em norma jurídica;
- por outro lado, em face do carácter facultativo da actuação do destinatário, torna-se difícil vislumbrar qual é o padrão de comportamento que numa norma autorizativa está a ser transmitido¹⁴⁴⁹.

Parece-nos que quer um quer outro dos nódulos apontados pode ser removido.

Em primeiro lugar, parece dever-se impor a conclusão de que uma autorização pressupõe sempre um poder de domínio ou superioridade, pois na verdade o órgão que autoriza ou permite tem o poder de, se o quiser, ordenar o contrário, isto é não permitir ou não autorizar. Nesta medida, a permissão enquanto enunciado nunca é verdadeiramente autónoma, mas antes constitui uma excepção de um comando proibitivo anterior, podendo-se com propriedade afirmar que, normativo-linguisticamente, uma autorização é uma derrogação de uma eventual proibição. Se quisermos transpor estas ideias para o plano jurídico-constitucional, diremos por exemplo que uma prescrição constitucional que prevê a possibilidade de o parlamento autorizar o governo a legislar sobre determinado núcleo material está a comunicar dois modelos comportamentais distintos: o de que o governo está primariamente proibido de disciplinar tal núcleo material e o de que o parlamento *pode* autorizá-lo a fazê-lo. O que não se pode inferir do estabelecimento de tal relação de ordenação normativa é o estabelecimento de uma relação de hierarquia *entre ambos*.

1448 V. DICOTTI, Enrico, "Il concetto e i criteri della validità normativa", cit., 307.

1449 Cfr., a propósito, . SCARPELLI, Uberto, "Contributo alla semantica del linguaggio normativo", cit., 99-100.

Em segundo lugar, e como já resulta do que acabamos de dizer, também parece não se poder colocar em causa a existência de um padrão comportamental que com a norma autorizativa se pretende transmitir. Com efeito, pretende-se passar a noção de que (só) *aquele* órgão pode autorizar, e (só) aquele órgão pode receber aquela autorização e pode actuar *daquela* maneira (e não de qualquer outra)¹⁴⁵⁰.

Por conseguinte, podendo-se assumir que se está perante verdadeiros enunciados de natureza prescritiva no sentido por nós apontado, não devem restar dúvidas de que as leis de autorização materializam verdadeiras normas jurídicas.

Contudo, os problemas não se esgotam com a verificação da possibilidade de qualificação das autorizações como normas. Num plano mais restrito, pode-se colocar a questão de saber se, sendo normas, são também verdadeiras leis ou se, pelo contrário não encerrarão um carácter mais *regulamentar* e interno, materializando-se em meras normas de orientação. No que diz particularmente respeito ao ordenamento jurídico-constitucional português, esta problemática foi frequentemente abordada quer pela jurisprudência quer pela doutrina¹⁴⁵¹.

A consideração de que estamos em presença de simples e meras normas de orientação, normas regulativas ou directrizes, funda-se principalmente no argumento de que as leis de autorização, demarcando o sentido da norma subsequente, na realidade não produzem efeitos jurídicos materiais no domínio social sobre o qual o órgão autorizado tenciona intervir, mas limitam-se apenas a produzir efeitos jurídicos instrumentais. Nada alterando, criam somente as condições para que possa verificar-se uma mudança do Direito material, mudança essa que apenas se medirá com a intervenção do segundo órgão¹⁴⁵².

Mas não apenas neste argumento se funda a tese da desconsideração legal. Também é corrente, paralelamente, invocar-se a opinião segundo a qual

1450 É o que se passa, nomeadamente, com as normas que incorporam a possibilidade de o órgão legiferante primário autorizar um outro órgão constitucional a disciplinar certa matéria. Nestes casos, a norma autorizativa significa (i) que só o órgão legiferante primário pode autorizar e (ii) que ele só pode autorizar aquele outro órgão e (iii) em relação aquela matéria determinada.

1451 V., por exemplo, BARBOSA DE MELO, A. M. "Discussão pública pelas organizações de trabalhadores de leis de autorização legislativa", in RDES, ano XXXI, 3/4, 531; Vitorino, António, "As Autorizações Legislativas na Constituição Portuguesa", ed. policopiada, vol. II, Lisboa, 1985...

1452 Assim, v. voto vencido José Martins da Fonseca, no Acórdão do TC n.º 107/88, DR, I, 21 de Junho de 1988. Cfr., ainda, TORGAL, Lino, "Da lei-quadro na Constituição portuguesa de 1976", cit., 956.

as leis de autorização, não tendo por referência directa relações jurídicas intersubjectivas, não são susceptíveis de invocação perante órgãos jurisdicionais, o que salienta a sua natureza interna e retira o carácter geral e abstracto indispensável a qualquer acto legislativo. Além disso, no mesmo sentido, pode igualmente ser invocada a ideia de que a produção dos efeitos das leis de autorização só se verifica depois da entrada em vigor da norma autorizada, levando a distinguir dois momentos distintos: num primeiro momento, estaríamos em presença de normas sobre a produção jurídica e apenas num segundo momento se transformariam em normas substanciais.

O que dizer, em termos de apreciação crítica, destas argumentações?

Parece-nos que todos os argumentos apresentados, sem embargo da valia que possam ter no quadro de uma particular teoria da lei, claudicam.

Em primeiro lugar, é de rejeitar o carácter meramente formal-directivo das leis de autorização. Como o próprio Tribunal Constitucional português já teve — em nossa perspectiva, bem — oportunidade de salientar, tais leis — reconhecendo-se que desempenham um importante papel no plano do desenho e da ordenação do exercício da função legislativa — contêm os parâmetros normativos substanciais fundamentais que estabelecem os limites de validade da norma autorizada¹⁴⁵³. Dito de outro modo: admitindo-se que não intervêm *directamente* (“em termos de aplicabilidade directa”) nos domínios substantivos que têm por objecto, encerram em si “parâmetros normativos fundamentais” que vão, se respeitados, balizar toda a produção autorizada, podendo-se afirmar que “o essencial do diploma delegado está predeterminado na lei delegante”¹⁴⁵⁴.

A sua natureza material parece, assim, evidente e, como refere GOMES CANOTILHO, estas leis “não têm uma natureza diversa das outras leis, acontecendo apenas que as suas normas são formuladas pelo órgão parlamentar para serem aplicadas juntamente com a emanação de leis delegadas”¹⁴⁵⁵.

Depois, torna-se necessário salientar que, contendo desde logo disciplina material, a invocação perante os juizes é possível *ab initio* — constituindo forte indício nesse sentido a possibilidade de controlo preventivo da

1453 Acórdão n.º 64/91, DR, I, 11 de Abril de 1991.

1454 Acórdão n.º 107/88, DR, I, 21 de Junho de 1988, e Acórdão n.º 64/91, DR, I, 11 de Abril de 1991.

1455 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 762.

constitucionalidade —, e, além disso, a produção de efeitos se verifica desde logo, se bem que somente efeitos permissivos.

Deste modo, aderimos à tese da consideração legislativa-material das leis de autorização, assumindo que são autênticas leis.

4.3.3.1.2. Dimensão subjectiva das leis de autorização

A análise comparada da *ratio* e do recorte normativo que é consagrado constitucionalmente a este tipo de leis impõe que se conclua que, de um modo geral, elas têm como emissor, como já assinalamos, o órgão legislante primário — e, por conseguinte, têm como objecto matérias a este reservadas¹⁴⁵⁶ — e como destinatário quer órgãos com competências legislativas¹⁴⁵⁷ quer órgãos com competências administrativas que poderão

1456 Cfr., art.º 165.º, n.º 1 da CRP e, por exemplo, as seguintes disposições:

- art.º 22, § único da CBras, que dispõe que “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (que se refere às competências legislativas da União);
- art.º 82, n.º 1 da CEsp, nos termos do qual “*Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior*” [respeitante, entre outras, ao *desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*, aos *Estatutos de Autonomía* e ao *régimen electoral*];
- art.º 38 da CRF, de acordo com o qual “*Le Gouvernement peut, pour l’exécution de son programme, demander au Parlement l’autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.*”;
- art.º 32 da CBelg, que determina que “*La loi attribue aux organes régionaux qu’elle crée et qui sont composés de mandataires élus, la compétence de régler les matières qu’elle détermine (...), dans le ressort et selon le mode qu’elle établit*”;
- art.º 76 da CItal, onde se pode ler: “*L’esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.*”;
- art.º 80 (1) da GG: “*Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen.*”.

1457 Cfr. art.º s 22, § único da CBras; 82., n.º 1 da CEsp; 38 da CRF; 76 da CItal.

ser órgãos federais¹⁴⁵⁸, estaduais¹⁴⁵⁹, ou regionais¹⁴⁶⁰)¹⁴⁶¹. Trata-se, como bem refere BLANCO de MORAIS, de uma relação que se estabelece entre um órgão com uma *titularidade competencial primária* – que lhe permite “editar, de forma directa, actos legislativos de carácter tendencialmente inovatório, sobre determinadas matérias” – e outro com uma *titularidade competencial sub-primária derivada* – expressão significativa das ideias de necessária observância de limites paramétricos “determinados directivamente por outra categoria legal” e de habilitação (autorização) prévia¹⁴⁶². De toda a forma, num caso ou no outro, pressupõe-se o estabelecimento de uma *relação interorgânica fiduciária*¹⁴⁶³, patente, entre outras considerações, no facto de o acto autorizante cessar a sua produção de efeitos quando os actores se modificam – por exemplo, mediante dissolução ou demissão, consoante os casos, de um deles – e, por essa via, bloquear a emanação de actos autorizados¹⁴⁶⁴.

No que particularmente concerne ao ordenamento jurídico-constitucional português, pode-se afirmar que as leis de autorização são emanadas apenas pela Assembleia da República e endereçam-se apenas ao Governo – em matérias de reserva relativa de competência legislativa da primeira¹⁴⁶⁵

1458 Cfr. art. 80 (1) da GG, quando se refere ao *Bundesregierung* ou ao *Bundesminister*.

1459 Cfr. art. 80 (1) da GG, quando se refere aos *Landesregierungen*. De salientar que de acordo com o *Bundesverfassungsgericht*, os regulamentos emanados pelos Governos dos Länder no seguimento de uma autorização legal são considerados *Landesrecht* e não *Bundesrecht*, não se aplicando a regra *lex posterior derogat legi priori* entre regulamentos federais e estaduais. Neste sentido, v. BVerfGE 18, 407 (414, 415 e 418) (*Verordnung als Landesrecht*), onde se pode ler:

„Für die Entscheidung der Frage, ob eine Rechtsverordnung Landesrecht oder Bundesrecht ist, kommt es also nur darauf an, welches Organ sie erlassen hat, und nicht darauf, welches Organ zu ihrem Erlaß ermächtigt hat“.

1460 V. art. 32. da CBelg, e 71 da GG.

1461 Cfr., GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 766, e, por último, BLANK, Michael, FANGMANN, Helmut, HAMMER, Ulrich, “Grundgesetze – Basiskommentar”, cit., anotação ao art. 80, p. 321; WILKE, D., “Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen”, in AöR, 98, 1973, 196 e ss.; LEPA, M., “Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung”, in AöR, 105, 1980, 337 e ss; MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “Deutsches Staatsrecht”, cit., 338.

1462 Assim, v., BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 278 a 281.

1463 Cfr., excepcionalmente, quanto às autorizações legislativas em matéria fiscal, acórdão do TC n.º 158/88, DR, I, 29 de Julho de 1988.

1464 V. art.º 165.º, n.º 4 da CRP. Quanto à possibilidade de concessão de autorizações legislativas a um governo já demitido v. o acórdão do TC n.º 158/88, DR, I, 29 de Julho de 1988. Acerca da admissibilidade de autorizações legislativas implícitas, v. RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “Teoría y práctica del Derecho Constitucional”, cit., 159, 160 e jurisprudência do TCE aí referida.

1465 V. art.º 165.º, n.º 1 da CRP. V., ainda, acórdão do TC n.º 472/95, I, DR 6 de Setembro de 1995.

— ou às Assembleias Legislativas Regionais¹⁴⁶⁶. Mais uma vez, recorremos às palavras de BLANCO de MORAIS para dar ênfase às nossas¹⁴⁶⁷: “dois sub-tipos de reserva relativa, e consequentemente de concorrência derivada podem ser (...) alinhadas: a concorrência derivada entre órgãos soberanos; e a concorrência derivada entre órgãos estaduais e regionais”.

Significa isto que serão organicamente inconstitucionais todas as autorizações concedidas por outro órgão (v.g., Governo) e materialmente inconstitucionais todas as autorizações concedidas a outros órgãos (v.g., Primeiro-Ministro, Conselho de Ministros, Ministros, Governo Regional), com a consequente *invalidade sucessiva* do acto autorizado. Em termos formais, o órgão autorizante emanará uma lei de autorização legislativa¹⁴⁶⁸ e o órgão autorizado emanará um decreto-lei autorizado ou um decreto legislativo regional autorizado¹⁴⁶⁹, ambos jurídico-normativamente subordinados à respectiva lei de autorização¹⁴⁷⁰. Além disso, este último órgão, em princípio, apenas pode utilizar a autorização — isto é, emanar um acto válido de cumprimento, não um acto que seja, por exemplo, vetado — uma vez (*princípio da irrepetibilidade*), sendo que, após tal utilização, cessa a vigência da lei autorizante¹⁴⁷¹.

Por fim, quanto a este ponto, e embora não haja qualquer norma constitucional expressa a dizer-lo, devem ser de considerar materialmente inconstitucionais as sub-delegações legislativas¹⁴⁷². Dois motivos particulares assim o determinam: por um lado, os poderes que integram a competência dos órgãos de soberania têm carácter heterónomo e funcional, o que implica que tal competência esteja definida ao nível da Constituição¹⁴⁷³ —

1466 V. art.º 227.º, n.º 1, alínea b) da CRP.

1467 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 292.

1468 Cfr., art.º 82.º, n.º 2 da CEsp., de acordo com o qual as autorizações podem ser dadas sob a forma de leis de bases ou de lei ordinária.

1469 Cfr., respectivamente, art.º s 198.º, n.º 1, alínea b) e 232.º, n.º 1 da CRP. V. ainda art.º 82.º, n.º 2 da CEsp (que se refere a *decretos legislativos*); 38.º da CRF (*ordonnances*).

1470 Cfr. art.º s 112.º, n.º 2, 2.ª parte e n.º 3; e bem assim, 280.º, n.º 2, alínea a) e 281.º, n.º 1, alínea b)...

1471 Cfr., a respeito, art.º 165.º, n.º 3 da CRP.

1472 Apesar da referida ausência de disposição expressa, tal conclusão parece resultar da conjugação do disposto nos art.º s 111.º, n.º 2 e 112.º, n.º 6. Cfr., a propósito, OTERO, Paulo, “A competência delegada...”, cit., 50; MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 339. V., por último, art.º 82.º, n.º 3 (3.º oração) da CEsp., nos termos do qual “*Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno*”.

1473 Cfr. art.º 110.º, n.º 2 da CRP.

sede das Competência das competências – e seja, ela própria, em princípio inalienável; por outro lado, uma eventual sub-delegação deve ser sempre prevista por norma de valor hierárquico-formal igual ao da norma que, originariamente, atribui a competência delegada¹⁴⁷⁴, arrastando a consequência de que a lei só pode delegar poderes quando estes sejam, eles próprios, conferidos por lei.

4.3.3.1.3. O regime jurídico-constitucional das leis de autorização

a) Dimensão procedimental

Em termos de procedimento legislativo, as leis de autorização estão genericamente sujeitas ao mesmo *iter* que as outras leis – iniciativa, discussão e votação, promulgação, referenda, publicação e entrada em vigor – se bem que alguns aspectos específicos devam ser salientados¹⁴⁷⁵. São eles:

- Em primeiro lugar, ao nível da iniciativa, e diferentemente do que acontece com outras leis – cuja iniciativa pertence geralmente aos deputados, aos grupos parlamentares, ao Governo e a grupos de cidadãos¹⁴⁷⁶ –, apenas o Governo as pode propor. Significa isto que não são constitucionalmente admissíveis projectos de leis de autorização (oriundos dos deputados ou dos grupos parlamentares) nem pode a Assembleia da república autorizar o Governo de moto próprio. A solução contrária, aliás, transformaria uma eventual “autorização não solicitada” numa verdadeira *injunção* do parlamento, o que em face dos quadros fornecidos pela CRP se afiguraria intolerável. Com efeito, “ao Governo pode não interessar em determinado momento legislar sobre matéria da competência da AR e, no entanto, ficaria «obrigado» politicamente a fazê-lo sempre que a AR assim o entendesse”, pelo que inevitavelmente deve concluir-se pela inconstitucionalidade da concessão de uma autorização legislativa não pedida pelo Governo¹⁴⁷⁷.
- Em segundo lugar, na fase da discussão e votação, impõe-se que as leis de autorização legislativa relativas a legislação laboral, na medida em que se qualificam também elas como *legislação do trabalho*,

1474 Assim, v. acórdão do TC n.º 82/86, in DR, I, 2 de Abril de 1986.

1475 Cfr., a propósito, RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica del Derecho Constitucional*”, cit., 160.

1476 Cfr. art.º 167.º, n.º 1 da CRP.

1477 Assim, v. declaração voto José Martins da Fonseca, Acórdão n.º 461/87, DR, I, 15 de Janeiro de 1988.

sejam objecto de consulta para efeitos de audição por parte das organizações representativas dos trabalhadores¹⁴⁷⁸. Tal imposição justifica-se de modo a que as organizações dos trabalhadores “possam ter a possibilidade de influenciarem, logo na fase parlamentar de apreciação da lei de autorização legislativa, os juízos políticos e de decisão jurídica da Assembleia da República sobre a futura legislação autorizada e, também, de opinarem sobre a vantagem de delegar no Governo a elaboração da tal legislação, sobre a oportunidade da autorização, sobre as directrizes, princípios ou orientações gerais da futura disciplina material e sobre a própria extensão da autorização, isto é, sobre a amplitude das inovações ou reformas a introduzir em matéria laboral”¹⁴⁷⁹.

b) Molduras da normaçoão autorizada

Como as matérias objecto de autorização são matérias constitucionalmente reservadas, em primeira linha, ao órgão legiferante primário, compreende-se que este, quando autoriza outro órgão a discipliná-las normativamente o faça mediante o estabelecimento de uma adequada moldura dentro da qual a actuação autorizada será legítima. O contrário — isto é, a emanação de uma autorização sem a indicação de limites que possibilitem a sindicância do exercício dos poderes autorizados (concessão de plenos poderes, autorização geral para legislar, *delegaciones en blanco*¹⁴⁸⁰, *Globalermächtigungen*¹⁴⁸¹) — poderia significar uma desvinculação do parlamento das suas funções legislativas constitucionalmente atribuídas, o que colidiria com os quadros dimensionantes das estruturas organizatórias pensadas pelo legislador constituinte¹⁴⁸².

1478 Cfr. art.º 56.º, n.º 2, alínea a) da CRP e acórdão do TC n.º 64/91, DR, I, 11 de Abril de 1991.

1479 V. acórdão do TC n.º 64/91, DR, I, 11 de Abril de 1991. Em sentido contrário, todavia, argumenta-se com a “despropositada ou excessiva concessão de uma «dupla audição» às organizações de trabalhadores”. Entre outros motivos, invoca-se a circunstância de que a lei de delegação legislativa e a lei delegada não se apresentam como actos correspondentes a dois procedimentos legislativos autónomos, mas, ao invés, como actos sucessivos, conexioneados entre si, que integram um único procedimento legislativo. Além disso, também se pode referir que relativamente a outras matérias bem mais importantes [como, por exemplo, as bases do sistema de ensino – art.º s 164.º, alínea i) e 77.º, n.º 2 da CRP], na medida em que fazem parte da reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, impõe um só processo de audição das organizações interessadas. Neste sentido, v. a declaração de voto Fernando Alves Correia ao Acórdão n.º 64/91, DR, I, 11 de Abril de 1991.

1480 V. RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica del Derecho Constitucional*”, cit., 158.

1481 Cfr. HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 225.

1482 Cfr., a propósito, BLANK, Michael, FANGMANN, Helmut, HAMMER, Ulrich, “*Grundgesetze - Basiskommentar*”, cit., anotação ao art. 80, p. 302. V. ainda, a propósito do tema, BVerfGE, 14, 245 (251) (*Blankettstrafgesetz*) e BVerfGE 78, 249 (272 e 273) (*Fehlbelegungsabgabe*).

No ordenamento português, as balizas delimitadoras da normaçõ auto-
rizada (decretos-leis autorizados e decretos legislativos regionais autori-
zados) efectivam-se mediante a imposiçõ pelo parlamento de dois tipos
de limites, os primeiros de natureza temporal e os segundos de natureza
material¹⁴⁸³.

No que diz respeito aos limites temporais, deve-se assinalar que o legis-
lador constituinte impôs à Assembleia da República a indicaçõ da data
limite até à qual o Governo ou a Assembleia Legislativa Regional pode le-
gislar (“duraçõ da autorizaçõ”¹⁴⁸⁴), data essa que quando ultrapassada faz
incorrer o órgão infractor em *inconstitucionalidade orgânica*. Além disso, se o
prazo decorrer sem que o órgão autorizado discipline a matéria em causa,
considera-se caducada a lei de autorizaçõ.

Quanto aos limites materiais, podemos falar em limites positivos e limites
negativos. No que diz respeito aos primeiros, a Constituiçõ exige que sejam
impostos pela lei em causa (i) o objecto, (ii) o sentido e (iii) a extensão da au-
torizaçõ. Os termos em que tal deve ser feito parecem ser os seguintes¹⁴⁸⁵:

- (i) a indicaçõ do objecto significa a expressão da matéria sobre que
versa a autorizaçõ (os textos constitucionais estrangeiros falam,
por exemplo, em *Inhalt*¹⁴⁸⁶, *oggetti definiti*¹⁴⁸⁷, *materia concreta*¹⁴⁸⁸).
Como já temos vindo a afirmar, tal matéria terá de constar necessa-
riamente da reserva relativa de competência legislativa da Assem-
bleia da República, de modo que uma autorizaçõ que tenha por
objecto qualquer outra matéria (v.g., constantes do art.º 167.º da

1483 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 767 e ss.

1484 Cfr. art.º 165.º, n.º 2. Para efeitos do referido no texto, entende-se que “legislar” não deve sig-
nificar entrada em vigor do diploma, nem sequer a sua publicaçõ (uma mera condiçõ de eficácia
do acto, em face do disposto no art.º 119.º, n.º 2 da CRP). Parece ser suficiente a sua promulgaçõ
pelo Presidente da República ou a assinatura pelo Ministro da República. Assim, GOMES CANOTILHO,
“Direito Constitucional...”, cit., 769. Em sentido diverso, v. o disposto no art.º 82.º, n.º 3 (1.º oraçõ)
da CEsp. V. ainda art.º 38.º da CRF (“*pendant un délai limité*”), 76.º da CItal (“*per tempo limitato*”) e 82.º,
n.º 3 (2.ª oraçõ) da CEsp. [No podrá entenderse concedida [la delegación legislativa] (...) por tiempo
indeterminado].

1485 V., a propósito, VITORINO, António..., 240...; Declaraçõ voto Antero Alves Monteiro Dinis, Acór-
dão n.º 267/88, DR 21 de Dezembro de 1988, I; MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches
Staatsrecht*”, cit., 337 e ss.

1486 Art.º 80 (1) da GG.

1487 Cfr. art.º 76.º da CItal. V. ainda, o § único do art.º 22.º da CBra, de acordo com o qual “lei
complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias rela-
cionadas neste artigo”.

1488 Assim, art.º 82.º, n.º 3 (1.ª oraçõ) da CEsp.

- CRP) será materialmente — ou até organicamente, caso essa matéria esteja reservada a outro órgão (v.g., Governo) — inconstitucional¹⁴⁸⁹.
- (ii) Já o sentido da autorização remete para os princípios vectores — não muito abundantes mas, pelo menos suficientemente inteligíveis — que devem orientar a elaboração da norma delegada (*principi e criteri direttivi*¹⁴⁹⁰; *Regelungsmodell*; *Grundsatzentscheidung*¹⁴⁹¹), em particular mediante a indicação genérica dos fins que o órgão autorizado deve prosseguir. Neste particular, alguma doutrina, como MAUNZ e ZIPPELIUS¹⁴⁹², faz apelo a uma teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*) na tentativa de procurar interpretar tais princípios, referindo que eles devem consubstanciar as opções essenciais do órgão autorizante (o que, muitas vezes só será conseguido mediante uma análise casuística das matérias). Procura-se assim estabelecer um juízo seguro de conformidade material do conteúdo do acto delegado em relação ao seu parâmetro (a lei de autorização), em termos de se poder aferir da sua ilegalidade quando os referidos vectores não forem observados. Além disso, a menção do sentido deverá permitir dar a conhecer aos destinatários das normas (“cidadãos”) qual a direcção das transformações que vão ser introduzidas no ordenamento jurídico em função da outorga da autorização¹⁴⁹³.
- (iii) Por fim, a referência à extensão da autorização é compreendida se a tomarmos como sinónimo de amplitude. Quer isto dizer que devem ser suficientemente explicitados o(s) aspecto(s) da disciplina jurídica das matérias que integram o objecto da autorização que vai (vão) ser modificado(s).

O desrespeito por estes limites materiais positivos fará incorrer o órgão autorizado em inconstitucionalidade ou em ilegalidade. Verificar-se-à inconstitucionalidade — que terá na sua base um vício de incompetência, logo estamos a referir-nos às inconstitucionalidades orgânica e formal — se não forem observados o objecto e a extensão da autorização pois, na verdade,

1489 Cfr., a propósito da possibilidade de autorização em matérias de competência reservada da Federação (*Ausschließliche Gesetzgebung des Bundes*), art.^{os} 71 e 73 da GG e BVerfGE 18, 407 (415) (*Verordnung als Landesrecht*).

1490 V. art.^o 76.^o da CItal. e 82.^o, n.^o 3 (1.^a oração) da CEsp.

1491 Cfr. BVerfGE 78 (*Fehlbelegungsabgabe*), 249 (272).

1492 V. MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 338. V., ainda, SCHMIDT, Rolf, “*Staats-organisationsrecht*”, cit., 79; NOLTE, Georg, “*Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung (Lehren aus der deutschen und der amerikanischen Erfahrung)*”, in AöR, 118, 3, 1993, 398 e ss.

1493 V. acórdão do TC n.^o 358/92, DR, I, 26 de Janeiro de 1993. Cfr., ainda, HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 225 e jurisprudência do BVerfG aí referida.

verifica-se o extravazamento do domínio material autorizado (recortado pela lei). Verificar-se-á ilegalidade se não for respeitado o sentido da autorização, uma vez que, nestes casos, mantendo-se em princípio a Constituição intocada, violam-se os parâmetros materiais vinculativos ditados pela lei autorizante.

Quanto aos limites negativos, eles verificam-se quando a Constituição impede a produção de certos efeitos às leis de autorização e, consequentemente, aos actos autorizados¹⁴⁹⁴.

4.3.3.2. As leis de bases

A crise da lei não se verifica apenas numa perspectiva orgânica mediante o reconhecimento de novos actores legiferantes. Também sob o ponto de vista material se pode constatar que a lei abandona – voluntariamente (autolimitação) ou não (heterolimitação), procuraremos de seguida averiguar – campos substantivos tradicionalmente seus, quedando-se pela emanação de traves mestras de disciplina jurídica, e devolvendo o preenchimento do respectivo substracto para outros órgãos, possivelmente mais vocacionados para a regulamentação concreta.

É o que se passa no âmbito dos *reenvios dinâmicos*¹⁴⁹⁵ e das denominadas “leis de princípios” ou “leis de bases”¹⁴⁹⁶.

1494 É o caso, por exemplo, do art.º 83.º da CEsp., nos termos do qual

*“Las leyes de bases no podrán en ningún caso:
a) Autorizar la modificación de la propia ley de bases.
b) Facultar para dictar normas con carácter retroactivo”.*

1495 V. GOMES CANOTILHO, “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas”, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 403.

1496 Cfr., para uma aproximação de Direito comparado, por exemplo, art.º 75 da GG (“*Der Bund hat das Recht, unter den Voraussetzungen des Artikels 72 Rahmenvorschriften zu erlassen...*”); art.º 34.º da CRF (“*La loi détermine les principes fondamentaux...*”); art.º 24.º, § 1.º da CBras (“*No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais*”); art.º 12.º (1) da B-VG (“*Bundessache ist die Gesetzgebung über die Grundsätze, Landessache die Erlassung von Ausführungsgesetzen und die Vollziehung in folgenden Angelegenheiten...*”); art.º 60.º, parágrafos 4) (“*materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social*”), 18) (“*bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública*”) e 20) (“*Toda (...) norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*”) da Constituição Chilena.

4.3.3.2.1. *Precisões analíticas: “regimes”, “bases” e “quadros”*

a) “Reserva absoluta” e “reserva relativa” de acordo com o critério da conformação do conteúdo (densificação total e densificação parcial das normas)

A renúncia ou o abandono da exaustividade da disciplina jurídica de determinado núcleo material serão melhor compreendidos se for trazida ao discurso a noção de *reserva relativa de lei*.

Fazemos aqui apelo a um conceito de reserva de lei substancialmente diverso do conceito tradicional e constitucionalmente ancorado de reserva de competência legislativa, na medida em que estamos a referir-nos a uma realidade que tem menos a ver com o núcleo de produção normativa (legislativa) e mais com a configuração da relação que se estabelece entre o criador originário da norma e quem a desenvolve e/ou concretiza. Neste quadrante, em certas situações, o legislador originário fixa de uma forma completa e exaustiva as possibilidades de aplicação da norma ao caso em concreto, não deixando a nenhum outro órgão constitucional qualquer prerrogativa de continuação, em termos de nenhum outro actor legislativo poder disciplinar, em modo concretizador, a matéria em questão (reserva de lei absoluta). Em outras situações, o legislador originário traça apenas a disciplina normativa básica, deixando a outro órgão constitucional a possibilidade de a desenvolver, concretizar ou particularizar, sendo que este órgão, por este motivo, goza de alguma margem de liberdade na conformação da disciplina jurídica da matéria em questão (reserva de lei relativa)¹⁴⁹⁷.

Neste segundo caso, surgem no ordenamento normativo leis *carentes de preenchimento*, que reclamam intervenção normativa posterior no sentido do preenchimento dos espaços conformadores deixados em aberto pelo legislador, distinguindo-se diversos níveis de relatividade conteudística consoante a maior ou menor amplitude da intervenção inicial. O estabelecimento das bases por meio de lei ganha, no contexto desta investigação, particular relevo. Assiste-se aqui ao desenho de dois círculos: um círculo maior composto pela norma básica a cargo do órgão legiferante primário

¹⁴⁹⁷ Como se compreende, as reservas de lei absoluta ou relativa referidas no texto não se confundem com as reservas competenciais constitucionalmente previstas. Pode acontecer que determinado núcleo material esteja reservado ao Parlamento (reserva absoluta de competência legislativa) que se limita a estabelecer as bases gerais de disciplina (reserva de lei relativa), do mesmo modo que a disciplina de determinado núcleo material pode ser autorizada ao Governo e este esgotar exaustivamente a disciplina em causa. No sentido do texto, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 634, fala numa reserva de densificação legislativa total, em oposição a reservas de densificação legislativa parciais.

— um nível de “legislação aberta”¹⁴⁹⁸ —, e um círculo menor, englobado no primeiro, composto pela normação de desenvolvimento¹⁴⁹⁹.

Numa aproximação simplista, pode-se dizer que a lei de bases é um acto legislativo (*lato sensu*, na medida em que pode revestir a forma de lei ou de decreto-lei¹⁵⁰⁰) que se limita a definir as bases gerais de um determinado regime jurídico. Significa isto que a lei em causa estabelece as opções político-legislativas fundamentais¹⁵⁰¹, o quadro dos princípios básicos fundamentais ou princípios orientadores, princípios estes que caberá depois a outro órgão (v.g., Governo, Assembleias legislativas regionais) desenvolver ou concretizar. No âmbito da bipartição competências reservadas/competências concorrentes, saber se a competência para a emanção de bases consubstancia uma competência autónoma (= uma nova espécie de competência) ou uma sub-espécie de competência concorrente — problema bastante debatido na doutrina germânica¹⁵⁰² — passa ao lado da presente investigação.

Formalmente, existirá uma lei de bases quando ela se autoqualifique como tal ou quando, mesmo não adoptando o *nomen juris*, se demonstre que o seu conteúdo se limita aos princípios rectores ou às bases gerais de um regime jurídico e que a sua implementação carece e está dependente não (apenas) de execução regulamentar, mas sim de um *prévio* e *intermédio* desenvolvimento legislativo¹⁵⁰³. Em termos práticos, e em face da ausência de definição constitucional, pode-se dizer que estamos em presença de uma margem de discricionariedade na delimitação da própria competência legislativa do Parlamento, na medida em que é este quem decide se se limita ou não às bases correspondentes. Todavia, tal margem de liberdade será sempre balizada pelas opções constituintes, já que nem todas as matérias

1498 Assim, KALTENBORN, Markus, “*Rahmengesetzgebung im Bundesstaat und im Staatenverbund*”, cit., 435.

1499 Cfr., num sentido próximo, GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, cit., 304. V., ainda, SILVESTRI, Enzo, “*Le leggi- cornice*”, in RTDP, 1970, 4, 1001 e ss.

1500 Acerca da competência legislativa para o estabelecimento de bases ou de quadros nos Estados compostos, cfr. HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 106; MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 326, 327; SCHMIDT, Rolf, “*Staats-organisationsrecht*”, cit., 310 e ss; BLANK, Michael, FANGMANN, Helmut, HAMMER, Ulrich, “*Grundgesetze – Basiskommentar*”, cit., anotação ao artigo 75, p 287 e ss.

1501 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 377 e MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição portuguesa anotada”, tomo II, cit., anotação ao art.º 112.º, 267.

1502 Cfr., a propósito, BLANK, Michael, FANGMANN, Helmut, HAMMER, Ulrich, “*Grundgesetze – Basiskommentar*”, cit., anotação ao artigo 75, p. 288.

1503 V. acórdãos do TC n.º 39/84, in DR, I, 5 de Maio de 1984 e 190/87, in DR, I, 2 de Julho de 1987.

podem ser consideradas susceptíveis do estabelecimento de bases — JORGE MIRANDA refere mesmo que uma lei que não seja de “bases” e que a elas se cingisse seria considerada uma lei inconstitucional¹⁵⁰⁴.

Importa assinalar que o facto de formalmente não existir uma lei de bases não implica necessariamente que não existam consagrados em legislação avulsa princípios básicos fundamentais, ou, como refere o Tribunal Constitucional — numa posição censurada por GOMES CANOTILHO¹⁵⁰⁵ —, da concatenação sistemática das normas da legislação avulsa poderá decorrer a existência não só de princípios jurídicos abstractos mas também verdadeiras bases em sentido constitucional (explícitas ou implícitas)¹⁵⁰⁶. Neste caso, existindo tais princípios (“princípios que se podem extrair da legislação em vigor”¹⁵⁰⁷), pode deles retirar-se a existência de verdadeiras bases em sentido constitucional susceptíveis de desenvolvimento e vinculadoras em termos jurídicos, nomeadamente em termos de o órgão encarregue do desenvolvimento, a pretexto da inexistência de tal norma básica, editar normas que viessem substituir, modificar ou derrogar as bases efectivamente existentes.

Em face do que foi referido, pode-se concluir sem dificuldade que as leis de bases (*Lois-cadres*) não se confundem com as leis definidoras de regimes jurídicos globais¹⁵⁰⁸. Estas são verdadeiras leis de reserva absoluta no sentido apontado, ou seja, leis no âmbito das quais a extensão da competência materialmente reservada “implica a restrição radical da intervenção normativa de outras entidades”, compreendendo a reserva integral das volições primárias¹⁵⁰⁹. Nestes casos, a Assembleia da República está constitucionalmente

1504 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 377.

1505 De acordo com este autor, a posição referida no texto violaria quer o princípio da conformidade funcional, quer o princípio da interpretação das leis conforme a Constituição. V. “Direito constitucional e teoria da constituição”, cit. 759 e ss.

1506 V. Acórdão do TC n.º 368/92, in DR, I, 6 de Janeiro de 1993.

1507 V. Acórdão do TC n.º 92/84, in DR, I, 7 de Novembro de 1984.

1508 Cfr. art.º s 164.º, alíneas e) (“regimes do estado de sítio e do estado de emergência”), p) (“regime de designação dos membros de órgãos da União Europeia, com excepção da Comissão”), q) (“regime do sistema de informações da República e do segredo de Estado”), s) (“regime dos símbolos nacionais”), t) (“regime de finanças das regiões autónomas”), u) (“regime das forças de segurança”) e v) (“regime da autonomia organizativa, administrativa e financeira dos serviços de apoio do Presidente da República”) e 165.º, n.º 1, alíneas m) (“regime dos planos de desenvolvimento económico e social e composição do Conselho Económico e Social”), v) (“...regime dos bens do domínio público”), x) (“regime dos meios de produção integrados no sector cooperativo e social de propriedade”), e aa) (“regime e forma de criação das polícias municipais”) da CRP.

1509 V. Acórdão do TC n.º 285/92, in DR, I, 17 de Agosto de 1992.

incumbida de um *dever de exaustão*, não podendo abdicar da fixação dos critérios de aplicação das normas ao caso em concreto¹⁵¹⁰.

b) A carência de complementação material: regimes gerais, leis de bases e leis-quadro

Mais problemática poderá ser a distinção em relação às leis definidoras de regimes jurídicos gerais (= regime comum) – que encontram como pólo distintivo oposto as leis de regimes jurídicos especiais – e às leis-quadro ou de enquadramento, na medida em que, também nestas, a intervenção legislativa inicial pode carecer de complementação^{1511, 1512}.

No que diz respeito às primeiras (as leis definidoras de regimes jurídicos gerais), em nossa opinião, a tónica diferenciadora residirá, precisamente, no tipo de intervenção subsequente que se verifica: enquanto as leis da bases se limitam às opções político-legislativas fundamentais e exigem desenvolvimento do próprio regime jurídico objecto de normaçoão, as *leis de regimes gerais* são caracterizadas pela completude material¹⁵¹³, pois devem conter desde logo o tratamento de toda a matéria (ou, como refere o Tribunal Constitucional, os regimes gerais não se limitam a tais opções, mas antes abrangem as normas integradoras do regime genérico e comum da matéria¹⁵¹⁴). Sucede é que, por razões e circunstâncias várias, se exige um *regime especial* derogatório do primeiro, mas tal não significa que o primeiro seja lacunoso ou devolva para este algum aspecto da regulamentação. Por conseguinte, pode-se afirmar que na relação “regime geral”/“regime especial”, se verifica a existência de dois distintos corpos disciplinadores,

1510 V. Acórdão do TC n.º 131/2003, in DR, 4 de Abril de 2003.

1511 Cfr. art.º s 164, alínea r) (“regime geral de elaboração e organização dos orçamentos do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais”) e 165.º, n.º 1, alíneas d) (“regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo”), e) (“regime geral da requisição e da expropriação por utilidade pública”) e h) (“regime geral do arrendamento rural e urbano”) da CRP.

1512 Em relação às leis de autorização legislativa, as diferenças parecem evidentes. Desde logo, assinalam-se as seguintes: as leis de autorização caducam se não forem utilizadas pelo Governo ou esgotam-se nessa utilização; habilitam o Governo a legislar apenas uma vez; e só podem ter por objecto matérias de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República. V., ainda, e por exemplo, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição portuguesa anotada”, tomo II, cit., anotação ao art.º 112.º, 269.

1513 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 381, 382; MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição portuguesa anotada”, tomo II, cit., anotação ao art.º 112.º, 268. Cfr. também acórdão do TC n.º 77/88, in DR, I, 28 de Abril de 1988.

1514 V. Acórdão do TC n.º 246/90, in DR, I, 3 de Agosto de 1990.

ao passo que na relação “lei de bases”/“decreto de desenvolvimento” se verifica a existência de um único corpo¹⁵¹⁵.

Quanto às leis-quadro (*Rahmengesetze, Grundsatzgesetze*¹⁵¹⁶) — relativamente às quais já tivemos oportunidade de nos referirmos no âmbito da presente investigação, e para onde agora remetemos¹⁵¹⁷ —, os problemas de distinção ainda são maiores pois quer estas quer as leis de bases exigem desdobramentos legislativos posteriores, o que significa que em ambas as situações estamos em presença de dois níveis de concretização: em primeiro lugar, as bases ou os quadros e em segundo lugar o acto de desenvolvimento e de concretização¹⁵¹⁸. Além disso, ambas as leis desempenham uma função habilitante dos actos legislativos que as complementam e são dotadas de uma primariedade material e de uma proeminência funcional não hierárquica¹⁵¹⁹. Ainda assim, as diferenças são várias e passam pela consideração das seguintes circunstâncias:

(i) Quanto ao conteúdo, dois aspectos há a apontar:

- por um lado, na lei-quadro o legislador tem de recortar um programa normativo-constitucional, uma vez que a própria Constituição impõe à Assembleia da república um grau de densificação legislativa, o que nem sempre acontece nas lei de bases. Com efeito, uma lei de bases em matéria reservada está igualmente vinculada a tal imposição de densificação — o legislador tem de se ater a um programa definido constitucionalmente, densificando-o — mas o mesmo já não sucede com uma lei de bases em matéria não reservada à Assembleia. Por isso, a lei-quadro é caracterizada por um alto grau pormenorização e por uma tendência para a completude, enquanto a lei de bases se cinge aos princípios gerais, às traves mestras;
- por outro lado, a leis de bases contém, em princípio, apenas disciplina substantiva, enquanto a lei-quadro conter normas adjectivas.

1515 Assim, MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 380.

1516 V. HESSE, Konrad, “Grundzüge...”, cit., 106; MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 326 e ss.; 300; SCHMIDT, Rolf, “*Staats-organisationsrecht*”, cit., 310 e ss.

1517 Cfr. supra, pp. 521 e ss.

1518 Cfr., a respeito, TORGAL, Lino, “Da lei-quadro na Constituição portuguesa de 1976”, cit., 940 e ss.

1519 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo II, e Funções..., 287. VIEIRA DE ANDRADE, J. C. “O ordenamento jurídico-administrativo português”, in *Contencioso administrativo*, Braga, 1986, 54 e ss.

(ii) Quanto ao dever de complementação ou concretização:

- uma lei-quadro carece apenas de execução, de modo que reclama a criação de um acto puramente executivo [embora, formalmente, seja um qualquer acto legislativo, “lei geral” (como a LEOE) ou “lei-medida” (o acto de reprivatização de uma determinada empresa)], ao passo que uma lei de bases é concretizada por um acto materialmente legislativo;
- por esse motivo, a complementação de uma lei-quadro é caracterizada por uma reduzida margem de liberdade e conformação (as opções legislativas já foram estabelecidas por aquela), enquanto que o órgão que desdobra uma lei de bases tem de efectuar opções legislativas por vezes abertas, sendo a correspondente execução efectuada mais tarde por regulamento;
- além disso, em rigor, as lei-quadro são *leis de produção legislativa* (o que justificou o seu estudo analítico noutra sede) e os actos que elas regulam não são propriamente actos de desenvolvimento legislativo, como os actos de desenvolvimento das leis de bases.

4.3.3.2.2. O desenvolvimento das leis de bases

O primeiro problema que deve ser abordado e resolvido quando se levanta a questão de saber quem pode desenvolver¹⁵²⁰ uma lei de bases é o seguinte: está a Assembleia da república constitucionalmente impedida de o fazer — na medida em que existe uma reserva de desenvolvimento a favor de outro(s) órgão(s) — ou poderá ela própria fixar as bases e, querendo-o, desenvolvê-las como lhe aprouver?

Embora a resposta não seja substancialmente diversa, a fundamentação a empregar diverge consoante estejamos em presença de (i) matérias reservadas ou (ii) matérias não reservadas à Assembleia.

- (i) No primeiro domínio (matérias reservadas), a *teoria da heterolimitação dos poderes da Assembleia* impõe a solução de que esta se deve limitar à emanação das bases¹⁵²¹. Quer isto dizer que a Constituição prevê, a favor do Governo, uma reserva de densificação que encontra a sua razão de ser na utilidade que se deve retirar dos diversos preceitos nela contidos e referentes ao desenvolvimento das leis

1520 Cfr., a propósito, HESSE, Konrad, “Grundzüge...”, cit., 106.

1521 Cfr., em sentido diverso, AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 441.

de bases¹⁵²². Naturalmente que tal apenas se passará quando a CRP impõe, nas matérias reservadas, um grau de densificação mínimo à AR, e não nas outras matérias em que lhe é exigida exaustividade de regulamentação (regime global), excludente da intervenção conformadora de outros órgãos constitucionais. De resto, a reserva de competência da Assembleia da República não abrange toda a regulamentação da matéria reservada, mas apenas o que, pelo seu relevo, deva constituir matéria de lei, em particular o que, designadamente pelo importante significado político que assume, deva ser posto “na directa dependência da regra da maioria”¹⁵²³.

- (ii) Nas matérias não reservadas, ou se defende que o Parlamento deve definir todo o regime legislativo da matéria, não podendo limitar-se às bases gerais — ideia que não encontra suporte constitucional — ou se defende uma tese de *autolimitação* dos seus poderes: a Assembleia da República, querendo-o, autolimita-se e emana apenas bases, sendo que o correspondente desenvolvimento continua a constituir reserva do Governo ou, caso contenha especificidades regionais, das respectivas Assembleias legislativas¹⁵²⁴. Nestes casos, deve-se observar que, se quisesse, teria a própria Assembleia disciplinado exaustivamente o domínio material em questão e, se o não fez, o acto de renúncia considera-se irrevogável, em ordem ao princípio da certeza jurídica.

Importa igualmente notar que, nos casos de reserva relativa de competência legislativa, a Assembleia pode — impondo, naturalmente, limites materiais — autorizar o Governo a emanar ele próprio as bases. Nestas situações, pode o Governo legislar sobre as bases e, do mesmo passo, sobre o seu desenvolvimento, através de decreto-lei.

1522 Neste debate, ganha particular relevo a alínea c) do art.º 198.º n.º 1 da CRP. Entendemos ser aqui de aderir à tese de PAULO OTERO de acordo com a qual tal preceito atribui ao Governo uma Competência legislativa reservada para desenvolver leis de bases (i) em matéria concorrencial e (ii) naquelas situações em que a CRP limita a intervenção parlamentar a um grau mínimo de intervenção legislativa [ou seja, nas alíneas d), 2.ª parte (“bases gerais da organização, do funcionamento, do reequipamento e da disciplina das Forças Armadas”) e i) (“bases do sistema de ensino”) do art.º 164.º e f) (“bases do sistema de segurança social e do serviço nacional de saúde”), g) (“bases do sistema de protecção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural”), n) (“bases da política agrícola”), t) (“bases do regime e âmbito da função pública”), u) (“bases gerais do estatuto das empresas públicas e das fundações públicas”), e z) (“bases do ordenamento do território e do urbanismo”) do art.º 165.º]. V. OTERO, Paulo, “O desenvolvimento de leis de bases pelo Governo”, Lex, Lisboa, 1997, 19 e ss.

1523 V. acórdão do TC n.º 82/86, in DR, I, 2 de Abril de 1986.

1524 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 379.

Finalmente, deve ainda ser retida a ideia de que as leis de bases devem sempre ser desenvolvidas e a *carência de desenvolvimento* implica invalidade, designadamente a ausência de mediação legislativa entre uma lei de bases e determinado regulamento determina para este a existência de uma inconstitucionalidade material¹⁵²⁵.

Vejamos então os termos em que o desenvolvimento das leis de bases devem ser efectuado¹⁵²⁶.

a) Pelo Governo: a tese da reserva de densificação (PAULO OTERO)

Como já resulta do que ficou dito, o Governo pode — por decreto-lei, e nunca por acto não legislativo¹⁵²⁷ — desenvolver leis de bases em dois distintos domínios materiais: por um lado em matérias concorrentes e, por outro lado, em matérias reservadas, nas situações em que a CRP limita a interferência parlamentar a um grau mínimo de intervenção legislativa. Em qualquer dos casos, é de aceitar que o Governo tem uma reserva a seu favor fundada na alínea c) do 198.º, e não um poder de natureza concorrential¹⁵²⁸, reserva essa que apenas é constitucionalmente limitada pelo poder das Assembleias legislativas regionais para, também elas, desenvolver as leis de bases.

Além disso, também em qualquer das situações referidas, os decretos-lei de desenvolvimento estão subordinados às correspondentes leis de bases¹⁵²⁹, sob pena de ilegalidade¹⁵³⁰ — ficando precluída a sua possibilidade de intervenção legislativa primária (efeito de preempção)¹⁵³¹ —, e podem ser submetidos a apreciação parlamentar para efeitos de alteração ou de cessação de vigência, nos termos gerais¹⁵³².

1525 V. acórdão do TC n.º 209/87, DR, I, 9 de Julho de 1987.

1526 Cfr. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição portuguesa anotada”, tomo II, cit., anotação ao art.º 198.º, 696 e ss.

1527 V. a acórdão do TC n.º 92/85, in DR, I, 24 de Julho de 1985.

1528 V. OTERO, Paulo, “O desenvolvimento...”, cit., 21.

1529 Cfr. art.º 112.º, n.º 2, 2.ª parte da CRP.

1530 Cfr. art.º s 280.º, n.º 2, alínea a) e 281.º, n.º 1, alínea b) da CRP.

1531 Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho administrativo”, cit., 305.

1532 Cfr. art.º 169.º da CRP e OTERO, Paulo, “O desenvolvimento...”, cit., 44.

b) Pelas Assembleias legislativas regionais

Aqui, é importante começar por referir que, durante largo tempo discutia-se se as Assembleias legislativas regionais dispunham de competência para desenvolver leis de bases. A própria jurisprudência do Tribunal constitucional era, a este respeito oscilante. começando por se negar tal prerrogativa para, mais tarde se afirmar o oposto e se defender a sua existência¹⁵³³.

Actualmente, nos termos da CRP, insere-se no âmbito das competências das Assembleias legislativas regionais o desenvolvimento, para o âmbito regional, dos princípios ou das “bases gerais dos regimes jurídicos contidos em lei que a eles se circunscrevam”¹⁵³⁴.

Tais prerrogativas densificadoras, na medida em que constituem a materialização de uma das manifestações da autonomia legislativa das Regiões autónomas, devem ter por referência “as matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo”¹⁵³⁵ e cuja disciplina integral não esteja reservada à Assembleia da república (*reserva de densificação total*). Neste particular, pode-se afirmar não apenas que está na total disponibilidade da Assembleia da república ou do Governo a atribuição em concreto da competência complementar (=de desenvolvimento) — na medida em que é sempre exigida a existência de uma lei de bases ou de um decreto-lei (autorizado) de bases¹⁵³⁶ —, mas igualmente que se não estivermos em

1533 Com efeito, a retórica inicial baseava-se na ideia de que como o poder legislativo das Regiões autónomas é um poder dependente e condicionado, tornava-se indispensável uma expressa credencial (inexistente) “para a emissão de decretos legislativos regionais de desenvolvimento de leis de bases”. Assim, onde houver uma reserva de competência legislativa parlamentar, ainda quando a AR não tenha de definir todo o regime jurídico da matéria, cumprindo-lhe apenas fixar as respectivas bases gerais, só o Governo pode editar a regulamentação destinada a preencher os vazios legislativos existentes. Na verdade — dizia-se —, se a matéria tem relevo suficiente para exigir que os respectivos princípios gerais sejam estabelecidos mediante debate parlamentar com subordinação à regra da maioria, o desenvolvimento desses princípios deve também ser feito a nível nacional e pela via legislativa - o que convoca a intervenção do Governo (cfr. a acórdão do TC n.º 190/87, in DR, I, 2 de Julho de 1987). Em sentido oposto — e com base em prematuras declarações de voto discordantes nesse sentido (cfr. declaração dos Conselheiros Raul Mateus e Cardoso da Costa, anexas ao acórdão referido) — passou a defender-se que um diploma de bases (seja uma lei de bases da AR, seja um decreto-lei de bases do Governo por aquela autorizado) não tem necessariamente de ser desenvolvido por decreto-lei: pode sê-lo ainda por decreto legislativo regional, desde que no próprio diploma de bases a AR ou o Governo, conforme os casos, cometa o desenvolvimento das bases à respectiva assembleia regional (cfr. acórdãos do TC n.º 151/93, in DR, I, 26 de Março de 1993 e 161/2003, in DR, I, 6 de Maio de 2003).

1534 Cfr. art.º 227.º, n.º 1, alínea c) e 232.º, n.º 1 da CRP.

1535 Cfr. art.º 228.º, n.º 1 da CRP.

1536 V. OTERO, Paulo, “O desenvolvimento...”, cit., 64 e ss; GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 764.

presença de domínios materiais “regionais” (as referidas matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo) a competência para as desenvolver pertence, a título reservado e com âmbito nacional, ao Governo.

Além disso, os decretos legislativos regionais de desenvolvimento “devem invocar expressamente” a respectiva lei de bases, à qual estão subordinados¹⁵³⁷, e não podem ser sujeitos a apreciação parlamentar para efeitos de cessação de vigência ou de alteração¹⁵³⁸.

4.3.3.2.3. *As leis de bases como parâmetro de validade*

Já atrás afirmarmos a defesa da preeminência valorativa das leis de bases em relação aos correspondentes actos legislativos de desenvolvimentos (decretos-lei e decretos legislativos regionais de desenvolvimento)¹⁵³⁹, decorrente do facto de aquelas constituírem “directivas e limites” destes¹⁵⁴⁰. Cumpre agora aprofundar um pouco esta ideia, nomeadamente mediante a análise das seguintes sub-questões: (i) quais os fundamentos de tal preeminência ou superioridade e (ii) quais as consequências jurídico-normativas que a sua afirmação envolve?

- (i) O mais sólido argumento para justificar a referida superioridade das leis de bases encontra-se na pretensão de salvaguarda dos regimes que elas alicerçam e instituem. Com efeito, pode-se defender que, nestas situações, a Assembleia da república ao estabelecer as bases de um determinado regime jurídico tem em vista acautelar as traves mestras de determinado núcleo substantivo (= conjunto de padrões de comportamentos), impedindo que ele vagueie ao sabor das inclinações políticas governamentais ou regionais e das “conjunturas técnicas” momentâneas. Ora, tal só é conseguido se o acto que desenvolve aquelas traves-mestras a elas se deva subordinar porque caso o não faça, ou caso o não tenha de fazer, corre-se um duplo risco: por um lado, o de a lei de bases se transformar num acto

1537 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 377.

1538 V. art.º 227.º, n.º 4 da CRP.

1539 Aqui, parecem-nos paradigmáticas as palavras do Tribunal constitucional (cfr. acórdão n.º 39/84, in DR, I, 5 de Maio de 1984), de acordo com o qual “só se desenvolve aquilo que se respeita”. Além disso continua, seria absurdo que “o Governo, em vez de cumprir o «mandato» imposto pela Assembleia da República, não só o não cumpra como chegue a revogar o próprio «mandato». Em resumo: uma lei de bases que cometa ao Governo a tarefa do seu desenvolvimento legislativo, subordina a si o poder legislativo do Governo, que não poderia ultrapassá-la”.

1540 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 758 e ss.

juridicamente permissivo e, por outro lado, nas situações em que as leis de bases respeitam a matérias reservadas, o de violar a própria reserva legislativa constitucionalmente prevista, deixando-se “entrar pela janela o que não se deixou entrar pela porta”. Por aqui já se vê que aderimos à tese de que a preeminência das leis de bases em relação aos decretos de desenvolvimento se afirma quer em matérias concorrentes quer em matérias reservadas à Assembleia da república¹⁵⁴¹: no primeiro caso, em face do perigo acabado de referir; no segundo caso, porque, com JORGE MIRANDA¹⁵⁴², entendemos que a feitura de leis de bases em domínios não reservados ao Parlamento consubstancia uma limitação da competência legislativa do Governo e das Assembleias legislativas regionais¹⁵⁴³. Aliás, em rigor, quase se poderia dizer que as *verdadeiras* leis de bases são as que se encontram fora da reserva parlamentar pois só aqui é que há primazia legal não resultante da reserva competencial em relação aos actos de desenvolvimento¹⁵⁴⁴.

- (ii) Afirmar a superioridade normativa das leis de bases implica reconhecer que elas possuem, em relação aos actos de desenvolvimento, a qualidade de parâmetro aferidor da validade destes. Assim sendo, em caso de violação¹⁵⁴⁵ dos preceitos daquelas, estes actos serão inválidos, seja porque são inconstitucionais — em âmbitos materiais reservados ao Parlamento, e onde a violação das bases equivale a uma violação da reserva constitucionalmente prevista — seja porque são ilegais, porque violadores de uma lei com valor reforçado¹⁵⁴⁶. Num caso ou no outro, pode (= deve) um qualquer tribunal

1541 Cfr., todavia, AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 447.

1542 Cfr. “Manual...”, cit., tomo V, 378.

1543 Trata-se, note-se, de uma limitação competencial decisória e não do âmbito ou extensão material em que ela se corporiza. O Governo, por exemplo, não fica impedido de disciplinar os núcleos em questão, não pode é contrariar o previamente estabelecido nas bases. Além disso, tal limitação não colide com a reserva de desenvolvimento reconhecida constitucionalmente ao Governo — ele continua a ser o único órgão, Assembleias legislativas à parte, com competência de desenvolvimento.

1544 Assim, TORGAL, Lino, “Da lei-quadro na Constituição portuguesa de 1976”, cit., 949. V. MACHETE, Pedro, “Elementos para o estudo...”, cit.

1545 Esta violação tanto se pode materializar na criação de excepções como no estabelecimento de princípios contrários às bases fixadas por lei. Nem umas nem outros podem ser considerados como constituindo o desenvolvimento de tais bases, verificando-se em cada uma dessas situações uma invasão da reserva de competência legislativa da Assembleia da República. Assim, v. acórdão do TC n.º 208/2002, in DR, I, 8 de Julho de 2002.

1546 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 201.º, 778. V. ainda SCHMIDT, Rolf, “*Staats-organisationsrecht*”, cit., 312.

recusar-se a aplicar a correspondente norma¹⁵⁴⁷, bem como pode ser solicitada ao Tribunal constitucional, a título sucessivo a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade respectiva¹⁵⁴⁸. Duvidosa poderá ser apenas a questão de saber se esta preeminência de validade se verifica também nas relações decreto- lei (autorizado de bases)/decreto-lei de desenvolvimento. Aqui, inclinamo-nos para a argumentação de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, de acordo com quem o carácter vinculativo é substancialmente diverso do que aconteceria se fosse estivessemos em presença de uma lei¹⁵⁴⁹.

4.3.3.3. As leis de desdobramento da Constituição económico-financeira

4.3.3.3.1. Enquadramento normativo-constitucional

Um dos domínios onde o legislador constituinte, num esforço de devolução descendente, mais recorreu a “leis paraconstitucionais” é o da denominada “Constituição económica e financeira”. Esta, na sua acepção mais genérica, pode ser encarada como o conjunto de normas constitucionais (princípios e regras) respeitantes à organização económica da sociedade e a uma das suas mais importantes parcelas: a actividade financeira dos entes públicos. Estamos a falar de um domínio da vida em comunidade onde se concentra um agregado de padrões de comportamento que têm por referência a condução das diversas actividades económicas e a produção por parte do Estado e de outras pessoas colectivas públicas de determinado tipo de bens (bens públicos, bens semi-públicos) destinados a satisfazer um determinado tipo de necessidades (necessidades financeiras, de carácter colectivo), sendo natural as especiais cautelas que rodeiam a matéria. Com efeito, procurando que os domínios referidos sejam enformados por ideias genéricas de desenvolvimento harmonioso e integrado, de justa repartição de riqueza, de racionalidade na afectação de recursos e de um elevado grau de coordenação das diversas políticas públicas, tentou-se criar um moldura sub-constitucional que, aliviando o texto fundamental, ainda assim fosse suficientemente persuasiva e conformadora.

A Constituição económico- financeira é assim desdobrada em diversos actos de natureza legal que a densificam e complementam, e que, em alguns casos,

1547 Cfr. art.º 280.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, alínea a) da CRP.

1548 Cfr. art.º 282.º, n.º 1 da CRP.

1549 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 201.º, 778.

ainda possibilitam que se fale em normas materialmente constitucionais. É o caso de várias leis de princípios e de enquadramento *lato sensu*, como a lei de enquadramento do orçamento do Estado, a lei-quadro das reprivatizações, a lei das grandes opções do plano, ou a própria lei do orçamento.

Ora, como algumas delas são verdadeiras normas sobre normas e já as analisamos oportunamente, caberá agora referir apenas aquelas sobre as quais ainda não nos debruçamos, em particular as duas mencionadas em último lugar¹⁵⁵⁰.

4.3.3.3.2. *As leis de desdobramento*

a) As leis das grandes opções em matéria de planeamento

Por muito que os impulsos pós-modernos de desestadualização empurrem em sentido diverso, a CRP ainda demonstra preocupações ao nível da orientação da economia, ao ponto de não a abandonar aos livres estímulos do mercado. Nesse sentido, defende a existência de políticas económicas, e preconiza a preeminência dos agentes públicos na condução das respectivas linhas norteadoras, através da consagração de um verdadeiro *sistema de planos* de diversa abrangência espacial (planos nacionais e regionais) e material (planos sectoriais) e que, em geral, tem por finalidade imediata e essencial a coordenação dos instrumentos públicos de regulação económica¹⁵⁵¹.

Tais planos (de desenvolvimento económico e social) têm a natureza de verdadeiras normas jurídicas e, quando se tratar de planos nacionais, devem ser elaborados de harmonia com um acto legislativo emanado pelo órgão legiferante primário que lhes serve de parâmetro: a lei das grandes opções em matéria de planeamento¹⁵⁵².

Por aqui já se vê que esta última não se confunde com os planos propriamente ditos.

1550 Com particular referência à lei relativa ao crédito público, v. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 60.

1551 Como finalidades mediatas, a CRP (art.º 91.º) aponta a promoção do o crescimento económico, o desenvolvimento harmonioso e integrado de sectores e regiões, a justa repartição individual e regional do produto nacional, a coordenação da política económica com as políticas social, educativa e cultural, a defesa do mundo rural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português. Cfr., a propósito, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 91.º, 428.

1552 Cfr., GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 91.º, 428.

α) A distinção entre as grandes opções e os planos

Nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o plano concretiza-se numa figura dualista, na medida em que, em rigor, se desdobra em dois instrumentos jurídicos¹⁵⁵³: a lei das grandes opções do plano (LGOP, que na realidade podem ser *várias*, em razão da natureza específica dos planos que têm por finalidade orientar) e o plano propriamente dito (que, logicamente, também tem natureza plural).

A primeira é aprovada pela Assembleia da república mediante proposta fundamentada do Governo¹⁵⁵⁴ — a quem a CRP consagra, neste domínio, uma reserva de iniciativa — e juridicamente pode ser encarada como uma simples lei de princípios (*Grundsatzgesetze*¹⁵⁵⁵), suscitando algumas reservas a sua qualificação como lei de bases efectuada pelos supracitados constitucionalistas, na medida em que não é líquido, face ao disposto no art.º 199.º da CRP, que o seu desenvolvimento se deva fazer por acto legislativo (decreto-lei de desenvolvimento)¹⁵⁵⁶.

Já o plano (recorde-se: planos) propriamente dito deve ser elaborado e aprovado pelo Governo¹⁵⁵⁷, no âmbito das suas funções administrativas¹⁵⁵⁸ e detém uma eficácia vinculativa directa sobre o Governo e a Administração pública central (planos nacionais e globais) ou sobre as Regiões e os Municípios (planos regionais e sectoriais).

Entre ambos os actos — lei aprovadora das grandes opções e plano — existe um vínculo genético temporal, na medida em que um não pode existir sem a aprovação da outro. Contudo, o princípio da precedência das grandes opções em relação aos planos transcende um muito o aspecto cronológico, na medida em que estes últimos devem *obediência normativa* às primeiras.

1553 V. “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotações aos art.ºs 92.º, 429; 93.º, 431.

1554 V. art.º 161.º, n.º I, alínea g) e 91.º, n.º 2 da CRP.

1555 V. HESSE, Konrad, “Grundzüge...”, cit., 106; MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “Deutsches Staatsrecht”, cit., 326 e ss.; 300; SCHMIDT, Rolf, “Staats-organisationsrecht”, cit., 310 e ss.

1556 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 91.º, 428 e art.º 164.º, 651.

1557 Cfr. art.º 200.º, n.º 1, alínea e) da CRP.

1558 Em sentido diverso, i. é., da sua inserção na função legislativa do Governo, cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 202.º, 780.

β) O valor reforçado da lei das grandes opções em matéria de planeamento

O valor reforçado da lei em epígrafe encontra muita da sua razão de ser na rigidez do seu processo de aprovação – trata-se, como dissemos, de uma lei de iniciativa governamental, mas aprovada pela Assembleia da república. A reserva de iniciativa constitucionalmente consagrada a favor do Governo permite subtrair este segmento normativo das flutuações que uma iniciativa livre a cabo dos deputados, dos grupos parlamentares ou de grupos de cidadãos poderia acarretar. O referido valor reforçado, em abstracto, pode ser diversamente aferido, em razão de três distintos domínios.

Em primeiro lugar, e como não poderia deixar de ser, em relação aos planos propriamente ditos, relativamente aos quais a lei das grandes opções funciona como um parâmetro¹⁵⁵⁹. A própria CRP é peremptória neste domínio ao determinar que “os planos nacionais são elaborados de harmonia com as respectivas leis das grandes opções”¹⁵⁶⁰. Porém, será incorrecto falar em verdadeiro “valor reforçado” nesta situação pois, na realidade, não estamos em presença de dois actos legislativos supra- e infraordenados, mas um acto legislativo e um acto administrativo, o que convoca a ilegalidade deste último por violação do princípio da prevalência da lei e não por violação de uma norma reforçada.

Em segundo lugar, e aqui já com maior propriedade, o valor reforçado da lei das grandes opções em matéria de planeamento afere-se em relação à lei do orçamento do Estado. É certo que, em face do “conteúdo proclamatório vago e carente de imperatividade” – que introduzem uma nota de vaguidade das respectivas directrizes materiais¹⁵⁶¹ – e da omissão da precedência fáctica em relação a algumas leis orçamentais (aliados a uma reforço do papel orientador destas), a posição reforçada referida apresenta-se fragilizada, levando a doutrina a falar num poder *vinculante de intensidade mínima* ou numa baixa aderência vinculante, que terá ganho corpo através de um “costume constitucional interpretativo”¹⁵⁶². Porém, ainda assim, uma ideia parece certa: a lei do orçamento não pode afastar sucessivamente (derrogando) a lei das grandes opções. Sendo ambas “leis reforçadas pelo procedimento”, a Constituição institui ainda uma relação paramétrica

1559 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 93.º, 431.

1560 Cfr. art.º 91.º, n.º 1.

1561 Assim, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 798, 799.

1562 Assim, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 795, 797.

material que, embora ténue, impõe um “limite negativo de carácter lógico”: uma lei objecto não pode revogar uma lei sujeito¹⁵⁶³. Desta forma, uma violação da segunda pela primeira daria corpo a uma relação de desvalor que, neste caso em concreto seria de inconstitucionalidade (indirecta) e não de ilegalidade pois, em rigor, estamos em presença de duas leis reforçadas¹⁵⁶⁴.

Em terceiro lugar, levanta-se o problema da vinculatividade material desta lei em relação às leis ordinárias comuns. O problema não é meramente teórico: a lei das grandes opções em matéria de planeamento é dotada de uma tal amplitude material que se pode dizer que “sobrevoa” muitos domínios substantivos, abarcando matérias económicas, financeiras, sociais, do domínio da saúde, da educação, da protecção ambiental, etc., pelo que as hipóteses de sobreponibilidade — principalmente tácita, pois é pouco provável uma incidência expressa em matérias enquadradas num tal grau de abrangência — em relação ao objecto e aos fins de outras leis são inúmeras. Além disso, deve-se observar que os planos de densidade reguladora são diversos: as grandes opções são caracterizadas pelo alto grau de abstracção, enquanto as leis que se debruçam especificamente sobre as diversas matérias são em princípio mais densas. Este aspecto, aliado à ausência de uma disposição constitucional expressa habilitante de um eventual valor reforçado, contribui para que se conclua pela exclusão da parametricidade geral e pela ausência de desvalor jurídico para todas as leis de maior densidade antinómicas¹⁵⁶⁵. Assim sendo, parece prudente afirmar que vale nestes domínios o princípio *lex specialis*.

b) A lei do orçamento

Do mesmo modo que a lei das grandes opções em matéria de planeamento, também a lei do orçamento do Estado se pode afirmar como uma lei com valor reforçado em função da dupla circunstância de estar sujeita a um procedimento agravado de aprovação e de funcionar como parâmetro material vinculativo de outras leis.

Com efeito, por um lado, a lei orçamental — que consiste num instrumento normativo onde está espelhada a previsão das receitas e despesas públicas para determinado ano financeiro —, sendo aprovada pela Assembleia da

1563 Cfr. art.º 105.º, n.º 2 da CRP, nos termos do qual “o Orçamento é elaborado de harmonia com as grandes opções em matéria de planeamento(...)”. V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 804.

1564 V., a respeito, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 805.

1565 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 795, 801, 805.

república, está (também) subordinada a uma reserva de iniciativa governamental; por outro lado, é portadora de toda uma série de injunções substantivas que todas as outras leis devem obedecer, sob pena de ilegalidade. Basta pensar que nela está incorporada a autorização para a cobrança de impostos durante o ano, e que o legislador ordinário não pode, decorrendo este, alterá-los em contrariedade com o seu preceituado. Além disso, consistindo o orçamento do Estado num “conglomerado normativo”¹⁵⁶⁶, não pode ser esquecido que ele contém, a par de inúmeras descrições contabilísticas e várias normas administrativas, diversas autorizações legislativas que têm como destinatário o Governo, com tudo o que isso implica em termos de parametricidade.

Em termos práticos, o valor reforçado da lei do orçamento — que apenas blinda e protege as normas materialmente orçamentais e não as normas avulsas que aproveitam a boleia da respectiva lei para serem aprovadas (*chevaliers budgétaires*)¹⁵⁶⁷ — resulta das seguintes salvaguardas:

- (i) em primeiro lugar, protecção em relação a *outras leis* antinómicas, cominando-as com ilegalidade [é conveniente lembrar que a invasão do seu núcleo material por outro tipo de actos legislativos (v.g., decretos-leis orçamentais) será, desde logo, inconstitucional]. Aqui, ganha particular relevo a proibição de apresentação de projectos de lei, propostas de lei ou propostas de alteração que envolvam, no ano económico em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento¹⁵⁶⁸;
- (ii) em segundo lugar, impedimento de iniciativas de alteração que partam por exemplo dos deputados ou dos grupos parlamentares, na medida em que só o Governo é competente neste domínio;

Para finalizar, duas observações respeitantes aos orçamentos das Regiões autónomas: por um lado, a LEOE não abrange os orçamentos regionais. Contudo, em face do disposto na própria CRP¹⁵⁶⁹, é defensável a aplicação analógica da sua parametrização¹⁵⁷⁰; por outro lado, esses orçamentos regionais (aprovados por decreto legislativo regional) também beneficiam de valor reforçado. Este afere-se em relação a outros decretos legislativos

1566 Neste sentido, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 810.

1567 Assim, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 811.

1568 Cfr. art.º 167.º, n.º 2 da CRP.

1569 Cfr. art.º 164.º, alínea r).

1570 Assim, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 823.

regionais, pois em relação a outros actos legislativos vale o preceituado nos respectivos estatutos¹⁵⁷¹.

4.3.4. Leis com valor reforçado de acordo com o critério do procedimento legislativo agravado

4.3.4.1. *Leis orgânicas*

Um dos tipos de leis relativamente às quais se pode dizer que a sua qualificação como reforçadas advém do procedimento específico a que constitucionalmente estão sujeitas são as leis orgânicas. Trata-se de leis da Assembleia da república que, não obstante se configurarem como verdadeiras leis ordinárias¹⁵⁷², estão sujeitas a uma *blindagem* que as protege em relação a determinadas investidas, também elas legislativas.

Antes de abordar o regime a que estão sujeitas, convém chamar a atenção para um aspecto analítico-linguístico importante: é que, tradicionalmente, a denominação de “orgânica” era aposta aos actos legislativos consagradores da disciplina normativa inerente à organização e funcionamento de determinados entes públicos, como por exemplo ministérios, departamentos ou magistraturas. Todavia, a CRP emprestou-lhe, como veremos, uma conotação diferente, abrangendo no cerne da denominação núcleos materiais não organizatório-funcionais como, por exemplo, os atinentes à disciplina genérica dos estados de excepção constitucional, ao recorte de certos *direitos fundamentalíssimos* ou aos regimes financeiros autonómicos. Apesar disso, o legislador comum (i.é., não orgânico) continuou a utilizar a denominação em questão, servindo-se dela para adjectivar inúmeras leis que, na verdade, constitucionalmente não o são (embora “tradicionalmente” o possam ser).

Nestes termos, no ordenamento normativo português, do planeamento constitucional imprimido às leis orgânicas salientam-se, além da tipicidade fechada a que as mesmas estão sujeitas, dois aspectos nucleares: (i) em primeiro lugar, o distinto e particular objecto material sobre o qual incidem e (ii) em segundo lugar os particulares *iter* procedimentais a que estão sujeitas.

- (i) No que diz respeito aos núcleos substantivos que têm por referência, pode-se dizer que as leis orgânicas disciplinam matérias respeitantes

1571 Neste sentido, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 824.

1572 Assim, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 751.

à reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da república¹⁵⁷³. Esta *reserva de parlamento* tem por objectivo, desde logo, afastar a intromissão legiferante de outros órgãos constitucionais com tais prerrogativas (principalmente o Governo) – mesmo se autorizados –, cominando-se com inconstitucionalidade orgânica tais investidas, e pode-se materializar na existência de três corpos distintos¹⁵⁷⁴: leis orgânicas de objecto político-institucional; leis orgânicas disciplinadoras de direitos políticos; e leis orgânicas respeitantes à autonomia territorial. Além disso, tal reserva assume, em princípio, a configuração de uma “reserva material total”, na medida em que a disciplina normativa das respectivas leis deve ser esgotante, não deixando qualquer espaço de conformação para outro interveniente (vocação para exclusividade integral¹⁵⁷⁵). Nesta medida, como as leis orgânicas esgotam o tratamento da matéria sobre que incidem, pode-se afirmar que os espaços de tensão entre elas e as restantes leis são absolutamente diminutos, ou, o mesmo é dizer, o desenho constitucional que lhes foi emprestado não contribui para a existência de conflitos legislativos nos mesmos espaços materiais, pois, se uma lei não orgânica disciplina um destes núcleos, de duas uma:

- ou ainda não existe qualquer lei orgânica e estaremos perante uma inconstitucionalidade formal (e, eventualmente, procedimental);
- ou já existe uma prévia lei orgânica e, sendo esta violada, estaremos perante uma ilegalidade por violação de lei com valor reforçado.

Contudo, e ainda assim, dois alinhamentos de tensão podem ser vislumbrados: em primeiro lugar, no domínio deixado em aberto pela lei orgânica respeitante às bases gerais da organização, do funcionamento, do reequipamento e da disciplina das Forças Armadas¹⁵⁷⁶, onde pode haver um conflito entre ela e o diploma que a desenvolve; em segundo lugar, a lei orgânica de criação das Regiões

1573 Cfr. art.º 166.º, n.º 2 da CRP.

1574 Cfr. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 750.

1575 Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 701.

1576 Cfr. a alínea d) do art.º 164.º da CRP.

administrativas¹⁵⁷⁷, onde pode haver um conflito com a lei de instituição em concreto de cada uma das mesmas¹⁵⁷⁸.

- (ii) Quanto aos passos que devem ser observados no respectivo procedimento legislativo, destacam-se as exigências acrescidas na fase da aprovação do diploma, que têm principalmente por finalidade subtrair as matérias em questão às maiorias momentâneas, bem assim como evitar rupturas constitucionais em situações “anormais” ou de excepção¹⁵⁷⁹. Trata-se da obrigatoriedade de votação na especialidade e pelo Plenário — com algumas (poucas) excepções: as matérias relativas às eleições dos deputados às Assembleias Legislativas das regiões autónomas; às eleições dos titulares dos órgãos do poder local ou outras realizadas por sufrágio directo e universal, bem como dos restantes órgãos constitucionais; e ao regime de finanças das regiões autónomas — e de aprovação, na votação final global, por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções¹⁵⁸⁰. Além disso, também se deve observar que para a superação do veto político relativo a leis orgânicas é exigida a maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções¹⁵⁸¹ e consagra-se um sistema alargado de legitimidade processual activa em sede de controlo preventivo da constitucionalidade¹⁵⁸².

Finalmente, algumas palavras em relação ao valor reforçado de que as leis em análise são dotadas. Trata-se da única categoria legal a que a Constituição reconhece explicitamente tal superioridade normativa. Estamos em presença, insistimos, de autênticas leis ordinárias e não de uma qualquer categoria suprallegal — como as leis estatutárias ou as leis constitucionais — mas, mesmo assim, não pode deixar de se reconhecer uma posição de proeminência do confronto com as restantes leis.

Tal proeminência, como já referimos, dificilmente conduz a uma relação de desvalor intralegislativo, na medida em que as leis orgânicas, com excepção dos poucos domínios suprareferidos, esgotam os núcleos materiais sobre os

1577 Cfr. art.º 255.º da CRP.

1578 Além dos casos apontado, JORGE MIRANDA, (“Manual...”, cit., tomo V, 358) ainda acrescenta outro: a lei prevista na alínea e) do art.º 164.º

1579 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 751.

1580 Cfr., respectivamente, n.ºs 4 e 5 do art.º 168.º da CRP.

1581 V. art.º 136.º, n.º 3 da CRP.

1582 V. art.º 278.º, n.º 4 da CRP

quais incidem. Elas não se destinam — ao contrário do que se passa com outras categorias legais reforçadas como as leis de bases, as leis de enquadramento, ou as leis de autorização legislativa — a parametrizar o conteúdo de outras leis, mas antes a subtrair certos objectos ou assuntos de agressões momentâneas. Quando muito essa parametricidade verifica-se em relação a actos não legislativos ou em relação aos quais o carácter legislativo é bastante duvidoso ou indirecto, como as declarações de estado de sítio ou de estado de emergência ou as certas consultas referendárias¹⁵⁸³. Por conseguinte, não será facilmente vislumbrável uma situação na qual seja accionado o controlo da legalidade por violação de uma lei orgânica.

4.3.4.2. *Leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços*

Finalmente, uma outra categoria legal que cumpre referir nesta sede é a que respeita às leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços dos deputados. Trata-se de reconhecer que determinados núcleos materiais — previstos no n.º 6 do art.º 168.º da CRP —, apesar de disciplinados por lei formal, devem ser considerados materialmente constitucionais e, por tal motivo, exigem uma “cumplicidade maioritária reforçada da representação parlamentar”¹⁵⁸⁴. Por conseguinte, reconhece-se-lhes duas importantes prerrogativas: por um lado, estão sujeitos a um procedimento agravado de aprovação — o que contribui para que não estejam sujeitos a flutuações constantes motivadas por maiorias políticas momentâneas — e, por outro lado, são alçados a um estatuto de superioridade em relação às outras leis, não podendo por estas ser atacados em termos derogatórios, revogatórios, modificatórios ou suspensivos. A eventual afectação da sua capacidade de produção jurídica ou dos seus efeitos apenas poderá ser consumada por outra lei com valor reforçado, aprovada nos mesmos termos. Esta blindagem ou protecção, todavia, não as transforma em parâmetro aferidor da validade das leis formais ordinárias, uma vez que estas, caso não respeitem o procedimento agravado referido, serão consideradas, desde logo, inconstitucionais, não se chegando a corporizar ou a estabelecer uma relação material de desvalor.

1583 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 704, 708.

1584 Neste sentido, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 784.

4.3.5. Casos especiais de valor reforçado

Como já se teve oportunidade de salientar, o valor reforçado não é uma característica exclusiva dos actos formalmente legais. Outros actos existem que, sendo indiscutivelmente normativos e não revestindo a forma externa de lei em sentido próprio, possuem um regime de protecção que permite colocá-los numa posição de estatuto em relação às normas legais comuns. Não se trata de alçá-los a um escalão normativo superior. Bem diversamente, do que se trata, como nas situações de valor reforçado até agora analisadas, é de reconhecer que, no patamar das normas que produzem efeitos legais, alguns actos, sem sair desse patamar, merecem da parte do ordenamento uma protecção acrescida sem a qual perderiam muita da sua eficácia vinculante. Os decretos normativos do Presidente da república merecem, aqui, uma especial referência.

Embora não seja uma situação constitucional típica, também o Presidente da república pode emanar actos com conteúdo normativo. Em termos de enquadramento, deve-se começar por salientar que alguns dos seus mais importantes actos — nomeadamente os que projectam efeitos externos — revestem a forma de decreto, constatando-se sem dificuldade que a maior parte deles consubstancia e incorpora decisões de carácter político¹⁵⁸⁵. Basta pensar, por exemplo, nos decretos de marcação da data das eleições (“presidenciais”, “legislativas”, “europeias” e “regionais”); de nomeação do Primeiro ministro e dos membros do Governo; de nomeação dos Representantes da República para as regiões autónomas; ou ainda de nomeação do presidente do Tribunal de Contas ou do Procurador-Geral da República¹⁵⁸⁶. Contudo, pelo menos um dos seus decretos assume natureza normativa, em face do conteúdo eminentemente prescritivo que encerra: o decreto de declaração dos estados de excepção constitucional (estado de sítio e estado de emergência).

Como é sabido, nos termos da Constituição, compete ao Presidente da república, depois de ouvido o Governo e de autorizado pela Assembleia da república¹⁵⁸⁷, declarar o estado de sítio ou o estado de emergência¹⁵⁸⁸. O conteúdo prescritivo apontado manifesta-se, nomeadamente, nas possibilidades de — respeitando, naturalmente, o enquadramento constitucional

1585 V., a respeito, por exemplo, acórdão do TC n.º 36/2002 in DR I, 22 de Fevereiro de 2002.

1586 Cfr., respectivamente, as alíneas b), f), h), l) e m) do art.º 133.º da CRP.

1587 Cfr. art.º 138.º, n.º 1 da CRP.

1588 Cfr. art.º 134.º, alínea d) da CRP. Quanto aos pressupostos de tal declaração, cfr. art.º 19.º

básico e, particularmente o princípio da proibição do excesso — (i) suspensão do exercício dos direitos, liberdades e garantias, (ii) modificação, suspensão ou revogação de outros actos normativos ou ainda (iii) de tomada de “providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”. Por aqui se pode constatar que, sob um ponto de vista jurídico, é praticamente impossível a não consideração normativa de tais conteúdos, reduzindo-os a actos de mera natureza política.

Ora, admitindo que as coisas assim são, resta indagar: que tipo de acto normativo será? Neste ponto, e em face das prerrogativas de capacidade derogatória e, principalmente, de resistência derogatória em relação a actos inferiores que este decreto apresenta, parece-nos que se poderá, sem erro, qualificá-lo de acto materialmente legislativo e, por conseguinte, reconhecer-lhe força análoga à da lei. Poderemos, desta forma, integrar estes decretos na fonte “lei” e, conseqüentemente, qualificá-lo de *acto legislativo atípico*.

Deve-se ainda observar que os decretos desta natureza podem revogar ou suspender actos legislativos anteriores — particularmente em matérias atinentes aos direitos, liberdades e garantias — e resistem à revogação e modificação eventualmente operada por actos executivos. Além disso, parece que não será de aceitar que, no âmbito da duração respectiva, possam ser revogados por lei posterior, na medida em que tal significaria a possibilidade de cessação unilateral do estado de excepção declarado, ao arrepio da própria função constitucional que lhe subjaz. Ora, esta especial resistência derogatória confere-lhes um invólucro de protecção ou uma imunidade normativa que é característica dos actos que possuem valor reforçado, pelo que, por este motivo, entendemos ser esta a sua colocação escalonada mais acertada.

5. Normaçaõ legislativa governamental

5.1. Descrédito da onipotência da lei e o impulso pós-moderno da governamentalização

Já referimos algumas vezes que o mito da onipotência da lei constituiu o cerne de todo o substracto de pensamento que perpassou as estruturas normativas da modernidade jurídica. Essa onipotência ganhava particular ênfase quando se introduziam no discurso as notas da confiança absoluta no parlamento e nos seus esquemas de decisão político-normativa; da

imunidade da lei em relação aos outros actos jurídicos públicos — demonstrada pela resistência derogatória a estes e pela ausência de mecanismos de controlo da sua bondade (*rectius*: constitucionalidade) —; e da sua particular aptidão para se afirmar como a *fonte* de Direito por excelência, se não mesmo a única autêntica *fonte* de Direito.

Contudo, esse mito já não é reconhecido pelos ordenamentos actuais. Não apenas, como já tivemos inúmeras vezes ocasião de assinalar, o Estado decaiu no seu papel legitimatório, como a crença no parlamento deixou de ser inquestionável. Mas, principalmente, um novo *actor normativo* aparece e sobrepõe-se à lei, suplantando-a: a Constituição. Todos estes efeitos reagentes se uniram num particular momento histórico e contribuíram para a queda da onipotência legal e para a assunção sem reservas da ideia de que não existem actos imunes a controlo. Também a vontade vertida em lei passou a ser sindicável e, quando for caso disso, também essa vontade pode ser afastada quando não se coadune com os quadros exigidos por um Estado de Direito.

Ora, tudo o que acabamos de referir concorreu para impulsionar a introdução de norma legal não provinda do tradicional parlamento, inicialmente de uma forma quase ilícita — mediante a intromissão fáctica do regulamento no domínio legal —, depois de uma forma lícita mas excepcional — através da adopção de *medidas legais excepcionais* por parte dos executivos —, posteriormente através do reconhecimento da competência de iniciativa, e finalmente de uma forma lícita e normal ou corrente¹⁵⁸⁹.

É certo que, actualmente, nem todos os ordenamentos consagram a possibilidade de legislação governamental corrente ou normal¹⁵⁹⁰, mas ainda

1589 Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, "Political power and the governmental process" (trad. Espanhola: "Teoría de la Constitución", Barcelona, Ariel, 1979), 273 e ss; NACCI, Paolo Giocoli, "Appunti sulle fonti normative...", cit., 80 e ss.

1590 Cfr., entre muitos outros exemplos, o art.º 86.º da CE. De acordo com o n.º 1 deste preceito, "en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general". Trata-se, como refere IGNÁCIO DE OTTO ("Derecho Constitucional – sistema de fuentes", cit., 195), de um poder legislativo próprio, sujeito a limites, mas não fruto de delegação ou autorização prévia, mas que, contudo, se desencadeia apenas em situações excepcionais que os procedimentos ordinários de legiferação não conseguem dar resposta. Aqui, e sem querer desviar demasiado a investigação para uma temática que se afasta do seu núcleo essencial, poderemos dizer que a cláusula da "extraordinaria y urgente necesidad" apela para a ideia de que o decreto-lei não pode ser um instrumento comum, quer sirva para desenvolver uma legislação paralela à ordinária ou para a derogar, antes remete para uma situação patológica ou anómala (DE OTTO, ob. cit., 197). Apesar disso, importa salientar que este acto legislativo se

assim parece ser possível aceitar um princípio de tendencial repartição das prerrogativas de editar leis entre um órgão legiferante por excelência, tradicionalmente sob a forma parlamentar, e um segundo órgão legiferante concorrente, muitas vezes nem sujeito a eleição e escolha democrática directa. Ganha assim corpo uma tendência de governamentalização da actividade legislativa¹⁵⁹¹ ou a transformação de um Estado legislativo num Estado administrativo. O Governo, conservando ainda algumas reminiscências da sua natureza de órgão administrativo — sendo ainda titular de um poder normativo não originário, que se corporiza nas prerrogativas de propositura de medidas legislativas e de emissão de legislação autorizada¹⁵⁹² — assume-se cada vez mais como um poder legislativo autónomo (isto é, independente de autorização) e normal (ou seja, não reduzido a casos excepcionais ou de urgência)¹⁵⁹³. Enfim, um poder normativo originário para conduzir a *sua* política.

Tal opção — que, como veremos de seguida, foi acolhida pela CRP — encontra diversos critérios justificativos, ressaltando de entre eles, por um lado, motivos de racionalidade técnica e, por outro lado, motivos de racionalidade política.

Quanto aos primeiros, assinala-se desde logo a maior aptidão do corpo governamental para lidar com certos núcleos materiais de configuração específica e de natureza marcadamente técnica. Com efeito, parece inegável que um corpo restrito de ministros, muitos deles especializados em razão da matéria, poderá com maior proveito editar normas com um elevado grau de concreta substantiva e de ponderação valorativa, do que o poderá fazer um parlamento, com um número muito maior de elementos e muitas

utiliza em situações de normalidade constitucional — o seu pressuposto habilitante não é a declaração de Estado de sítio ou Estado de emergência, ou situações de vazio institucional transitório — mas nas quais se sente a necessidade de disciplinar algo com forma de lei, e em que os procedimentos habituais não são possíveis. De acordo com o TCE (sentencias 6/83, de 04 de Fevereiro e 111/83, de 02 Dezembro): “la necesidad justificadora de los decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional (...) sino que hay que entenderlo con mayor amplitud, como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata, in el plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia (...)”. Trata-se de uma situação na qual o próprio Governo dispõe de uma valoração ampla das circunstâncias. De resto, os decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos a votação no Congresso, para efeitos da sua convalidação ou derrogação (art.º 86.º, n.º 2 da CE).

1591 V., a propósito, BLANCO de MORAIS, Carlos, “As Leis reforçadas...”, cit., 77 e ss.

1592 Assim, AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 395 e ss.

1593 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 201.º, 776.

vezes impreparados. Daqui resulta também uma outra vantagem: o Governo mostra-se mais apto a tomar decisões caracterizadas por uma maior agilidade ou celeridade, na medida em que, à partida, não tem necessidade de buscar consensos ou arranjos de opinião, podendo decidir em bloco e a uma voz.

No que se refere aos segundos (os motivos de racionalidade política), observa-se que o Governo se posiciona, em muitos esquemas constitucionais, como o órgão competente para editar as linhas básicas de orientação respeitantes à gestão dos interesses colectivos. A direcção das opções políticas é por ele muitas vezes ditada, e a prossecução dos fins que tal direcção implica poderia ficar seriamente afectada se não fosse simultaneamente reconhecido um poder de editar normas com força de lei que disciplinasse a cada vez mais densa rede de regulações públicas. Paralelamente, o Governo mostra-se muitas vezes mais preparado para enfrentar e servir de colector às reivindicações que os diversos actores e destinatários de medidas impopulares — sindicatos, associações várias, etc.— apresentam, podendo com a rapidez desejada apresentar contra-medidas ou introduzir mecanismos correctores nas medidas já apresentadas. Ainda no plano político, é inegável que ao nível governamental a ausência de dissonâncias partidárias arrasta um efeito de maior *coerência institucional*, inerente à lógica do gabinete¹⁵⁹⁴, o que, a prazo contribui largamente para o aumento de legitimidade das normas em questão.

5.2. A CRP e a competência legislativa do Governo

5.2.1. O perímetro da autonomia legislativa do Governo: o problema das imposições legiferantes simétricas e o decreto-lei como “figura aberta”

A referida tendência para a governamentalização da actividade legislativa encontra a sua mais acabada expressão na autonomia legislativa de que goza o Governo, em termos de a correspondente competência para a prática de actos com força e valor de lei ser, na sua essência, uma competência exercida de forma livre¹⁵⁹⁵. Significa tal que o seu exercício não pode ser jurídico-normativamente vinculado por qualquer manifestação de vontade provinda de um outro órgão de soberania.

1594 V. a propósito, AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 420.

1595 Cfr., com, interesse, acórdão do TC n.º 461/87, in DR, I, 15 de Janeiro de 1988.

O problema da susceptibilidade de imposições legiferantes simétricas — isto é, comandos para legislar provindos de núcleos não supraordenados, no caso em concreto provindos de um fonte de Direito de valor equivalente ao acto legislativo do Governo (não se confundindo, por conseguinte, com as imposições legiferantes constitucionais, que consubstanciam comandos concretos e únicos dirigidos pelo legislador constituinte ao legislador ordinário¹⁵⁹⁶) — coloca-se principalmente em vista da tendência que o Parlamento pode manifestar no sentido de procurar vincular juridicamente o Governo à emanção de decretos-lei. Pense-se, por exemplo, numa situação em que a Assembleia da república, após disciplinar determinada matéria por meio de uma lei, estabelece que, num prazo determinado, o Governo fica obrigado, por decreto-lei, a densificar os seus preceitos.

Parece-nos que, a existirem dúvidas, elas não poderão deixar de ser sanadas mediante uma resposta que negue a susceptibilidade referida, impondo-se a conclusão de que os preceitos de uma norma de valor legal não podem produzir o efeito jurídico-constitucional de vincularem o Governo à emissão de decretos-leis (ou mesmo de propostas de lei, na medida em que, num sentido amplo, a autonomia legislativa governamental também abrange esta prerrogativa)¹⁵⁹⁷. Com efeito, apesar de a Assembleia da república poder manifestar uma vontade inequívoca no sentido da continuação da legislação por parte do Governo, tal não significa que este fique obrigado a cumprir tal desiderato, e que caso o não faça incorra numa ilegalidade. Quando muito, tal manifestação de vontade, no quadro de um sistema organizatório que tem como pilar estruturante uma ideia de *parlamentarismo moderado*, terá a virtualidade de constituir um mandato de natureza política, desprovido de carácter juridicamente vinculativo. Nas palavras do órgão máximo da jurisdição constitucional¹⁵⁹⁸: “nessas disposições, a AR teve simplesmente o propósito de formular um juízo sobre a necessidade ou conveniência do tratamento legislativo de determinada matéria e de simultaneamente devolver ao Governo esse encargo (v. g., por razões de indisponibilidade temporal ou até por julgá-lo melhor habilitado para o efeito). De tal sorte que o modo como o Governo a isso corresponda só será susceptível de apreciação no quadro do relacionamento político entre os dois órgãos de soberania, quer dizer, no quadro da responsabilidade política do Executivo perante o Parlamento”.

1596 A respeito, v. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1172.

1597 Cfr. acórdão do TC n.º 461/87, in DR, I, 15 de Janeiro de 1988.

1598 Cfr. acórdão do TC n.º 461/87, in DR, I, 15 de Janeiro de 1988.

Mas a autonomia legislativa do Governo não significa apenas independência em relação a mandatos legiferantes provenientes de outros órgãos, ou dito de outro modo, não significa apenas que ele pode escolher se legisla e quando legisla (*liberdade legislativa*). Significa igualmente *liberdade na escolha da forma legislativa*. Quer-se com tal significar que o Governo é soberano na opção acerca da adopção ou não da forma “decreto-lei”, não podendo, também aqui, a Assembleia, ou qualquer outro órgão, impor ao Governo qualquer formalismo. Particularmente, não pode impor a este “o uso da forma legislativa na prática de actos que, de um ponto de vista material, integram a função executiva, sejam eles actos administrativos em sentido estrito ou regulamentos”¹⁵⁹⁹.

Com este problema relaciona-se a consideração do decreto-lei como “figura aberta”. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA pretendem significar com tal expressão que o decreto-lei, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, pode conter normas de natureza intrinsecamente legal, normas de natureza regulamentar e até pode dar corpo à forma externa de actos administrativos¹⁶⁰⁰. Serão tais decretos-lei constitucionalmente admissíveis?

Parece-nos que, neste domínio, a pedra de toque estará na consideração do núcleo material abrangido pela medida em questão. Indubitavelmente, não poderá um decreto-lei que incorpore um acto administrativo restringir direitos, liberdades e garantias na medida em que as leis restritivas [que poderão assumir a forma de decreto-lei autorizado, em vista da prescrição da alínea b) do n.º 1 do art.º 165.º da CRP] “têm de revestir carácter geral e abstracto”¹⁶⁰¹. Do mesmo modo, não poderá ele, sob pretexto de densificar determinado núcleo, invadir as reservas de competência legislativa da Assembleia da república ou, para quem aceite a sua existência, a *reserva regional* a favor das Assembleias legislativas regionais. Fora estes casos, entendemos que um eventual excesso de forma – ou seja, a utilização de uma forma ainda mais solene do que a prescrita pela Constituição – não gera inconstitucionalidade¹⁶⁰². Desde logo, porque – ao contrário do que ocorre com a Assembleia da república (pelo que estas considerações não se lhe aplicam, valendo a regra oposta – a da inconstitucionalidade material

¹⁵⁹⁹ Idem.

¹⁶⁰⁰ V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 201.º, 776. V., ainda, PIZZORUSSO, Alessandro, “*Sistema istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*”, cit., 142.

¹⁶⁰¹ Cfr. art.º 18.º, n.º 3 da CRP.

¹⁶⁰² V. acórdão do TC n.º 1103/96.

da lei que incorpore um acto administrativo) — o Governo é o órgão superior da administração pública e insere-se nas suas competências “fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis” e emanar actos administrativos¹⁶⁰³. E, por fim, um argumento que, aos olhos do Tribunal constitucional, se tem revelado decisivo¹⁶⁰⁴: o de que a utilização pelo Governo da forma legislativa para a prática de um acto administrativo (*lato sensu*) representa um “reforço de garantias, uma vez que os decretos-leis ficam sujeitos a ratificação, contrariamente ao que acontece com os decretos regulamentares”. Não haverá assim qualquer inconstitucionalidade (...), “sendo certo que nenhum preceito constitucional impede que os decretos-leis incorporem actos administrativos ou proíba que os actos administrativos possam revestir essa forma. A possibilidade de os actos administrativos revestirem forma legislativa pode, de resto, ver-se implicitamente admitida no artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, quando, ao garantir o recurso contencioso contra quaisquer actos administrativos que lesem os direitos ou interesses legalmente protegidos, o faz “independentemente da forma” que esses actos revistam”¹⁶⁰⁵.

5.2.2. Tipologia das competências legislativas governamentais

A partir das notas características referidas, procuremos traçar o quadro das competências legislativas do Governo que o legislador constituinte estabeleceu.

A primeira nota a assinalar prende-se com a consideração de que o Governo dispõe de uma competência originária para a emanação de actos legislativos, isto é uma competência directamente fundada na CRP. Com efeito, a competência do Governo não é derivada, pois ele não necessita de autorização genérica para titular ou exercer poderes legislativos – embora possa necessitar de autorização para o exercer em determinados núcleos materiais específicos – do mesmo modo que não necessita que os seus actos estejam sujeitos a ratificação por parte de outros órgãos. Quando muito, poderá dizer-se que dispõe de uma competência derivada naquelas situações em que o seu exercício está dependente da prévia emanação de um acto legislativo provindo do parlamento e carente de *continuação* por um acto seu. É o que se passa, como tivemos ocasião de verificar, com as leis

1603 Cfr. art.º 182.º e 199.º, alínea c) da CRP.

1604 V. acórdãos do TC n.º 576/96 e 1103/96.

1605 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 268.º, 940.

de bases ou com as leis de autorização legislativa, por exemplo. Contudo, parece-nos incorrecto afirmar quer a competência legislativa do Governo *em geral* seja uma competência derivada.

Deste modo, para evitar equívocos linguísticos, e trazendo à análise, mais uma vez, o desígnio de rigor linguístico que temos defendido, utilizaremos as expressões “competência independente” e “competência dependente” para significar, respectivamente, os núcleos de situações nas quais o Governo exerce os seus poderes legislativos sem ou com dependência de acto legislativo prévio emanado de outro órgão. Em todos os casos, uma vez que o poder respectivo arranca directamente da decisão constituinte, estaremos perante uma competência que se poderá adjectivar de “originária” e, também em todos os casos — e adiantando um pouco do que teremos ocasião de aprofundar —, poderemos estabelecer as seguintes premissas estruturantes: em primeiro lugar, os decretos-lei não são nunca actos provisórios, sujeitos a confirmação; em segundo lugar, também não são actos imperfeitos, sujeitos a convalidação.

Todavia, tal não quer dizer que, após a sua aprovação pelo Governo (e promulgação pelo Presidente da república) a plenitude dos seus efeitos se manifeste inequivocamente. Na realidade, os decretos-lei, no desenho constitucional que lhes foi atribuído, estão sujeitos a uma dupla condição: por um lado, são actos que (como qualquer outro, de resto) necessitam de uma posterior fase integrativa de eficácia, consubstanciada na sua publicação no jornal oficial (condição suspensiva) e, por outro lado, podem ver essa produção de efeitos limitada, na medida em que podem ser chamados à apreciação pela Assembleia da república para efeitos de cessação de vigência ou de alteração (condição resolutiva)¹⁶⁰⁶.

Deixemos, contudo, estes aspectos para uma fase posterior do trabalho. Por agora, debrucemo-nos sobre as concretas competências legislativas do Governo, procurando operar uma apreciação analítica das mesmas.

a) Competência legislativa independente

A competência legislativa independente do Governo abrange dois segmentos materiais distintos, correspondentes a outros tantos âmbitos competenciais perfeitamente apartados. Tais segmentos dizem respeito, por um lado, às matérias integradas na área de concorrência legislativa com a Assembleia

¹⁶⁰⁶ Cfr., respectivamente, art.º 119.º, n.º 1, alínea c) e 169.º da CRP.

da República e, por outro lado, às matérias cuja disciplina é constitucionalmente reservada ao Governo.

As matérias integradas na área de concorrência legislativa com a Assembleia da República dizem respeito àqueles núcleos substantivos que não constam nem do catálogo reservado desta nem à organização e funcionamento do próprio Governo. Trata-se de campos materiais onde se estabelecem as relações de paridade que dão corpo à ideia, constitucionalmente consagrada, de que “leis e decretos- leis têm igual valor”¹⁶⁰⁷ e onde se estabelecem com frequência “eixos de sobreponibilidade” competencial que dão origem a conflitos normativos de duplo sentido: leis da Assembleia da República que disciplinam após um decreto-lei ou a situação inversa – um decreto lei que disciplina após uma lei da Assembleia. Estes conflitos são resolvidos, em regra, mediante o apelo ao princípio *lex posterior derogat priori* e ao critério cronológico, pelo que deve ser sempre dada preferência à norma mais recente, o que, nestes casos, implica a revogação da norma mais antiga.

Uma particular incumbência normativo-constitucional que pode recair sobre os decretos-leis emanados ao abrigo da competência legislativa independente concorrente do Governo diz respeito à transposição de directivas comunitárias¹⁶⁰⁸. Cabe observar a este propósito que o decreto-lei que transponha a disciplina jurídica contida numa norma de Direito europeu comunitário que careça de tal transposição não poderá ser revogado ou derogado por uma norma legal concorrente (interna) com ele antinómica, o mesmo raciocínio valendo na situação oposta (não poderá ele revogar ou derogar norma legal concorrente anterior transpositiva de Direito europeu). Tal conclusão impõe-se, nomeadamente, em face do *princípio do primado* das normas de Direito europeu, que perderia todo o seu efeito útil se após uma transposição válida para o Direito interno, pudesse ele ser afectado por uma norma interna concorrente antinómica.

As matérias cuja disciplina é constitucionalmente reservada ao Governo dizem respeito, como resulta do que atrás dissemos, à sua própria organização e funcionamento, uma prerrogativa semelhante ao *Kabinettsbildungsrecht*¹⁶⁰⁹. Dá-se aqui manifestação a um dos mais importantes princípios

1607 Cfr. art.º 123.º, n.º 1, 1.ª parte.

1608 Cfr. art.º 112.º, n.º 8 da CRP.

1609 V., a propósito, HESSE, Konrad, “Grundzüge...”, cit., 269 e ss.; LOEWENSTEIN, Karl, “Teoria de la Constitución”, cit., 237 e ss.; MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “Deutsches Staatsrecht”, cit., 299,

de Direito organizatório: o princípio da auto-organização dos órgãos de soberania, de acordo com o qual, cada um destes órgãos é titular da *Kompetenz kompetenz*, isto é do poder último de determinação (embora não necessariamente definição, pois essas competências, até certo ponto, estão definidas constitucionalmente) das suas próprias competências¹⁶¹⁰. Tal princípio, no que diz particularmente respeito ao Governo, não é, contudo, absoluto. Além das demarcações impostas pelo princípio da separação dos poderes, ele limita-se à disposição normativa respeitante à sua *organização e funcionamento*, não abrangendo consequentemente, nem os aspectos respeitantes à distribuição das competências entre os vários órgãos do Governo (v.g., Conselho de Ministros, Primeiro-Ministro, Ministros), distribuição dessa a cargo do próprio legislador constituinte¹⁶¹¹, nem os aspectos que colidam com as bases do regime e âmbito da função pública, casos em que a reserva da Assembleia da república se lhe sobrepõe¹⁶¹².

Assim, ficam abrangidos por esta cláusula (“organização e funcionamento”) — além da criação de vice-primeiros-ministros e Conselhos de Ministros especializados em razão da matéria¹⁶¹³ — as matérias atinentes à criação e extinção de Ministérios e aos organismos, serviços e entidades que os integram; ao número de Ministros, de Secretários de estado e de Sub-secretários de estado; à composição do Conselho de ministros e da Presidência do Conselho de ministros; às possibilidades de delegação e sub-delegação de competências; à coordenação das relações do Governo com a Assembleia da república e com os grupos parlamentares, etc.¹⁶¹⁴

É importante notar que a previsão desta reserva legislativa a favor do Governo tem um duplo sentido: por um lado impedir a intromissão normativa da Assembleia da república (e outros órgãos constitucionais) e, por outro

300; SCHMIDT, Rolf, “*Staats-organisationsrecht*”, cit., 216 e ss.; BLANK, Michael, FANGMANN, Helmut, HAMMER, Ulrich, “*Grundgesetze – Basiskommentar*”, cit., anotação ao artigos 64 e 65, 260 e ss.

1610 Cfr. art.º 198.º, n.º 2. Tal princípio pode ser descoberto ainda em outros preceitos constitucionais, respeitantes a outros órgãos: por exemplo, art.º 161.º, alínea o); 175.º, alínea a); e 223.º, n.º 3. V., ainda, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 648 e ss.

1611 Cfr. art.º 200.º e 201.º da CRP.

1612 V. art.º 165.º, n.º 1, alínea t) da CRP.

1613 Cfr. art.º s 183.º, n.º 2 e 184.º, n.º 2 da CRP.

1614 Com a reserva material exclusiva do Governo (art.º 198.º, n.º 2) não se devem confundir as competências constitucionalmente reservadas a este. Nomeadamente, integram estas e não aquela a competência para desenvolver leis de bases em matérias concorrentes. Assim, OTERO, Paulo, “O desenvolvimento...”, cit., 44 e ss. que, numa distinção que parece de acolher, destrinça a “competência exclusiva” e a “competência reservada” do Governo.

lado, bloquear uma eventual regulamentação ou deslegalização destes núcleos materiais¹⁶¹⁵.

b) Competência legislativa dependente

Inserem-se aqui as prerrogativas do Governo para “fazer decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta” e “fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam”¹⁶¹⁶. Já tivemos oportunidade de nos referirmos a este tipo de competências legislativas governamentais, pelo que para lá remetemos. Importa, ainda assim, destacar os seguintes aspectos:

- No que diz respeito aos decretos-leis autorizados, estamos a falar de situações em que se verifica uma *delegação de matérias* que se integram na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República. Nestes casos, mediante a emanção de uma lei de autorização legislativa, este último órgão autoriza o Governo¹⁶¹⁷ a disciplinar determinados núcleos materiais, mediante a imposição (constitucionalmente exigida) de limites vários, cuja inobservância implica inconstitucionalidade ou ilegalidade.
- Já no que concerne aos decretos-leis de desenvolvimento, a intervenção legislativa governamental surge naqueles casos em que estamos em presença de “leis inacabadas” e carentes de um desenvolvimento subsequente por parte do Governo, e o reconhecimento explícito da competência para emanar este tipo de decretos leis parece impor a conclusão de que estamos em presença de uma manifestação da teoria da heterolimitação dos poderes da Assembleia da República. Neste particular, estamos com PAULO OTERO quando afirma que a alínea c) do n.º 1 do 198.º da CRP atribui ao Governo competência reservada para desenvolver as leis de bases, excluindo o parlamento, quer em *matérias concorrentes*, quer em matérias integrantes da reserva parlamentar quando a CRP impõe à Assembleia um limite de grau mínimo de densificação legislativa¹⁶¹⁸. Refere o autor que a inovação da alínea c) em relação à alínea a) do citado

1615 Assim, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição portuguesa anotada”, tomo II, cit., anotação ao art.º 198.º, 706.

1616 Cfr. art.º 198.º, n.º 1, alíneas b) e c).

1617 Quanto às autorizações que têm como destinatário as Assembleias legislativas regionais, v. infra, pp. 587 e ss.

1618 V. OTERO, Paulo, “O desenvolvimento...”, cit., 38.

preceito é precisamente esta: cria a favor do Governo uma reserva de densificação, produzindo um “efeito expropriativo” do grau máximo de densificação da Assembleia da república¹⁶¹⁹. Consequentemente, em matérias concorrentes a intervenção da Assembleia parlamentar deve limitar-se às bases e se tal não acontecer, invade-se a reserva constitucional do Governo¹⁶²⁰.

5.2.3. Reminiscências das narrativas clássicas: o controlo democrático (posterior) da actividade legislativa governamental

Como já tivemos ocasião de referir, os decretos-leis não são nem actos provisórios, sujeitos a uma qualquer confirmação, nem actos imperfeitos, sujeitos a convalidação. Contudo, não são absoluta e perfeitamente eficazes, no sentido em que a produção dos seus efeitos pode estar sujeita a uma condição resolutiva, um acontecimento futuro e duplamente incerto – quanto à verificação e, em certa medida, quanto ao momento da verificação, embora este sempre deva ocorrer “nos trinta dias subsequentes à publicação” – que pode modificar ou paralisar a respectiva eficácia. Tal acontecimento é a apreciação parlamentar para efeitos de alteração ou de cessação de vigência.

Trata-se de dar manifestação a uma postura crítica por parte da Assembleia da república em relação ao decreto-lei, postura que tem o sentido de uma contrapartida aos poderes alargados que o legislador constituinte reconheceu ao Governo¹⁶²¹. Tal acção crítica materializa-se numa apreciação que tem menos a ver com motivações jurídicas e mais com motivações

1619 V. OTERO, Paulo, “O desenvolvimento...”, cit., 40.

1620 Neste sentido, OTERO, Paulo, “O desenvolvimento...”, cit., 45. Por isso, a previsão da referida alínea c) não pode ter por finalidade a limitação da intervenção legislativa do Governo (tese da auto-limitação do Governo), em termos de se afirmar que sempre que a Assembleia emanasse uma lei de bases em matérias concorrentes, o Governo só poderia desenvolver essas bases, não podendo legislar *contra legem*. Contudo, esta interpretação criaria a favor daquela uma outra reserva constitucional num preceito consagrado ao Governo, o que seria absurdo do ponto de vista da redacção normativa. Também não será de aderir à tese da ampliação dos poderes do Governo (tese da comunicabilidade), possibilitando-lhe desenvolver as bases quando a Assembleia o não quisesse fazer (em matérias reservadas). Contra esta ideia colidem com os princípios da indisponibilidade e da irrenunciabilidade das competências, bem como a proibição de sub-delegações legislativas (ob. cit., 33 e ss.).

1621 Assim, AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 437.

de mérito e conveniência políticas¹⁶²² e assenta em vários pressupostos estruturantes¹⁶²³.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que nem todos os decretos-leis podem ser sujeitos a apreciação parlamentar. Apenas o podem os decretos-leis *concorrentes*, autorizados e de desenvolvimento, o que significa que o não podem os decretos-leis emanados ao abrigo de competência legislativa exclusiva do Governo (os respeitantes à matéria relacionada da sua organização e funcionamento). Questão controvertida será a de saber se esta apreciação apenas pode ter por objecto decretos-leis que preencham o conteúdo clássico do acto legislativo (“decretos-leis materialmente legislativos”) — ou a parte do decreto-lei que tenha tal conteúdo — ou se também abrange os decretos leis que somente o sejam formalmente e que na realidade incorporem actos administrativos (“decretos-leis só formalmente legislativos”). O problema tem razão de ser na medida em que não deve nunca ser posta de parte a circunstância de que o Governo, além de órgão legislativo, é também o órgão supremo da Administração pública e a tendência para a *administrativização* dos seus instrumentos pode ser uma realidade. Na nossa perspectiva, a segunda das orientações pontadas parece ser de seguir, na medida em que se afigura como a que melhor se coaduna com o espírito do instituto, tendo presente o poder genérico de apreciação da Assembleia em relação aos actos do Governo e da Administração pública¹⁶²⁴. Assim, entendemos que a apreciação parlamentar deve incidir sobre todos os decretos-leis dela passíveis — e sobre *todo* o decreto-lei, não apenas sobre a *parte* legislativa —, independentemente do seu conteúdo, até porque tal apreciação pode constituir um importante factor dissuasor da sua utilização camuflada¹⁶²⁵.

Em segundo lugar, importa referir que tal apreciação pode ser requerida nos trinta dias subsequentes à publicação do decreto-lei em causa, descontados os períodos de suspensão do funcionamento da Assembleia da República, e a requerimento de dez Deputados.

1622 A favor de tal entendimento milita, nomeadamente, a distinção feita pela própria CRP entre, por um lado, a competência do Parlamento para “vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e apreciar os actos do Governo e da Administração” [art.º 162.º, alínea a)] e para “apreciar, para efeito de cessação de vigência ou de alteração, os decretos-leis, salvo os feitos no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, e os decretos legislativos regionais previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 227.º” [Idem, alínea c)]. Cfr., a propósito, MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 348.

1623 Cfr. art.º 169.º da CRP.

1624 Cfr. art.º 162.º, alínea a) *in fine* da CRP. V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 346.

1625 V., ainda, acórdão do TC n.º 24/98.

Em terceiro lugar, como o decreto é apreciado pela Assembleia para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, a aprovação da respectiva proposta terá como efeitos, de uma forma prospectiva¹⁶²⁶, a alteração ou a cessação de produção de efeitos do diploma apreciado. Todavia, se não existem dúvidas quanto à inexistência de efeitos retroactivos da resolução da Assembleia da república que aprova a proposta de cessação de vigência, já o mesmo não se passa quanto aos efeitos repristinatórios que a mesma pode determinar. Com efeito, voltará a vigorar o diploma (lei ou decreto-lei) que o decreto-lei cuja vigência agora cessa revogou? A analogia com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e a consequente aceitabilidade da repristinação, não é aconselhável, até porque a presente decisão da Assembleia como vimos, e diferentemente do que acontece com a decisão do Tribunal constitucional, apenas produz efeitos para o futuro. Em todo o caso, JORGE MIRANDA sugere que o Parlamento, nestes casos, aprove uma (nova) lei que, para o futuro, determine a repristinação do diploma eventualmente revogado¹⁶²⁷. Inversamente, se a proposta for rejeitada, o decreto lei apreciado permanece inalterado e em vigor, mas sem que tal signifique uma *conversão* em diploma parlamentar. A autoria governamental dos diploma não é nunca posta em causa¹⁶²⁸.

No que diz particularmente respeito a este último ponto (os efeitos da manifestação de vontade da Assembleia da república), importa colocar em evidência algumas observações importantes.

Em primeiro lugar, e tendo em atenção o que atrás dissemos, deve-se salientar que quando não é aprovada uma proposta de cessação de vigência (isto é, quando uma *vontade negativa* da Assembleia não se verifica) tal não significa que se possa deduzir uma vontade positiva (uma confirmação) quanto à vigência do decreto-lei. Como refere a este propósito o Tribunal Constitucional, o actual desenho constitucional das estruturas organizatórias e normativas assenta numa vincada ideia de autonomia legislativa do Governo, que não se compadece com a sujeição da sua produção legiferante a confirmações e/ou convalidações parlamentares. De resto tal ideia poderia ter um efeito perverso: o de fazer cessar os mecanismos de controlo da constitucionalidade (sucessiva, naturalmente) previstos, o que se afiguraria uma subtracção competencial constitucionalmente inaceitável¹⁶²⁹.

1626 Cfr. art.º 169.º, n.º 4 da CRP.

1627 MIRANDA, Jorge, "Manual...", cit., tomo V, 352.

1628 Neste sentido, AFONSO VAZ, Manuel, "Lei e reserva da Lei...", cit., 435.

1629 Cfr., a propósito, acórdão do TC n.º 785/96.

Por outro lado, e diversamente, nas situações em que seja aprovada uma proposta de alteração ao decreto-lei que reproduza as normas organicamente inconstitucionais deste, parece ser de assumir que se verifica uma novação da respectiva fonte¹⁶³⁰. Aqui, a aprovação da proposta de alteração significa que a Assembleia da República assume ou adopta tais normas como suas e tem como efeito a ininvocabilidade futura da inconstitucionalidade orgânica não apenas das referidas normas reproduzidas, como igualmente “das normas que a Assembleia da República não pode ter deixado de querer manter inalteradas, porquanto constituem um pressuposto logicamente necessário e indispensável de todas as restantes normas contidas no decreto-lei originário e na própria lei de alteração” e ainda das normas que, durante o procedimento de apreciação, foram objecto de propostas de alteração rejeitadas¹⁶³¹. Não obstante autorizada doutrina parecer discordar com esta orientação — nomeadamente JORGE MIRANDA que, embora em outro contexto, defende que o instituto da apreciação parlamentar não pode servir para a Assembleia da República sanar um vício orgânico, uma vez que a competência dos órgãos de soberania é indisponível e fixada pela CRP não por aquela¹⁶³² —, entendemos que o princípio da aproveitabilidade dos actos jurídicos a aconselha.

6. Normaçoão legislativa regional

6.1. Reflexos da pós-modernidade jurídica nas estruturas normativas: o fenómeno da desestadualização e a disseminação territorial dos núcleos de produção legislativa

Os sectores de pensamento jurídico mais *cépticos* não terão dificuldades em assumir que uma das manifestações mais expressivas da pós-modernidade no âmbito do Direito se situa ao nível da proliferação dos poderes normadores (autonomia normativa¹⁶³³), e em particular da irradiação das competências legislativas em direcção a núcleos não estadualmente centralizados. Com efeito, a uma desestadualização de muitas das tarefas tradicionalmente públicas corresponde uma entrega dos poderes de editar normas com valor de lei a pessoas colectivas territorialmente descentralizadas,

1630 V. acórdão do TC n.º 563/2003, in DR, I, 25 de Maio de 2004

1631 Cfr. acórdão n.º 368/2002, in DR, II, de 25 de Outubro de 2002.

1632 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 348.

1633 Cfr., a propósito desta, CRISAFULLI, Vezio, “*La legge regionale...*”, cit., 262.

e, consequentemente, o nascimento de sistemas normativos plurilegislativos ou sistemas com dois ou mais centros de produção legal¹⁶³⁴.

O fenómeno, contudo, não é recente. Já a teoria do Estado federal, em rigor, conhecia, e conhece, tais expressões de disseminação dos núcleos de produção normativa em geral e produção legislativa em particular, embora em moldes substancialmente diferenciados daqueles que são hoje conhecidos pelos quadros regionalistas. Para evidenciar essa diferença basta pensar, designadamente, que a produção normativa do Estado federado pode dar origem a um ordenamento jurídico próprio e eventualmente autónomo — embora em princípio se lhe não reconheça a titularidade da *competência das competências* —, enquanto que com a produção dos órgãos legislativos de uma região tal não acontece, concebendo-se a lei regional como parte integrante de um ordenamento jurídico único — o do Estado (central)¹⁶³⁵. Por isso, talvez seja preferível, em relação ao conjuntos normativos regionais, utilizar a expressão “subsistema” — ou “sistema contingente”, por oposição a “sistema necessário”¹⁶³⁶ — e não “ordenamento”, em vista da patente falta de autonomia que, como vimos, constitui um predicado essencial da realidade ordenamental¹⁶³⁷.

De qualquer forma, o que é certo é que se pode identificar um conjunto de normas jurídicas, com maior ou menor grau de individualidade, que têm por objecto a disciplina de padrões de comportamento territorialmente relevantes e que assumem uma especificidade em face dos padrões graduados ao nível estadual geral. A particularização de tais padrões pode ter na sua génese razões históricas, geográficas, sociais, económicas ou outras e vai dar origem a uma produção normativa, e em particular legislativa, oriunda de órgãos regionais e que genericamente se pode designar por *Direito regional*. Este subsistema, é importante voltar a salientá-lo, não é suficientemente autónomo de modo a constituir *por si* um ordenamento¹⁶³⁸, recortável a partir do ordenamento estadual maior, sendo antes verdadeiramente caracterizado por

1634 V. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 216 e ss.

1635 Neste sentido, v. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 390.

1636 Expressões de REQUEJO PAGES, Juan Luís, “*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento...*”, cit., 57.

1637 Além da referida no texto, outras duas diferenças podem ser apontadas: não são as regiões que se privam de poder para constituir uma federação, mas é o Estado que se priva para o dar às regiões; o ente com a competência enumerada não é só o Estado central, mas também a região, ao contrário da relação Bund-lander onde só o primeiro vê as suas competências tipificadas. V. CUOCOLO, Fausto, “*Rapporti fra leggi statali e leggi regionali ...*”, cit., 66.

1638 Cfr., todavia, CRISAFULLI, Vezio, “*La legge regionale...*”, cit., 263 e ss.

uma “uniformidade puramente orgânica”, e não por uma uniformidade material — pois não existem um elenco indiscutível de matérias a que, em absoluto, os padrões de comportamento respectivos digam respeito — ou sistemática — pois não existe uma codificação autónoma do correspondente material normativo. Mesmo assim, apesar de o Direito regional ser caracterizado por esta “indiferenciação sistemática e substancial”¹⁶³⁹, deve-se-lhe reconhecer um carácter de sobreponibilidade ao conjunto da normação estadual ordinária — cuja tipologia, de resto, nem sequer é obrigatoriamente idêntica¹⁶⁴⁰ —, em relação à qual se apresenta como um sector de especialidade, regional¹⁶⁴¹, enformado pelo princípio da territorialidade¹⁶⁴².

Antes porém de procurarmos averiguar em que medida tal relação normativa se pode estabelecer, cumpre enquadrar, de um ponto de vista constitucional, a produção legislativa regional, que mais não é, do ponto de vista do legislador constituinte, do que uma das manifestações da denominada “descentralização política”. Esta, por sua vez é o resultado do reconhecimento às regiões de um estatuto de “autonomia política”¹⁶⁴³ que, no que particularmente diz respeito ao ordenamento normativo português, encontra reflexo na outorga, às Regiões autónomas, de um elenco de situações jurídicas activas diversas, no âmbito das quais se destacam¹⁶⁴⁴:

- poderes legislativos propriamente ditos¹⁶⁴⁵ e prerrogativas conexas com os poderes legislativos, como a faculdade de iniciativa legislativa¹⁶⁴⁶ e o direito de audição¹⁶⁴⁷;

1639 Assim, REGO PINHEIRO, Duarte, “Revogação e derrogação em direito regional”, in Estudos de Direito regional (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997, 72.

1640 Cfr., a propósito, BERTI, Giorgio, “*Il regolamento come atto normativo regionale*”, in RTDP, 1973, 1, 165.

1641 Diferente deste Direito regional será o “Direito Constitucional Autonómico”, enquanto conjunto de normas jurídicas constitucionais — estaduais *stricto sensu*, portanto — que têm por referência as regiões (autónomas). Cfr., por exemplo, art.º s 225.º a 234.º da CRP. Por último, v. REGO PINHEIRO, “Revogação e derrogação...”, cit., 71, 74.

1642 Assim, CRISAFULLI, Vezio, “*La legge regionale...*”, cit., 266.

1643 Descentralização essa que se não confunde — porque bem mais abrangente — com a tradicional “descentralização administrativa”. V., a respeito, SALEMA, Margarida, “Autonomia regional”, in “Estudos de Direito regional”, cit., 55.

1644 V. MACHETE, Pedro, “Elementos...”, cit., 102 e SALEMA, Margarida, “Autonomia regional”, cit., 53 e ss. Cfr., por último, D’ORAZIO, Giustino, “*Contributo allo studio delle funzioni costituzionali delle regioni*”, in RTDP, 1972, 2, 661 E SS.

1645 V. art.º 227.º, n.º 1, alíneas a), b) e c) e 228.º da CRP.

1646 V. art.º 227.º, n.º 1, alíneas e) e f) da CRP.

1647 V. art.º 229.º, n.º 2 da CRP.

- poder estatutário, que significa, em particular, a susceptibilidade de dispor de faculdades de auto-organização (estatutos político-administrativos próprios¹⁶⁴⁸) e prerrogativas conexas, como a iniciativa estatutária¹⁶⁴⁹;
- poderes administrativos, nomeadamente os poderes regulamentar¹⁶⁵⁰, de tutela¹⁶⁵¹ e de superintendência¹⁶⁵²;
- poderes de participação, em especial na negociação de convenções internacionais¹⁶⁵³ e nos procedimentos de decisão da UE¹⁶⁵⁴.

O referido estatuto de autonomia – que como a própria CRP o reconhece, encontra os seus fundamentos nas características geográficas, económicas, sociais e culturais das Regiões a que se referem e nas “históricas aspirações autonomistas das populações insulares” e tem por objectivos a “participação democrática dos cidadãos, o desenvolvimento económico-social e a promoção e defesa dos interesses regionais, bem como o reforço da unidade nacional e dos laços de solidariedade entre todos os portugueses”¹⁶⁵⁵ – não significa, contudo (nem pode significar) um *estatuto de independência*, na medida em que lhe são reconhecidos limites e barreiras supraestabelecidos¹⁶⁵⁶. Nomeadamente, devem os poderes respectivos – que não podem afectar a integridade da soberania do Estado – exercer-se no quadro da Constituição, o que quer dizer que, tal como os actos do Estado central, devem conformar-se com o disposto nesta, sob pena de inconstitucionalidade (e, naturalmente, de sujeição ao controlo respectivo)¹⁶⁵⁷.

Ainda assim, *integridade da soberania do Estado e autonomia* constituem valores que, embora aparentemente pareçam em confronto, acabam por ser constitucionalmente ponderáveis – em particular mediante a eleição

¹⁶⁴⁸ Cfr. art.º s 6.º, n.º 2 e 226.º da CRP.

¹⁶⁴⁹ V. art.º s 226.º e 227.º, n.º 1, alínea e) da CRP.

¹⁶⁵⁰ V. art.º 227.º, n.º 1, alínea d) da CRP. Quanto às competências regulamentares, v. MACHETE, Pedro, “Elementos...”, cit., 101.

¹⁶⁵¹ V. art.º 227.º, n.º 1, alínea m) da CRP.

¹⁶⁵² V. art.º 227.º, n.º 1, alínea o) da CRP.

¹⁶⁵³ V. art.º 227.º, n.º 1, alínea t) da CRP.

¹⁶⁵⁴ V. art.º 227.º, n.º 1, alíneas v) e x) da CRP.

¹⁶⁵⁵ Cfr. art.º 225.º, n.º s 1 e 2 da CRP e MIRANDA, Jorge, “A autonomia legislativa regional e o interesse específico das Regiões autónomas”, in “Estudos de Direito regional” cit., 13.

¹⁶⁵⁶ V., a respeito, MACHETE, Pedro, “Elementos ...”, cit., 93.

¹⁶⁵⁷ Cfr. art.º s 3.º, n.º 3; 6.º, n.º 1 e 225.º, n.º 3 da CRP.

de ambos a limites materiais de revisão¹⁶⁵⁸ e a consagração expressa de um princípio de subsidiariedade (que, neste contexto, significa que deve preferir-se a atribuição de tarefas às instâncias de poder mais próximas dos destinatários¹⁶⁵⁹) — e justifica esta especial distinção constitucional (admissível, note-se) que beneficia as Regiões e que se afirma como uma verdadeira *garantia institucional*¹⁶⁶⁰.

6.2. Em particular, as competências legislativas das Regiões Autónomas

De entre o feixe de poderes constitucionalmente reconhecidos às Regiões autónomas ganham particular e compreensível destaque, neste momento da investigação, os poderes normativos e, em particular, os poderes legislativos. Nessa medida, será sobre tais poderes — que no seu conjunto materializam uma competência própria¹⁶⁶¹ — que debruçaremos a nossa atenção nos títulos seguintes, adiantando, desde já, alguns pontos de sustentação que reputamos de fundamentais:

- em primeiro lugar, todas as competências legislativas das regiões — que, como veremos, se desdobram em diversos sub-núcleos — são competências derivadas e específicas (no sentido de opostas a originárias e genéricas)¹⁶⁶². Quer isto dizer que, por um lado, elas são constitucionalmente ancoradas — quer ao nível da criação, quer ao nível da conformação do conteúdo — e estadualmente reconhecidas e, por outro lado, as matérias sobre as quais incidem têm sempre por referência o *interesse regional*;
- em segundo lugar, tais competências estão subordinadas ao respeito por uma *reserva de lei estadual*, que é definida a partir da competências reservadas da AR (e, em rigor, também do Governo, embora quanto a este órgão se esteja a falar apenas das matérias respeitantes à sua própria organização e funcionamento). Em tais casos, se for sentida a necessidade de legislação com âmbito de aplicação para

1658 Cfr. art.º 288.º, alíneas a) e o) da CRP.

1659 Assim, REBELO de SOUSA, Marcelo e ALEXANDRINO, José de Melo, “Constituição da república portuguesa comentada”, LEX, Lisboa, 2000, comentário ao art.º 6.º, 77.

1660 Cfr. art.º 6.º, n.º 1 da CRP.

1661 AFONSO QUEIRÓ refere-se aqui a uma competência administrativa para a emanação de regulamentos autónomos, “a que a Constituição atribui forma legislativa”. Assim, “Teoria dos regulamentos”, in RDES, ano XXVII, n.º s 1-4, 16.

1662 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 391.

as Regiões autónomas, estaremos perante uma lei da AR de aplicação regional e nunca, sob pena de inconstitucionalidade orgânica, uma lei regional;

- em terceiro lugar, e em certa medida, é possível vislumbrar uma *reserva de lei regional*, assente no especial regime de autonomia, e que se refere a matérias estatutariamente previstas. Nestes núcleos, como veremos, a autonomia legislativa não se pode destinar à mera reprodução do Direito estadual pois a sua tarefa não é proceder a uma recepção desse Direito, mas deve consubstanciar novos aspectos ditados pela especificidade regional¹⁶⁶³. Poder-se-á assim afirmar que a lei regional não promove mais que regimes especiais;
- finalmente, deve-se salientar que, ao contrário do que sucede com legislador da república, ao nível das regiões apenas o órgão parlamentar (Assembleia legislativa regional) dispõe de prerrogativas legiferantes¹⁶⁶⁴.

Posto isto, debruçemo-nos então sobre tais competências legislativas em especial, adoptando o enfoque jurídico-positivo, e referente ao ordenamento normativo português, que temos vindo a seguir.

6.2.1. Tipologia das competências legislativas regionais

O primeiro aspecto que importa analisar prende-se com as espécies de competências tituladas pelas Assembleias legislativas regionais. A este respeito, podemos distinguir competências legislativas genéricas e competências legislativas específicas. O critério distintivo será, de uma forma geral, o tipo de matérias que têm por objecto: indiferenciadas no primeiro caso; delimitadas no segundo. As competências legislativas regionais genéricas, por seu turno, podem-se desdobrar em três sub-espécies distintas: a competência legislativa primária, autorizada e complementar.

a) competências legislativas regionais genéricas

α) competência legislativa regional primária

Nos termos da alínea a) do art.º 227.º, n.º 1 da CRP é da competência das Regiões autónomas, por intermédio da Assembleia legislativa regional respectiva, “legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respectivo

¹⁶⁶³ Assim, REGO PINHEIRO, “Revogação e derrogação...”, cit., 83.

¹⁶⁶⁴ Cfr. art.º 232.º da CRP.

estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania”. A consideração analítica deste enunciado exige o desdobramento do seu preceituado em dois segmentos distintos, a que correspondem outras tantas questões merecedoras de consideração. Tais questões são, por um lado, a de saber quais são as matérias “enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo”, e, por outro lado, a de dilucidar o que sejam matérias que “não estejam reservadas aos órgãos de soberania”. Para melhor enquadramento sistemático destes problemas, e na tentativa de conseguir uma mais adequada clarificação, procederemos à sua apreciação pela ordem inversa da acabada de referir.

- (i) Matérias que “não estejam reservadas aos órgãos de soberania”. Este segmento do preceito em análise apela para aquele conjunto de matérias que o legislador constituinte expressa ou implicitamente reservou para a Assembleia da república ou para o Governo. Trata-se da consagração de uma verdadeira *reserva de interesse nacional* ou uma *reserva legislativa da república*¹⁶⁶⁵, no âmbito da qual é vedada a intervenção do órgão legislativo regional. Por conseguinte, nestes núcleos materiais, não assume qualquer relevância problemática a questão do âmbito territorial ou geográfico da norma legislativa em causa, na medida em que quer se esteja perante um padrão de conduta aplicável a todo o território nacional, quer se esteja perante um padrão de conduta apenas aplicável ou relevante localmente — *rectius*: regionalmente — a intervenção disciplinadora deve ser efectuada pelos órgãos da República: a Assembleia da república ou, quando for caso disso, o Governo (com ou sem autorização legislativa prévia, em razão do tipo de matérias). É importante assinalar que a expressão linguística “matérias reservadas aos órgãos de soberania”, para estes efeitos, não deve ser entendida em termos absolutamente literais, de modo a abranger apenas aquelas que os dispositivos normativos da CRP enumeram, nomeadamente nos art.ºs 164.º, 165.º e 198.º, n.º 2. Diferentemente, deve-se interpretar tal expressão de uma forma *alargada*, tendo em consideração que, não obstante a falta de previsão expressa nesse sentido, existem matérias que implicitamente exigem intervenção do legislador nacional, isto é matérias que reclamam um tratamento unitário, sob pena de afectar princípios constitucionais básicos¹⁶⁶⁶. Todavia, e não obstante

¹⁶⁶⁵ Assim, AMARAL, Maria Lúcia, “Questões regionais ...”, cit., 285.

¹⁶⁶⁶ Cfr. Ac. TC n.º 268/88, in DR, I, de 21 de Dezembro de 1989 e jurisprudência aí referida, que, apesar de referida a uma redacção anterior do art.º 227.º da CRP — onde se fazia referência a “matérias

o carácter reservado, as Regiões autónomas não são completamente apartadas do procedimento legislativo respeitante a estes segmentos materiais, desde logo porque continuam a dispor do direito de iniciativa legislativa que lhes é constitucionalmente reconhecido. Assim sendo, uma eventual inércia dos órgãos competentes que supostamente possa lesar os interesses das Regiões pode ser compensada ou suprida através da diligência das Assembleias regionais, mediante a apresentação de propostas¹⁶⁶⁷.

- (ii) Matérias “enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo”. Em segundo lugar, a competência legislativa regional primária exerce-se apenas na medida em que tenham por objecto e referência os núcleos materiais que os estatutos contemplem¹⁶⁶⁸. Aqui, no domínio da conformação do conteúdo dos poderes legislativos

da competência própria dos órgãos de soberania” –, ainda nos parece pertinente. V., ainda, OTERO, Paulo, “A competência legislativa das Regiões Autónomas”, cit., 28; MACHETE, Pedro, “Elementos...”, cit., 108 e ss. e VITORINO, António, “Os poderes legislativos ...”, cit., 153, 154; BLANCO de MORAIS, Carlos, “O modelo de repartição...”, cit., 215; AMARAL, Maria Lúcia, “Questões regionais...”, cit., 284. Cfr., em sentido diverso, AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 460.

1667 Cfr., a propósito, art.º s 167.º, n.º 1 *in fine* e 227.º, n.º 1, alínea f) da CRP. V., ainda, MIRANDA, Jorge, “A autonomia legislativa regional...”, cit., 16.

1668 No domínio da(s) anterior(es) redacção(ões) do preceito constitucional em análise – a alínea a) do art.º 227.º, n.º 1 da CRP, antes da LC n.º 1/ 2004 – a referência era feita às matérias de “interesse específico” para as Regiões autónomas. Nesse âmbito, até à revisão constitucional operada pela LC n.º 1/97, o legislador constituinte não procedeu ao trabalho de densificação desse conceito indeterminado, tendo tal trabalho sido assumido pela jurisprudência e pela doutrina, de uma forma bastante proficiente. No âmbito desse labor, fixaram-se as seguintes linhas de orientação estruturantes:

- o interesse específico apresenta um carácter maleável em face da evolução histórica e das conjunturas políticas, e tem sempre de ser apreciado em concreto, ao que corresponde a emissão de um juízo de valor necessariamente localizado;
- a última palavra acerca dos contornos do seu conteúdo está ao nível do legislador constituinte ou, na ausência deste, do Tribunal Constitucional;
- por outro lado, como refere PAULO OTERO (cfr. referência bibliográfica infra, página 24), tal interesse diz respeito a matérias que “apresentem uma especial conexão coma realidade regional, em termos de exigir (...) um tratamento diferencial face ao restante território”; ou, aproveitando as palavras de ANTÓNIO VITORINO (referência bibliográfica infra, página 152), matérias “cujo tratamento numa concreta região justifique um regime especial, em virtude de particular intensidade com que se manifestam os específicos condicionalismos dessa região (...)”;
- tal, todavia, não pode significar um afastamento em relação ao interesse nacional – substanciado nos domínios que “têm subjacente um conjunto de valorações de carácter nacional” respeitantes às necessidades de sobrevivência do Estado –, nem uma invasão da competência reservada aos órgãos de soberania da república ou uma violação da CRP (apelando-se, novamente, ao *valor intangível da integridade da soberania do Estado* ou à natureza unitária deste). Por este motivo, não faz sentido opor o interesse específico ao interesse nacional (geral) porque, na realidade, não há o primeiro quando falta o segundo.

Após a LC n.º 1 /97, foi aditado um preceito – o art.º 228.º – que dispunha precisamente (embora de uma forma aberta) quais as matérias que se deviam considerar de interesse específico. Eram elas, designadamente:

das Regiões autónomas, o legislador constituinte confere ao *legislador estatutário* (a Assembleia da república, mediante a aprovação de uma lei reforçada) um importante papel, na medida em que não consagra ele próprio o elenco de matérias sobre as quais aquelas se podem debruçar, antes preferindo devolver para um nível infraconstitucional (embora reforçado, insiste-se) a tarefa da sua elaboração¹⁶⁶⁹. Problema delicado é o de saber se o referido elenco assume um carácter de tipicidade aberta ou fechada, ou o mesmo é dizer se tal elenco é taxativo ou meramente exemplificativo. Neste particular, a melhor orientação parece-nos estar com BLANCO de MORAIS que, ao contrário do que entende por exemplo JORGE MIRANDA, sustenta a natureza fechada da enumeração material estatutária,

-
- a) a valorização dos recursos humanos e da qualidade de vida;
 - b) o património e a criação cultural;
 - c) a defesa do ambiente e o equilíbrio ecológico;
 - d) a protecção da natureza e dos recursos naturais, da sanidade pública, animal e vegetal;
 - e) o desenvolvimento agrícola e piscícola;
 - f) os recursos hídricos, minerais e termais e a energia de produção local;
 - g) a utilização dos solos, a habitação, o urbanismo e o ordenamento do território;
 - h) as vias de circulação, o trânsito e os transportes terrestres;
 - i) as infraestruturas e os transportes marítimos e aéreos entre as ilhas;
 - j) o desenvolvimento comercial e industrial;
 - l) o turismo, o folclore e o artesanato;
 - m) o desporto;
 - n) a organização da administração regional e dos serviços nela inseridos;
 - o) outras matérias que respeitem exclusivamente à respectiva região ou que nela assumam particular configuração

A finalizar, deve-se colocar em evidência que esta noção de interesse específico não era relevante apenas para efeitos de determinação do âmbito material da competência legislativa das Regiões autónomas, nos termos acabados de referir. Era igualmente importante para efeitos de delimitação do campo da iniciativa legislativa (cfr. art.º 167.º, n.º 1 da CRP) e exercício do direito de audição (*idem*, art.º 229.º, n.º 2). Actualmente, o conceito de interesse específico foi suprimido do articulado constitucional e passou a falar-se em “âmbito regional” [cfr. art.º 112.º, n.º 4; 227.º a) e c)]. Por conseguinte, não há actualmente necessidade de se indagar acerca da sua verificação, como *causa* de legislação regional, devendo antes observar-se um critério de abrangência espacial. Ainda assim, a correspondente *ideia* conserva bastante utilidade, na medida em que continua a prever-se um conjunto de matérias em que se desdobra a autonomia – aquelas que estejam no respectivo estatuto, em regime de lista aberta. Cfr., ao nível jurisprudencial, por exemplo, Acórdãos do TC n.º 42/85, in DR, I, 6 de Abril de 1985; 57/85, in DR, I, 11 de Abril de 1985; 130/85, in DR, I, 13 de Agosto de 1985; 164/86, in DR, I, 7 de Junho de 1986; 326/86, in DR, I, 18 de Dezembro de 1986; 333/86, in DR, I, 19 de Dezembro de 1986; 91/88, in DR, I, 12 de Maio de 1988; 308/89, in DR, II, 15 de Junho de 1989; 139/90, in DR, II, 7 de Setembro de 1990; 246/90, in DR, I, 3 de Agosto de 1990; 92/92, in DR, I, 7 de Abril de 1992; e 220/92, in DR, I, 28 de Julho de 1992. V. ainda, entre muitas outras referências, MIRANDA, Jorge, “A autonomia legislativa regional...”, cit., 13; MIRANDA, Jorge, “O interesse específico das Regiões autónomas”, *idem*, 39 e ss.; SALEMA, Margarida, “Autonomia regional”, cit., 55 e ss.; OTERO, Paulo, “A competência legislativa das Regiões Autónomas”, cit., 21 e ss.; MACHETE, Pedro, “Elementos...”, cit., 105 e ss.; VITORINO, António, “Os poderes legislativos ...”, cit., 152 e ss.; BLANCO de MORAIS, Carlos, “O modelo de repartição...”, cit., 219 e ss. e “As leis reforçadas...”, cit., 285 e ss.

1669 V. a propósito, VITORINO, António, “Os poderes legislativos ...”, cit., 150.

principalmente com base nos argumentos de que num campo com tal amplitude de melindre, seria imprudente deixar a resolução de casos de fronteira ao sabor do arbítrio do legislador regional ou ao “jogo de forças Estado/Região”¹⁶⁷⁰. Entendemos, portanto, que vale aqui um corolário de legislador completo, até porque, na esteira do mesmo autor, parece-nos que uma norma estatutária meramente exemplificativa dificilmente poderia ser concebida como uma norma com valor reforçado¹⁶⁷¹, e teria dificuldades em desempenhar o seu especial papel conformador e a sua função ordenadora se fosse admitido que as Assembleias legislativas regionais legislassem fora das matérias previstas nos estatutos e escolhessem elas próprias outras matérias¹⁶⁷².

β) competência legislativa regional autorizada

O segundo núcleo competencial das assembleias legislativas regionais que importa colocar em evidência para efeitos de apreciação diz respeito às situações em que a correspondente intervenção legiferante só pode ser efectuada mediante um acto prévio que autorize nesse sentido. A este respeito, já tivemos oportunidade de nos referirmos às competências legislativas autorizadas em geral, aquando da análise do regime normativo das leis de autorização legislativa e, nessa altura mencionamos a circunstância de que, face aos dados da CRP, não apenas o Governo mas também as assembleias regionais podem ser destinatários de uma autorização. Aí, como aqui, pode-se dizer que a competência do órgão autorizado se assume constitucionalmente como uma competência (i) indirecta e (ii) condicionada¹⁶⁷³.

- (i) Em primeiro lugar, trata-se do exercício de uma competência indirecta, na medida em que tem por objecto matérias de titularidade primária de outros órgãos, neste caso em particular da Assembleia da República. Com efeito, prescreve a CRP que é da competência da Assembleia legislativa regional “legislar em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta (...)”¹⁶⁷⁴. Todavia, no âmbito das matérias referidas, o constituinte

1670 V., a respeito, BLANCO de MORAIS, Carlos, “O modelo de repartição...”, cit., 217.

1671 Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, “O modelo de repartição...”, cit., 217.

1672 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “O modelo de repartição...”, cit., 216.

1673 Cfr., a respeito, BLANCO de MORAIS, Carlos, “O modelo de repartição...”, cit., 231.

1674 V. art.º 227.º, n.º 1, alínea b) da CRP. Torna-se importante assinalar a substancial diferença em relação à anterior redacção (vigente antes da entrada em vigor da LC 1/2004) desta alínea, nos

recorta uma série de núcleos materiais onde a intervenção regional está vedada¹⁶⁷⁵, o que leva a concluir que existe, no seio da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da república, dois níveis distintos de retenção: um que permite a intervenção regional autorizada e outro que o não permite.

- (ii) Em segundo lugar, estamos perante o exercício de uma competência condicionada, na medida em que a lei de autorização legislativa funciona como condição de validade do decreto legislativo regional autorizado. Aqui, nos mesmo termos do que acontece em relação às autorizações concedidas ao Governo, o parlamento não deve passar “cheques em branco” às assembleias regionais, sendo constitucionalmente exigida a imposição e definição de limites — nomeadamente, a indicação do objecto, do sentido, da extensão e da duração da autorização — cuja inobservância implica, consoante os casos, inconstitucionalidade ou ilegalidade¹⁶⁷⁶.

É importante assinalar que a relação fiduciária que aqui se corporiza, com a aprovação da autorização legislativa, não deveria ter os mesmos contornos que aquela que se estabelece entre o Parlamento e o Governo. A própria

termos da qual a intervenção legislativa autorizada apenas se poderia verificar em “matérias de interesse específico para as Regiões autónomas”, não reservadas à competência própria dos órgãos de soberania. Entre outras consequências, uma tal composição, linguística implicava que as leis de autorização legislativa que tinham como destinatário as Assembleias regionais distinguiram-se materialmente das que tinham como destinatário o Governo da república (as “verdadeiras” leis de autorização), na medida em que, ao contrário destas últimas, incidiam, não sobre matérias reservadas ao parlamento, mas sim sobre matérias concorrentes entre este e o Governo. Consequentemente, podiam levantar-se questões respeitantes ao perímetro competencial do Governo: quando fosse concedida em autorização legislativa regional — sobre matérias concorrentes, recorde-se —, ficaria este último privado de legislar em termos de abranger a Região autónoma em causa? Poderia um decreto lei (que fosse uma lei geral da república) revogar um decreto legislativo regional autorizado? Sobre estes e outros problemas conexos, cfr. VITORINO, António, “Os poderes legislativos ...”, cit., 158 e ss; e BLANCO de MORAIS, Carlos, “O modelo de repartição...”, cit., 234, nota (30).

1675 São esses núcleos, nos termos da alínea que temos vindo a referir, o estado e capacidade das pessoas; os direitos, liberdades e garantias; a definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal; o regime geral de punição das infracções disciplinares; as bases do sistema de segurança social e do serviço nacional de saúde; a criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas; a composição do Conselho Económico e Social; os sistemas monetário e padrão de pesos e medidas; a organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respectivos magistrados, bem como das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos; o estatuto das autarquias locais, incluindo o regime das finanças locais; as associações públicas, garantias dos administrados e responsabilidade civil da Administração; as bases do regime e âmbito da função pública; a definição e regime dos bens do domínio público; o regime dos meios de produção integrados no sector cooperativo e social de propriedade; e o regime e forma de criação das polícias municipais.

1676 Cfr. art.º 227.º, n.º 2 *in fine* da CRP.

natureza dos órgãos envolvidos assim o exigiria. Com efeito, não deve ser esquecido que, ao contrário daquele, a Assembleia legislativa regional é um órgão democraticamente eleito – mediante sufrágio directo e universal¹⁶⁷⁷ – o que justificaria um certo afrouxamento do vínculo estabelecido por meio da autorização. Contudo, tal parece não acontecer, e o princípio da autonomia democrática cede perante o princípio da unidade do Estado e da integridade da soberania, na medida em que “as propostas de lei de autorização devem ser acompanhadas do anteprojecto do decreto legislativo regional a autorizar”¹⁶⁷⁸ e, além disso, o decreto legislativo regional autorizado deve sempre invocar expressamente a respectiva lei de autorização (*princípio da precedência*)¹⁶⁷⁹. Por outro lado, “as autorizações (...) caducam com o termo da legislatura ou a dissolução, quer da Assembleia da República, quer da Assembleia Legislativa a que tiverem sido concedidas”¹⁶⁸⁰.

Além disso, também deve ser referido que o instituto da apreciação parlamentar aplica-se aqui com total propriedade¹⁶⁸¹, o que pode ter como consequência a cessação de vigência, por vontade da Assembleia da República, da legislação regional autorizada, sem que tal, todavia, signifique uma violação do valor reforçado do respectivo estatuto¹⁶⁸².

χ) competência legislativa regional complementar

Insere-se igualmente no círculo constitucional das competências legislativas próprias das Regiões autónomas “desenvolver para o âmbito regional os princípios ou as bases gerais dos regimes jurídicos contidos em lei que a eles se circunscrevam”¹⁶⁸³. Trata-se, também aqui, de uma competência legislativa derivada e exercida nos mesmos termos daquela que é exercida pelo Governo em situações análogas. Ora, como já tivemos oportunidade de nos referirmos a tal exercício competencial, para lá remetemos¹⁶⁸⁴, salientando apenas os seguintes aspectos:

1677 V. art.º 231.º, n.º 2 da CRP.

1678 Cfr. art.º 227.º, n.º 2 da CRP.

1679 *Idem*, n.º 4.

1680 *Ibidem*, n.º 3.

1681 Assim, art.ºs 162.º, alínea c) e 227.º, n.º 4 da CRP.

1682 Assim, VITORINO, António, “Os poderes legislativos ...”, cit., 160.

1683 V. art.º 227.º, n.º 1, alínea c) da CRP.

1684 Cfr. o que dissemos, *supra*, pp. 574 e ss.

- também os decretos legislativos regionais de desenvolvimento devem invocar expressamente a respectiva lei de bases¹⁶⁸⁵;
- apesar de a CRP não o dizer expressamente, deve-se entender que também os decretos legislativos regionais de desenvolvimento estão subordinados às leis de bases respectivas¹⁶⁸⁶;
- diferentemente do que acontece com os decretos legislativos regionais autorizados, aqui não se aplica o instituto da apreciação parlamentar para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, pois a remissão efectuada pela CRP não os abrange, de onde resulta um regime normativo mais blindado ou protegido¹⁶⁸⁷.

b) competências legislativas regionais específicas

Além das competências genéricas referidas anteriormente, as Assembleias legislativas regionais dispõem ainda de competências legislativas específicas, assim denominadas por terem por referência determinados núcleos materiais concretos. Tais núcleos materiais, tendo em atenção o seu carácter exíguo — designadamente, as matérias respeitantes ao exercício do poder tributário próprio; adaptação do sistema fiscal nacional às especificidades regionais; criação e extinção autarquias locais, bem como modificação da respectiva área; elevação de povoações à categoria de vilas ou cidades; aprovação do plano de desenvolvimento económico e social, do orçamento regional e das contas da região; e definição actos ilícitos de mera ordenação social e respectivas sanções¹⁶⁸⁸ — e a rigidez derivada da consagração da autonomia político-administrativa das Regiões autónomas em sede de indisponibilidade do legislador constituinte derivado, dão corpo ao que BLANCO de MORAIS designa de “competência legislativa mínima”¹⁶⁸⁹. Trata-se de uma garantia constitucional¹⁶⁹⁰ com referência a um segmento material que é susceptível de legiferação directa e permanente por parte das Regiões autónomas e que, em princípio, afasta a intervenção dos órgãos da República.

A este propósito, é importante referir que algumas das matérias que consubstanciam a competência legislativa específica — como a criação e extinção

1685 V. art.º 227.º, n.º 4 da CRP.

1686 Neste sentido, VITORINO, António, “Os poderes legislativos...”, cit., 161.

1687 Assim, art.º 227.º, n.º 4 da CRP.

1688 Cfr. as diversas alíneas do art.º 227.º, n.º 1, elencadas no art.º 232.º, n.º 1 da CRP.

1689 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “O modelo de repartição ...”, cit., 214 e especialmente 224 e ss.

1690 Neste sentido, MACHETE, Pedro, “Elementos...”, cit., 133.

de autarquias locais – inserem-se num plano de sobreposição em relação às previstas na competência legislativa reservada da Assembleia da República. Nestes casos, verifica-se uma clara intenção do legislador constituinte de subtrair a esta a disciplina exclusiva, atribuindo às Assembleias legislativas regionais um poder de acção que, na ausência da previsão da competência específica desta última, não existiria. Em outros casos, a sobreposição verifica-se apenas no plano do respectivo “regime geral”, como é o que acontece com a definição dos actos ilícitos de mera ordenação social e respectivas sanções¹⁶⁹¹.

Em todos os casos, pode-se afirmar que se procurou encontrar um equilíbrio entre os interesses nacional e regional, tentando-se evitar que os órgãos da República disciplinassem só para as Regiões autónomas matérias que apenas no âmbito geográfico destas têm incidência¹⁶⁹². Por isso, a relevância jurídica dos estatutos nestes domínios é imensa, pois será através da previsão estatutária que se poderá aferir da relevância localizada referida.

6.2.2. A actividade legislativa de concretização do Direito europeu comunitário

A disseminação normativa e política motivada pelos fenómenos de integração europeia trouxeram à reflexão uma série de problemas jurídicos que envolvem, nos seus diversos contornos, não apenas o Estado central, mas também as Regiões autónomas. Entre tais problemas – jurídicos, recorde-se –, podem-se destacar as dificuldades relacionadas com a atracção competencial revelada por parte da União em domínios tradicionalmente regionais; a eventual erosão das prerrogativas participativas das Regiões nos diferentes procedimentos de decisão; as *metodologias* de concretização legislativa, no espaço regional, das normas emanadas de núcleos europeus;

1691 Cfr. art.º 165.º, n.º 1, alínea d) da CRP. Neste particular domínio, duas interpretações são, em abstracto, possíveis:

- pode-se entender, por um lado, que a intenção do legislador constituinte foi excluir todos os núcleos materiais reservados à Assembleia da República à competência das Regiões autónomas, pelo que a previsão do art.º 227.º consubstanciaria uma norma excepcional;
- pode-se entender, por outro lado, que a intenção do legislador constituinte foi reservar à Assembleia da República apenas o regime geral, e não os regimes especiais, pelo que a previsão do art.º 227.º consubstanciaria uma norma geral.

Cfr., a propósito, MACHETE, Pedro, “Elementos...”, cit., 113, nota (65).

1692 Cfr. ALBUQUERQUE CALHEIROS, J.M., e MEDEIROS, Rui, “As Regiões autónomas e a aplicação das directivas comunitárias”, in “Estudos de Direito regional”, cit., 884.

a disciplina, nesse mesmo espaço, de execução administrativa das norma europeias, etc.¹⁶⁹³

Pois bem. Não se pode dizer que o legislador constituinte (derivado) tenha sido insensível a estas questões. Com efeito, face à actual configuração constitucional dos poderes regionais, inserem-se nas competências próprias das Regiões autónomas o direito de “participar no processo de construção europeia, mediante representação nas respectivas instituições regionais e nas delegações envolvidas em processos de decisão da União Europeia, quando estejam em causa matérias que lhes digam respeito, bem como transpor actos jurídicos da União”. Além disso, também é prerrogativa sua pronunciar-se por sua iniciativa ou sob consulta dos órgãos de soberania, sobre as questões da competência destes que lhes digam respeito, bem como, em matérias do seu interesse específico, na definição das posições do Estado Português no âmbito do processo de construção europeia¹⁶⁹⁴. De todo este arsenal de situações de vantagem constitucionalmente consagradas, merecem especial destaque nos propósitos da presente investigação aquelas que dizem especificamente respeito às prerrogativas de legislação, de modo que entendemos destacar dois núcleos problemáticos essenciais: (i) em que medida estão os órgãos regionais — nomeadamente os órgãos legislativos — incumbidos do dever de concretização (*lato sensu*) das normas de Direito Europeu comunitário e (ii) quais as consequências jurídicas do eventual desrespeito das obrigações de transposição decorrentes dos dever referido.

Procuremos considerar separadamente cada um destes núcleos.

- (i) Quanto ao problema da concretização do Direito de origem europeia — que envolve os sub-problemas da transposição e da densificação das respectivas normas — parece-nos de aceitar a solução de acordo com a qual a correspondente competência se afere pelos sub-critérios de repartição competencial presentes na ordem constitucional interna¹⁶⁹⁵. Sendo assim, a intervenção das Assembleias legislativas regionais é legítima neste domínio, desde que em referência a “matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo e que não

1693 Cfr., a propósito, ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 227 e ss; ALBUQUERQUE CALHEIROS, J.M., e MEDEIROS, Rui, “As Regiões autónomas e a aplicação das directivas comunitárias”, cit., 831.

1694 Art.º 227.º, n.º 1, alíneas x) e v) da CRP.

1695 Cfr. RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 204.

estejam reservadas aos órgãos de soberania”, solução que, de resto, encontra acolhimento expresso no próprio articulado¹⁶⁹⁶.

- (ii) No que concerne ao problema das consequências jurídicas decorrentes do eventual desrespeito das obrigações de transposição, as maiores dificuldades surgirão naqueles domínios reservados à autonomia legislativa regional (matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania). De facto, nas restantes matérias, não havendo especificidades regionais a ressaltar, a Assembleia da República ou Governo consoante os casos, investidos das suas competências legislativas, assumirão a tarefa transpositiva, ficando os problemas à partida resolvidos. Contudo, nos domínios autonómicos tal assunção revela-se problemática e pode conduzir a inconstitucionalidades orgânicas e à subversão do esquema organizatório-competencial previsto constitucionalmente. Ainda assim, entendemos, os órgãos legislativos da República podem ultrapassar a inércia regional, tendo em vista o cumprimento das “obrigações comunitárias”¹⁶⁹⁷. Basta para tal aceitar, em nome do princípio da integridade da soberania da República, que o Estado possa, a exemplo do que já sucede com a *Grundgesetz* ou com a *Constitución Española*¹⁶⁹⁸, dispor de um poder de injunção em relação às Regiões.

6.2.3. Autonomia legislativa regional e teoria dos conflitos normativos

O enquadramento da produção legislativa regional no âmbito da teoria do ordenamento normativo implica a prévia resolução do problema de saber

1696 Cfr., art.º 112.º, n.º 8 da CRP [nos termos do qual “a transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou (...) decreto legislativo regional”]. A solução contrária – i.é., a que defende que a transposição e densificação referidas constituem *reserva do Estado* – traz assumida a ideia de acordo com a qual estamos em domínios pertencentes às relações internacionais, além de considerar que é o Estado, e não a Região, o sujeito de Direito internacional, e, por consequência, o único responsável pelo cumprimento das obrigações perante a UE. Contudo, não pode deixar de se reconhecer que esta solução poderia implicar um progressivo esvaziamento das competências regionais, face às tendências expansivas da UE (“expropriação do conteúdo essencial da autonomia regional”). V., a propósito, ALBUQUERQUE CALHEIROS, J.M., e MEDEIROS, Rui, “As Regiões autónomas e a aplicação das directivas comunitárias”, cit., 871 e ss.

1697 Neste sentido, ALBUQUERQUE CALHEIROS, J.M., e MEDEIROS, Rui, “As Regiões autónomas e a aplicação das directivas comunitárias”, cit., 880.

1698 Cfr., respectivamente, os art.º 37 e 155.

qual o paradigma constitucionalmente acolhido em sede de teoria de resolução de conflitos normativos¹⁶⁹⁹.

A este propósito, é conveniente destacar a já referida ideia de dualidade de sub-sistemas e de unidade de cadeias de validade, em termos de se aceitar, por um lado, que o sistema normativo constitucional português se decompõe em dois sub-sistemas distintos — o estadual e o regional — e, por outro lado, que as respectivas normas encontram o seu código genético na mesma Norma fundamental, densificada na mesma Constituição. A única diferença reside na circunstância de que as normas oriundas do sub-sistema estadual vêem a sua validade aferida apenas por essa Constituição, enquanto que as normas oriundas do sub-sistema regional vêem a sua validade aferida por essa mesma Constituição e pelas normas em que esta delegar a cadeia de validade, em particular as Leis estatutárias.

Além disso, a colocação da produção normativa regional no escalão das normas com valor legal tem como consequência a assunção de dois corolários: em primeiro lugar, em relação às restantes normas legais, as normas legislativas regionais estão numa posição de paridade — não estando hierarquicamente subordinadas às normas legais do Estado¹⁷⁰⁰ — e, em segundo lugar, em relação às normas colocadas em outros escalões, estão supra ou infra situadas numa posição de escalonamento hierárquico.

6.2.3.1. *Actos legislativos regionais e relações de paridade*

O princípio da paridade entre actos legislativos tem plena aplicação aos decretos legislativos regionais¹⁷⁰¹. Com efeito, face à actual arquitectura constitucional, e com a supressão da categoria das *leis gerais da república*, a ideia de que a oposição territorial entre normas distintas não conduz necessariamente ao estabelecimento de uma hierarquia entre elas e o princípio de que leis, decretos-lei e decretos legislativos regionais têm igual valor, valendo entre eles uma regra de revogação recíproca, ganham novo amparo. Naturalmente que a paridade referida apenas se verifica quando se está em presença de actos organicamente válidos, o que significa que, em todos os casos, o princípio da competência prevalece, não se verificando igualdade valorativa nas situações em que um dos actos em confronto provenha de um órgão que não tenha competência para o emanar.

1699 V., a respeito, CRISAFULLI, Vezio, “*La legge regionale...*”, cit., 268 e ss.

1700 Neste sentido, GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, cit., 283.

1701 Cfr. art.º 112.º, n.º 2, primeira parte, da CRP.

Ora, tomando em consideração o desenho normativo-constitucional da autonomia legislativa regional, pode-se estabelecer o seguinte quadro de hipóteses de relações competenciais envolvendo os diversos núcleos materiais e os decretos legislativos correspondentes:

- 1) Em primeiro lugar, matérias reservadas à Assembleia da república ou ao Governo e não previstas no estatuto político-administrativo da Região autónoma — nestes casos, se o decreto legislativo regional for precedido de uma lei de autorização ou de uma lei de bases, a sua intervenção pode-se considerar legítima, embora sempre subordinada àquelas, em face do seu valor reforçado; caso contrário a intervenção legislativa regional será inconstitucional.
- 2) Em segundo lugar, a hipótese de existência de matérias reservadas à Assembleia da república ou ao Governo e previstas no estatuto político-administrativo da Região autónoma — nesta situação, a intervenção legislativa regional será inconstitucional por violação das reservas de competências legislativas. Aliás, o mesmo se passa com a própria lei que aprova os estatutos em causa.
- 3) Em terceiro lugar matérias não reservadas à Assembleia da república ou ao Governo e previstas no estatuto político-administrativo da Região autónoma — estamos aqui em presença do cerne da verdadeira autonomia legislativa regional¹⁷⁰². Nestes casos, verifica-se uma real paridade entre os actos legislativos válidos em confronto. Todavia, tal paridade não implica revogação da legislação anterior contrária, mas apenas uma preferência aplicativa do diploma legislativo regional, anterior ou posterior¹⁷⁰³. É este o sentido da cláusula adoptada pela CRP, nos termos da qual “na falta de legislação regional própria sobre matéria não reservada à competência dos órgãos de soberania, aplicam-se nas regiões autónomas as normas legais em vigor”¹⁷⁰⁴. Assim, nestes domínios, ou existe legislação regional válida e é esta sempre aplicada, porque preferente, seja anterior ou seja posterior à legislação nacional; ou não existe essa legislação

1702 Cfr. art.º 228.º, n.º 1 da CRP, nos termos do qual “a autonomia legislativa das regiões autónomas incide sobre as matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo que não estejam reservadas aos órgãos de soberania”. Cfr., todavia, CRISAFULLI, Vezio, “*La legge regionale...*”, cit., 280, de acordo com quem “(...) *anche nelle materie di competenza piena, la legge statale può validamente occupare lo spazio riservato alle Regioni, dettando norme di esecuzione di obblighi internazionali (...)*”.

1703 A possibilidade de revogação, aliás, quando exercida pelo Governo, poderia conduzir a uma governamentalização da competência legislativa da Assembleia regional. Em sentido diverso, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (359)...

1704 Cfr. art.º 228.º, n.º 2 da CRP.

regional e aplica-se a nacional, que assim intervém a título meramente subsidiário, justificando-se esta subsidiariedade em face do carácter tendencialmente lacunoso (= impossibilidade de resolver todos os problemas) do Direito regional¹⁷⁰⁵. Pode-se assim admitir que, actualmente, entre a lei regional e a lei *estadual* se verifica uma relação de preferência territorial.

- 4) Finalmente, em abstracto ainda é pensável uma situação de matérias não reservadas à Assembleia da república ou ao Governo e não previstas no estatuto político-administrativo da Região autónoma – nestas situações, parece-nos que a melhor solução será não admitir a intervenção legislativa regional, considerando-a inconstitucional, na medida em que não há aqui qualquer autonomia legislativa¹⁷⁰⁶.

6.2.3.2. *Actos legislativos regionais e relações de escalonamento*

Vimos atrás que a CRP não acolhe actualmente – ao contrário do que se poderia indiciar antes da LC n.º 1/2004, na medida em que se consagrava a fiscalização da ilegalidade de diploma regional por violação de *lei geral da república* – o princípio hierárquico da supremacia do Direito estadual sobre o local (ou o princípio inverso). Vale agora uma regra de paridade entre ambos, que tem como consequência a preferência aplicativa do Direito regional válido¹⁷⁰⁷. Contudo, tal não pode significar o alheamento dos diplomas regionais em relação aos estatutos de escalonamento que os precedem. Assim, embora a referência quase se demonstre despicienda, deve-se observar que estando os diplomas legislativos regionais integrados no escalão das normas com valor legal, estão situados em posição igualitária em relação às leis e aos decretos- lei, mas não o estão em relação aos actos integrados em outros escalões. Por conseguinte, estão, lógica e normativamente, subordinados quer à Constituição, quer às normas do escalão superior, quer às leis com valor reforçado quando for caso disso. Do mesmo modo, estão numa posição de supraordenação em relação as actos (regionais) de valor regulamentar, determinando a ilegalidade destes em caso de não observância dos seus preceitos.

1705 Cfr. REGO PINHEIRO, “Revogação e derrogação...”, cit., 73.

1706 Tal solução, pelo mesmo motivo, será de aplicar às situações em que a Assembleia da república aprova uma lei de bases nas matérias referidas.

1707 MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 403.

7. Expressões constitucionais de particulares prerrogativas normadoras com valor legislativo

A referência aos actos normativos com valor de lei não se esgota com o elenco dos actos legislativos constitucionalmente previstos. Além destes, é possível identificar outras manifestações de vontade de órgãos públicos que, em virtude do especial regime jurídico que lhes é reconhecido, podem sem esforço ser caracterizadas como leis em sentido amplíssimo. Nos passos seguintes da investigação, procuraremos fazer alusão a tais manifestações, tentando clarificar a sua natureza jurídica, recortar o regime respectivo e enquadrá-las no escalão normativo adequado. Nesse sentido, vamos debruçar a nossa atenção, sucessivamente, sobre as resoluções normativas e os resultados das consultas referendárias

7.1. Resoluções normativas

A resolução não é um acto normativo, mas uma forma constitucionalmente estabelecida para actos com conteúdo eminentemente político¹⁷⁰⁸. Num certo sentido, contudo, poder-se-á dizer que as resoluções podem incorporar actos normativos, na medida em que algumas delas podem incluir nas suas disposições determinados padrões de comportamento de natureza vinculativa¹⁷⁰⁹.

Sendo certo que, face à CRP, as mais relevantes e significativas resoluções são as emanadas pelas Assembleias representativas e pelo Conselho de ministros, não pode deixar de se concordar com a ideia de que são as resoluções da Assembleia da república — ou melhor, algumas delas — as que, com mais probabilidade, encerram componentes normativas. De entre estas últimas, e no momento presente, a nossa análise vai debruçar-se principalmente sobre as resoluções de apreciação parlamentar de actos legislativos, e as resoluções respeitantes às prerrogativas de auto-organização dos órgãos constitucionais.

1708 Cfr. art.º 166.º, n.º 5 da CRP. V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 858 e ss.

1709 Uma das mais relevantes consequências jurídicas da consideração normativa das resoluções, ou do seu conteúdo, reside na sua submissão a juízos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. Como refere a este propósito o TC (cfr., por exemplo, acórdão do TC n.º 42/85 in DR I, 6 de Abril de 1985:) “a entender-se de outro modo, ter-se-ia encontrado um fácil expediente – as resoluções – de subverter todo o sistema jurídico sem possibilidade de controle jurisdicional”.

a) Resoluções de apreciação parlamentar de actos legislativos

Sobre o instituto da apreciação parlamentar de actos legislativos, designadamente decretos-lei, já nos debruçamos em momento anterior da presente investigação¹⁷¹⁰. Salientamos nessa altura que se trata de um mecanismo parlamentar de controlo da actividade legislativa do Governo que tem na sua base, mais do que uma apreciação estritamente jurídica, uma apreciação do mérito (conveniência, oportunidade) da actuação deste¹⁷¹¹, e que pode ter por objectivo quer a alteração, quer a cessação de vigência do acto apreciado. Contudo, nada dissemos acerca do valor normativo do resultado final desse procedimento – a resolução da Assembleia da república – pelo que chegou agora o momento de incidirmos particularmente a nossa atenção sobre este aspecto.

Que tais resoluções têm carácter normativo parece não suscitar dúvidas. Com efeito, e no que particularmente tange às resoluções de cessação de vigência – uma vez que, na prática, as decisões de alteração são materializadas através de uma nova lei –, se outro efeito não houvesse, pelo menos o de expulsão da norma sindicada do ordenamento normativo indiciaria nesse sentido. Na verdade, e como refere o próprio enunciado formulado pelo legislador constituinte “se for aprovada a cessação da sua vigência, o diploma deixará de vigorar desde o dia em que a resolução for publicada no *Diário da República*”¹⁷¹². Mas não apenas esse efeito “revogatório” se pode apontar. Além de se poder questionar a existência de um eventual efeito repristinatório de normas eventualmente revogadas pelo diploma agora afastado, constata-se que também se prescreve um impedimento constitucional à normal produção normativa governamental, pois o diploma expulso (*rectius*: um outro diploma com o mesmo conteúdo) não poderá voltar a ser publicado no decurso da mesma sessão legislativa.

Como se pode constatar, não estamos em presença de um mero acto político, ou de consequências simplesmente políticas, mas de um acto com eminentes efeitos normativos, equivalentes, em certa medida, aos de um acto legislativo revogatório. Contudo, apenas em certa medida. Como refere BLANCO de MORAIS¹⁷¹³, “enquanto que a força geral de lei, na sua dimensão activa, liberta para o ordenamento jurídico-normativo efeitos plenamente

1710 Cfr. *supra*, pp. 575 e ss.

1711 Cfr. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 348.

1712 Cfr. art.º 169.º, n.º 4 da CRP.

1713 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 152.

constitutivos, traduzidos na livre criação, modificação e extinção de normas, às quais subjaz uma faculdade (...) de renovação positiva do ordenamento, a «força afim da lei», própria do sentido negativo dos actos políticos limita-se a obstar (...) à formação do Direito”.

b) Os estatutos organizatórios

Um dos domínios materiais no âmbito do qual se consegue identificar alguns actos aprovados por resolução que, ao menos numa primeira abordagem, revelam uma proximidade acentuada com a lei é o que se relaciona com os poderes titulados por alguns órgãos constitucionais no que respeita à sua própria organização e funcionamento¹⁷¹⁴.

Se bem que em relação ao ordenamento constitucional português o problema não se coloque com a complexidade com que é colocado em outros ordenamentos, como o italiano por exemplo, não deixa de ser importante enquadrar os poderes normadores no domínio da auto-organização e procurar esclarecer o respectivo estatuto jurídico. Com esse intuito, pode-se afirmar que neste particular, em termos simples, duas orientações normativas básicas se podem vislumbrar¹⁷¹⁵:

- (i) Em primeiro lugar, pode-se entender que o regime organizatório dos órgãos constitucionais — do Parlamento, ao Chefe de estado, do Tribunal constitucional ao Governo — deve ser heteronomamente determinado. Nestas situações, a respectiva disciplina jurídica dará corpo ou a um modelo assente na dignidade constitucional formal, resolvendo o poder constituinte todos os problemas suscitados, ou um modelo no qual tudo estará previsto ao nível da lei geral.
- (ii) Em segundo lugar, pode-se admitir que esse mesmo regime se apoia numa ideia de peculiar autonomia constitucional destes vértices do Estado- pessoa, autonomia essa que lhes conferiria o poder de auto-organização, podendo ainda aqui ser vislumbradas duas construções jurídicas distintas: numa primeira óptica, entende-se que, neste

1714 Cfr., a respeito do tema, LABRIOLA, Silvano, “*I regolamenti parlamentari tra teorie sulla sovranità e demoestica giurisdizione*”, in RTDP, 1986, 2, 433 e ss. V., ainda, GIANNINI, Massimo Severo, “*Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*”, in RTDP, 1951, 4, 864 e ss.; GAROFOLI, Roberto, “*Sulla sindacabilità...*”, cit., 706 e ss.; PRISCO, Salvatore, “*Sui regolamenti parlamentari come «atti aventi forza di legge»*”, in RTDP, 1980, 2, 406 e ss.; CRISAFULLI, Vezio, “*La legge regionale...*”, cit., 805; V., ainda, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “*Constituição da República Portuguesa anotada*”, cit., anotação ao art.º 178.º, 711.

1715 Cfr., a propósito, PALADIN, Livio, “*Sulla natura dei «regolamenti presidenziali», disciplinanti il segretariato generale della Presidenza della Repubblica*”, in RTDP, 1991, 4, 1072.

âmbito, existem determinados princípios constitucionais implícitos que sustentariam a disciplina da organização e funcionamento daqueles por actos específicos de norma primária, existindo uma reserva a favor destes órgãos constitucionais que não poderiam ver o seu domínio invadido pela lei (*reserva de regimento*); num outro enfoque, pode-se entender que não existem tais princípios implícitos, e que a respectiva disciplina jurídica se fará por “normais” regulamentos administrativos, valendo o princípio genérico da preferência da lei.

Em termos positivo-localizados, o ordenamento português parece inclinar-se para o segundo modelo, o da autonomia constitucional, aplicável aos vários órgãos políticos colegiais constitucionalmente previstos.

No que diz respeito particularmente ao Governo, a opção constitucional é claríssima, na medida em que prescreve o art.º 198.º, n.º 2 que “é da exclusiva competência legislativa do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento”¹⁷¹⁶. Deste modo, os problemas que se levantam relativamente à qualificação jurídica do acto organizatório governamental e à sua colocação no escalonamento dos actos normativos estão à partida resolvidos.

Já quanto a outros órgãos o mesmo se não passa (no que diz respeito à clareza de soluções)¹⁷¹⁷. Com efeito, quer a Assembleia da República, quer o Conselho de Estado, quer ainda as Assembleias legislativas regionais vêm o seu estatuto organizatório aprovado por meio de um regimento, sem que se resolva ao nível da letra da Constituição os problemas inerentes à correspondente natureza jurídica e enquadramento escalonado. Apesar das dúvidas, um ponto podemos dar por assente: que esses regimentos mais não são do que a expressão jurídica da autonomia organizatória das câmaras. Agora, a questão principal é esta: estaremos em presença de um verdadeiro acto normativo? Em caso afirmativo, de que tipo: lei, regulamento, *tertium genus*¹⁷¹⁸?

1716 Solução idêntica está prevista para os Governos regionais. Cfr. art.º 231.º, n.º 6 da CRP.

1717 Cfr. art.º s 144.º, n.º 1; 175.º, alínea a); e 232.º, n.º 3 da CRP.

1718 V. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 198.

Pela nossa parte, propendemos para o entendimento, com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁷¹⁹, de que estamos em presença de um acto normativo autónomo e *específico*, ao qual é dada cobertura separada pelo próprio articulado constituinte, ao estipular-se, no art.º 119.º, n.º 1, alínea f), que “são publicados no jornal oficial, *Diário da República* (...) os regimentos da Assembleia da República, do Conselho de Estado e das Assembleias Legislativas das Regiões autónomas”. Com efeito, em face dos conceitos operativos que adoptamos na fase inicial desta investigação, parece-nos que a natureza normativa não é de excluir, na medida em que, conforme dissemos, uma norma jurídica será, sob o ponto de vista material, um padrão orientador de comportamentos. Ora, se atentarmos no conteúdo destes regimentos, neles encontramos disposições atinentes, por exemplo, aos deveres dos deputados¹⁷²⁰, às competências do Presidente da Assembleia da República¹⁷²¹, aos modos de votação¹⁷²², ou à tramitação do procedimento legislativo¹⁷²³, o que conduz à conclusão de que existe carácter prescritivo¹⁷²⁴. Outro indício no sentido de estarmos em presença de verdadeiros actos normativos resulta da circunstância de ser pacificamente aceite que estes actos estão sujeitos a controlo da constitucionalidade¹⁷²⁵.

Contudo, a sua qualificação como normas não resolve todos os problemas. Assumindo que são normas, ainda assim, cabe indagar: que *tipo* de normas são? Estamos com ZAGREBELSKY, para quem têm valor de lei¹⁷²⁶ (GOMES CANOTILHO¹⁷²⁷ refere-se-lhes como sendo uma “lei estatutária”). Parece indubitável que não são uma mera fonte secundária, do tipo regulamentar, mas também será demais considerá-las supra legais, só porque em alguns dos seus núcleos substantivos se disciplinam a produção de leis. Estas normas, no nosso modo de ver as coisas, são, na realidade, uma mera densificação de alguns preceitos constitucionais e, nesta medida, consubstanciam normas

1719 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 178.º, 711.

1720 V. art.º 6.º do Regimento da AR.

1721 Cfr. art.º s 17.º e ss.

1722 V. art.º s 101.º e ss.

1723 V. art.º s 131.º e ss.

1724 Assim, LABRIOLA, Silvano, “*I regolamenti parlamentari...*”, cit., 466.

1725 Neste sentido, v. acórdão do TC n.º 63/91, in DR, II, 3 de Julho de 1991. V. também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 178.º, 711.

1726 V. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 199.

1727 V. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit. 855.

materialmente constitucionais. Estabelece-se assim entre os regimentos e os actos legislativos propriamente ditos uma mera relação funcional, em termos de, por um lado, o desrespeito pela lei das regras do regimento não tornar a lei ilegal e, por outro lado, o próprio regimento não ser sindicável perante o Tribunal Constitucional¹⁷²⁸.

7.2. O referendo

Outro eventual núcleo de produção normativa que deve ser considerado atípico é o referendo. Em termos absolutamente rigorosos, o que deve ser questionado não é se o referendo, em si, é uma fonte de Direito, mas antes se é possível extrair consequências normativas de *alguns dos resultados* da consulta referendária, isto porque, na realidade, nem todos os sentidos da auscultação popular estarão aptos a conduzir-se para a produção, modificação, suspensão ou extinção de efeitos jurídicos.

Com efeito, tal apenas acontece nas situações em que se verificam o que poderíamos designar por efeitos vinculativos positivos, o que pressupõe que, no acto referendário, tenha manifestado a sua vontade um número de eleitores superiores a metade dos inscritos no recenseamento¹⁷²⁹. Nestes casos, resultando da consulta uma resposta afirmativa à pergunta ou perguntas submetidas a referendo, a Assembleia da República ou o Governo aprovarão, em prazo não superior, respectivamente, a 90 ou a 60 dias, a convenção internacional ou o acto legislativo de sentido correspondente. Além disso, o Presidente da República não poderá recusar a ratificação de tratado internacional, nem a assinatura de acto que aprove um acordo internacional ou a promulgação de acto legislativo por discordância com o sentido apurado em referendo¹⁷³⁰.

1728 V. NACCI, Paolo Giocoli, "*Appunti sulle fonti normative...*", cit., 161.

1729 Cfr. art.º 115.º, n.º 11 da CRP e 240.º da lei nº 15-A/98 de 3 de Abril (Lei Orgânica do Regime do Referendo – LORef). Deste modo, cumpre referir que os efeitos não vinculativos, se nos é permitida a expressão — que não é particularmente feliz, pois a não vinculatividade pode exprimir, desde logo, ausência de efeitos —, verificam-se quando o número de votantes é inferior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento. Já os efeitos vinculativos negativos materializam-se em duas importantes consequências: em primeiro lugar, (i) Assembleia da República ou o Governo não podem aprovar convenção internacional ou acto legislativo correspondentes às perguntas objecto de resposta negativa com eficácia vinculativa, salvo nova eleição da Assembleia da República ou a realização de novo referendo com resposta afirmativa (Art.º 243.º da LORef) e, em segundo lugar, (ii) as propostas de referendo objecto de resposta negativa do eleitorado não podem ser renovadas na mesma sessão legislativa salvo, respectivamente, nova eleição da Assembleia da República ou, no caso de a iniciativa ter sido governamental, até à formação de novo Governo (art.º 244.º da LORef).

1730 Cfr. art.º s 241.º e 242.º da LORef.

Ora, assim sendo, pergunta-se: pode o referendo ser perspectivado como uma fonte de Direito? Podem as suas consequências jurídicas ser qualificadas de normativas, e de normas o seu resultado imediato? Deverão os aplicadores, nomeadamente os tribunais, orientar as suas decisões de acordo com tais resultados?

Pela nossa parte, entendemos que dificilmente a resposta poderá ser absolutamente afirmativa. Claro que se o legislador constituinte tivesse desenhado o recorte do instituto em termos de, ele próprio, consubstanciar, por exemplo, a aprovação de um acto normativo ou a sua expulsão do ordenamento, seria correcto falar em efeitos normativos¹⁷³¹. Contudo, tal não aconteceu. No ordenamento constitucional português, o referendo não está pensado para aprovar, modificar, suspender ou revogar normas jurídicas, mas tem um alcance diverso: como refere BENEDITA URBANO, trata-se de um acto que apenas introduz uma decisão política¹⁷³². No mesmo sentido, JORGE MIRANDA entende que o seu efeito imediato consiste na “adstrição do Parlamento ou do Governo (ou, a nível de região autónoma, da respectiva Assembleia Legislativa) a praticar (...) o acto da sua competência” correspondente á questão da consulta¹⁷³³. Tal basta para nos inclinarmos para a opinião segundo a qual os efeitos do referendo reduzem-se à limitação da vontade dos órgãos normadores, que, em sua consequência, não podem decidir como lhes convém¹⁷³⁴.

Contudo, e seguindo a retórica argumentativa — que nos parece convincente — da autora acima referida, não pode deixar de se evidenciar que, ainda que tratando-se de uma decisão política, ela deve “ser vertida num acto jurídico-normativo”¹⁷³⁵. Por este motivo, não será errado pensar-se que estamos em presença de uma fonte atípica, que dará origem — ou melhor, poderá dar origem — a um acto público com força afim da força

1731 Assim, por exemplo, o art.º 75 da Constituição italiana, que prevê um verdadeiro referendo abrogativo. Refere tal preceito:

“È indetto referendum popolare per deliberare l’abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali (...)”.

Cfr., a propósito, ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 187 e ss.

1732 Cfr. URBANO, Maria Benedita, “O referendo ...”, cit., 293.

1733 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 178-179.

1734 Assim, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 865.

1735 Cfr. URBANO, Maria Benedita, “O referendo ...”, cit., 293.

de lei¹⁷³⁶. A atipicidade referida manifesta-se, desde logo, ao nível da insusceptibilidade de pré-determinação da função jurisdicional, uma vez que não se pode afirmar que os tribunais se encontrem vinculados aos resultados respectivos.

Quando muito, revestirão um valor de elemento de integração de uma eventual lacuna normativa.

1736 Cfr. MIRANDA, Jorge, "Manual...", cit., tomo V, 178.

Subdivisão IV

As normas com valor infra-legal

O adequado enquadramento das normas com valor infra-legal numa teoria dos agregados normativos não pode ser efectuado sem uma conveniente reflexão crítica acerca do estatuto que a Administração pública desempenha nos actuais ordenamentos constitucionais. Sendo certo que nem todas as normas às quais deve ser reconhecido valor subordinado à lei procedem geneticamente da Administração – basta pensar, por exemplo, nas normas constantes das Convenções colectivas de trabalho ou em algumas normas oriundas de ordenamentos confessionais –, não deixa de ser patente que a grande maioria aí encontra o seu ancoramento. Por tal motivo, impõe-se começar a análise deste segmento normativo por um olhar sobre a que se convencionou designar por “função executiva do Estado”, para, após isso, focalizar a atenção nas manifestações normativas propriamente ditas.

1. Manifestações normativas da actuação administrativa

1.1. O redimensionamento da função administrativa – o Direito administrativo global (CASSESE) e a administração pós-moderna

A utilização da expressão “administração pós-moderna” tem, no contexto que aqui nos envolve, apenas um propósito determinado: o de tentar demonstrar que os quadros clássicos saídos da modernidade jurídica e que serviram de substrato às concepções oitocentista e novecentista de Administração e da correspondente forma jurídica de actuar já não se mostram satisfatórios¹⁷³⁷. Na realidade, além de parecer claro que os seus espaços de actuação se revelam manifestamente alargados e diversificados, também é certo que já não se pode hoje conceber nem que a Administração constitui apenas uma parte do aparato organizatório do Estado, nem que é uma mera executora da lei.

Quanto ao primeiro aspecto, torna-se evidente que nos ordenamentos actuais existem “várias administrações”¹⁷³⁸, desde a administração enquanto aparelho funcional dependente do Governo, até à administração como prestadora de serviços à comunidade, passando pela referência à administração como órgão independente. A constatação da existência deste diferentes

1737 Cfr., a propósito de tais concepções, FORSTHOFF, Ernst, “*Der Staat der Industrie-Gesellschaft*”, cit., 105 e ss., LABAND, Paul, “*Deutsches Reichstaatsrecht*”, cit., 147 e ss., HERZOG, Roman, “*Allgemeine Staatslehre*”, cit., 330 e ss.

1738 Assim, D’AURIA, Gaetano, “*La «funzione legislativa» dell’amministrazione*”, cit., 701.

estatutos que a entidade administrativa pode revestir — estatutos que a CRP não deixou de reconhecer¹⁷³⁹ — não poderia deixar de se reflectir na configuração dos inerentes poderes normativos e de criação jurídica. E neste ponto trazemos ao discurso o segundo aspecto acima referido. É que, numa visão actualista, a administração já não mais pode ser encarada como a mera executora ou tarefa da lei, antes lhe devendo ser reconhecidas importantes prerrogativas ao nível da criação de normas e da contribuição para a construção do ordenamento, neste introduzindo material jurídico quantitativamente significativo e qualitativamente diverso.

Mas outras facetas suas cumpre trazer à apreciação. Particularmente, importa colocar em destaque a importância dos sistemas regulatórios globais e do surgimento de um Direito administrativo global¹⁷⁴⁰ que apenas “*per un difetto di ottica*”¹⁷⁴¹ não são reconhecidos. É fundamental compreender que em domínios como o ambiente, as pescas, os recursos marinhos, as finanças, as telecomunicações, ou a alimentação, mais do que convergências legislativas, é necessário uma regulação administrativa supra-estadual¹⁷⁴², seja sob a forma de mecanismos horizontais — nomeadamente, através da cooperação informal entre os órgãos nacionais de regulação, coordenando as suas decisões — seja sob a forma de mecanismos verticais — utilizando os instrumentos de Direito internacional, particularmente mediante a celebração de tratados internacionais ou a constituição de organizações internacionais de fim específico, dos quais o *protocolo de Kyoto* ou a organização mundial de comércio são exemplos. Surgem assim, por esta via, sistemas regulatórios globais cujas funções essenciais passam pela coordenação de actuações políticas e administrativas, pela promoção da cooperação, ou ainda pela harmonização e *standardização* normativas¹⁷⁴³. É certo que, sob o ponto de vista organizatório, não se pode deixar de constatar que não há um único modelo, sendo correcta a menção a uma verdadeira *ad-hoc- crazia*¹⁷⁴⁴, mas, ainda assim, verifica-se que todos estes componentes contribuem para o surgimento de uma nova rede normativa caracterizada, não apenas pela progressividade, mas igualmente pela espontaneidade, e

1739 Cfr., por exemplo, art.º s. 182.º (administração-aparato dependente do Governo), 267.º, n.º 1 (administração prestadora de serviços) ou 267.º, n.º 3 (administração independente).

1740 V. CASSESE, Sabino, “*Il Diritto amministrativo globale: una introduzione*”, in RTDP, 2005, 2, 331 e ss. A respeito do tema, v. a exaustiva lista bibliográfica aí apresentada (pag. 355).

1741 Cfr. CASSESE, Sabino, “*Il Diritto amministrativo globale...*”, cit., 338.

1742 V. STEWART, Richard, “*Il Diritto amministrativo nel XXI secolo*” (tradução), in RTDP, 2004, I, 23 e ss.

1743 V. CASSESE, Sabino, “*Il Diritto amministrativo globale...*”, cit., 341.

1744 V. CASSESE, Sabino, “*Il Diritto amministrativo globale...*”, cit., 343.

pela estrutura não hierarquizada e descentrada, com uma forte densidade reguladora¹⁷⁴⁵. Neste contexto, a referência a um Direito administrativo global (CASSESE)¹⁷⁴⁶ que muitas vezes tem os privados como destinatários — e aqui reside uma diferença em relação ao Direito internacional clássico¹⁷⁴⁷ — não se afigura casual.

A actuação administrativa deixa assim de se caracterizar pela referência exclusiva à estadualidade, passando antes a evidenciar uma cada vez mais actuante necessidade de intersecção entre a norma ou regulação estadual e a norma ou regulação global. Em termos práticos, o sistema decisório passa a ser um sistema compósito, no âmbito do qual o processo de decisão começa em sede global — com numa *instrução* ou *decisão* — e termina em sede nacional, com uma decisão particular ou execução da decisão global¹⁷⁴⁸, em termos de às funções administrativas globais se adicionarem as funções administrativas estaduais ou domésticas. O que não pode mais deixar de se ignorar é a tendência para a superação do paradigma estritamente estadual, apesar de se reconhecer que, em regra, os sistemas regulatórios globais necessitam do aparato coercivo do Estado, uma vez que, muitas vezes, as suas normas são caracterizadas por serem mero *soft law*.

Como teremos ocasião de especificar, estas considerações, no que ao ordenamento normativo português diz respeito, convergem com as questões relacionadas com a aplicação do Direito europeu comunitário e com a necessidade da actuação normativa administrativa para dar densidade a este segmento, podendo nomeadamente falar-se em Administração comunitária e em Direito administrativo europeu¹⁷⁴⁹.

Como se compreende — e teremos ocasião de o referir adiante —, todos estes tópicos problemáticos poderão ser aptos a desencadear alterações na forma de encarar a produção normativa administrativa, particularmente no modo de fundamentação imediata da mesma, admitindo-se uma diferente configuração da tradicional precedência da lei.

1745 V. CASSESE, Sabino, *úl. ob. cit.*, cit., 340.

1746 V. CASSESE, Sabino, *idem*, 331 e ss.

1747 Cfr. todavia, em sentido diverso, BATTINI, Stefano, "*Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un Diritto amministrativo globale?*", in RTDP, 2005, 2, 378.

1748 V. CASSESE, Sabino, "*Il Diritto amministrativo globale...*", cit., 345.

1749 Trata-se de um tema muito interessante, mas que escapa aos propósitos nucleares da presente investigação. V., para uma aproximação, os vários artigos publicados em RTDP, 1993, 1.

1.2. O poder regulamentar

Como já tivemos oportunidade de fazer referência, impõe-se admitir que a administração actual é também uma administração normadora e criadora de preceitos jurídicos. Neste contexto, compreender a importância da actuação administrativa na tarefa de arquitectura de um ordenamento normativo e captar o significado das correspondentes formas de actuar implica que deva ser efectuado um estudo sistemático de uma das suas mais visíveis manifestações: o poder regulamentar. Este último deve ser cabalmente compreendido não apenas do ponto de vista objectivo-conformador – questionando quais os pressupostos substantivos debaixo dos quais os regulamentos podem ser emanados – mas igualmente do ponto de vista subjectivo – indagando *quem* pode emanar regulamentos.

A estes pontos fulcrais iremos dedicar os passos seguintes. Antes porém, importa chamar a atenção, uma vez mais, para as dificuldades linguísticas que o uso corrente e generalizado dos termos pode acarretar, procurando averiguar o que se pode ou deve entender por “poder regulamentar” e “regulamento” para fins da presente investigação.

1.2.1. O adequado enfoque normativista: norma administrativa e regulamento

Adaptando ao presente contexto o já muitas vezes usado enfoque *Wittgensteineano*, pode-se concluir que também o termo regulamento não assume, nem na linguagem corrente, nem na linguagem jurídico-normativa, um significado unitário¹⁷⁵⁰. Na verdade, podendo-se dizer que tradicionalmente um regulamento é um acto da Administração pública, consegue-se constatar que existem actos indubitavelmente normativos que, apesar de utilizar formalmente tal roupagem, não provêm de órgãos administrativos. O *regulamento comunitário* apresenta-se aqui como o exemplo mais significativo. Mas não só. Frequentemente, utiliza-se a denominação regulamentar para enformar actos que dão expressão à autonomia organizatória de determinado órgãos, como é o caso dos regulamento de determinados tribunais superiores ou de outros órgãos de soberania. Por outro lado, existem actos que não são regulamentos nominados, mas que não deixam de materialmente assumir a respectiva natureza – pense-se, por exemplo, em determinadas resoluções do Conselho de Ministros.

¹⁷⁵⁰ Cfr., a propósito, GAROFOLI, Roberto, “*Sulla sindacabilità...*”, cit., 695.

Contudo, e apesar destes *desvios*, deve-se dar primazia à clareza de significados e à busca de um conceito operativo que se afigure adequado aos dados fornecidos pelo ordenamento constitucional português. Neste sentido, de uma forma simplista e sob o ponto de vista do resultado, o regulamento pode ser definido como a norma emanada pelo poder administrativo e no exercício da função administrativa¹⁷⁵¹. Trata-se, com efeito, e a par da aplicação concreta das leis, de uma das mais visíveis expressões desta função estadual e que surge como o reflexo da exigência de contornar a complexidade e rigidez do procedimento legislativo ordinário e das necessidades do Estado prestacional actual. Trata-se, no fundo, de reconhecer uma transferência, constitucionalmente consagrada e autorizada, do poder normador dos parlamentos para os órgãos executivos.

Contudo, estas afirmações são vagas e genéricas, pelo que se impõe a sua elucidação e o seu desenvolvimento, nomeadamente tendo em vista a integração das normas respectivas no quadro do escalonamento ordenamental que procuramos.

É o que tentaremos fazer de seguida.

Como dissemos, os regulamentos são normas emanadas no exercício da função administrativa. Este aspecto permite, desde logo, apartá-los de outras figuras normativas também emanadas por entidades primariamente administrativas, mas no exercício de funções legislativas, ganhando particularmente relevo neste contexto a distinção em relação aos decretos-lei¹⁷⁵². Como já vimos em momento anterior da investigação, estes são verdadeiros actos legislativos – leis em sentido material – que prosseguem uma função jurídica inovatória que, em princípio, não é reconhecida aos regulamentos. Para além disso, a distinção apontada permite individualizar um eixo hierárquico-normativo fundamental entre dois actos governamentais, eixo esse construído a partir do reconhecimento da subordinação dos regulamentos – que muitas vezes (v.g., quando se trate de regulamentos independentes ou quando tal seja estabelecido por lei prévia) assumem a forma de decreto regulamentar¹⁷⁵³ – aos decretos-lei e da consequente ilegalidade dos primeiros, quando emanados em desconformidade com os últimos.

1751 Assim, QUEIRÓ, Afonso, "Teoria dos regulamentos", cit., 1.

1752 Cfr. art.º s 199.º, alínea c) e 201.º da CRP.

1753 Cfr. art.º 112.º, n.º 6 da CRP.

Neste momento inicial da análise da norma regulamentar, importa focalizar a atenção em duas notas distintivas que, quando olhadas em pormenor, podem acarretar algumas dificuldades: (i) a generalidade e abstracção, por um lado, e (ii) o carácter externo da produção de efeitos por outro.

- (i) Particularmente utilizado para individualizar e caracterizar a norma regulamentar no âmbito das manifestações de vontade dos órgãos administrativos é o critério da generalidade e abstracção, especialmente chamado para distingui-los em relação aos actos administrativos. Não nos parece que seja a melhor forma de o fazer nem que este se apresente como um critério absolutamente fiável¹⁷⁵⁴. Sendo certo que os regulamentos, enquanto normas jurídicas, são marcados com o distintivo “geral e abstracto”, não deixa de ser menos certo que, por um lado, existem regulamentos que só o são formalmente — na medida em que disciplinam casos concretos — e, por outro lado, existem verdadeiros actos administrativos gerais. Basta pensar nos denominados “actos colectivos” (v.g., fixação do horário de trabalho para determinados funcionários; convocatórias de determinados alunos para exames; sinais especiais de trânsito, etc.) que, tendo eficácia preceptiva — elemento indispensável para a individualização de uma norma jurídica —, esgotam-se numa única aplicação e não se podem afirmar, ao contrário dos regulamentos, como um núcleo inexaurível de produção normativa. Assim, bem vistas as coisas, estes actos, aplicando o Direito mas não o criando, não se integram no ordenamento normativo, ao passo que os regulamentos têm uma pretensão imanente de duração, constituindo actos de execução permanente¹⁷⁵⁵.

De todo o modo a distinção regulamento/acto administrativo assume uma importância crucial, na medida em que, em primeiro lugar, só pode emanar regulamentos a autoridade administrativa que estiver constitucional ou legalmente habilitada para tal, enquanto actos administrativos podem ser emanados por qualquer ente administrativo; em segundo lugar, uma das mais salientes dimensões do princípio do Estado de Direito — na sua vertente de segurança jurídica e protecção da confiança — tem um particular campo de aplicação no âmbito dos actos administrativos, não assumindo uma configuração

1754 V., a propósito, GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, cit., 184.

1755 Neste sentido, QUEIRÓ, Afonso, “Teoria dos regulamentos”, cit. 3; GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, cit., 185 e ss.

tão forte no que toca aos regulamentos – o princípio da irrevogabilidade dos actos administrativos constitutivos de direitos¹⁷⁵⁶.

- (ii) Também o carácter externo da produção normativa regulamentar pode-se apresentar como um identificador falível, pois existem verdadeiras normas regulamentares com eficácia meramente interna, normas que apenas dentro da administração, ou de um círculo recortado desta, produzem os seus feitos. Estamos-nos a referir, como se intui, aos regulamentos internos, emanados para dar cobertura a situações de relações especiais de poder (*besondere Gewalteverhältnisse*) ou para corporizar instruções de serviço¹⁷⁵⁷. No que a estas últimas particularmente diz respeito, não pode deixar de se reconhecer – apesar das observações acertadas de que, em rigor, não constituem manifestação do exercício do poder regulamentar mas sim do poder hierárquico (expressão das *“esigenze di buona amministrazione, e di opportunità, alle quali la pubblica amministrazione dovrebbe ispirarsi nella sua attività”*¹⁷⁵⁸) e que, em certa medida, não constituem Direito objectivo para os cidadãos¹⁷⁵⁹ – que são verdadeiras normas jurídicas¹⁷⁶⁰ e que como tal devem ser encaradas para efeitos de construção ordenamental escalonada¹⁷⁶¹.

1756 Cfr. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 265.

1757 Cfr., a propósito, a anotação de HARTMUT MAURER ao acórdão do BVerwG de 25 de Novembro de 2004 in JZ, 2005, 18, 892 e ss (*“Verwaltungsvorschriften mit unmittelbarer Außenwirkung”*); FORSTHOFF, Ernst, *“Lehrbuch des Verwaltungsrechts”*, I, C. H. Beck, München, 1966; CATELANI, Alessandro, *“Aspetti e attualità delle circolari normative della pubblica amministrazione”*, in RTDP, 1993, 4, 999 e ss. Para uma excelente “teoria geral”, v. RUGGERI, Antonio, *“Circolare amministrative...”*, cit., 1758 e ss. e para uma lista de referências bibliográficas clássicas, v. *idem*, 1764, nota (16).

1758 Assim, CATELANI, Alessandro, *“Aspetti e attualità delle circolari normative ...”*, cit., 1003; CUESTA, Rafael, *“Curso de Derecho administrativo”*, I, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, 150.

1759 Neste sentido, GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., *“Curso de Derecho administrativo”*, cit., 190. Cfr. todavia, CATELANI, Alessandro, *“Aspetti e attualità delle circolari normative...”*, cit., 1001 e 1015 e ss.

1760 Neste sentido, ALFONSO, L. P. (org), JIMÉNEZ-BLANCO, ORTEGA ÁLVAREZ, *“Manual...”*, cit., 193.

1761 Trata-se, de toda a forma, de normas que têm um âmbito de aplicação circunscrito a um “ordenamento menor” ou a um ordenamento semi-autónomo, recortado dentro da administração pública. O inferior hierárquico dificilmente aplica instruções se tal não lhe é imposto pelo superior hierárquico, no exercício do seu poder de supremacia e no contexto da organização a que pertencem. Por este motivo, pode-se afirmar que, em rigor, a este tipo de normas, ao contrário do que sucede com as normas administrativas que produzem efeitos externos, não corresponde uma explícita previsão legal que lhes serve de fundamento (*“mananza di una esplicita e diretta disciplina legislativa”*). Contudo – e diríamos, naturalmente –, a ausência desta precedência expressa de lei não coloca as normas internas da administração num espaço de não-Direito ou de poderes arbitrários; como qualquer outra norma administrativa, estão juridicamente vinculadas a todo o Direito objectivo que integra o ordenamento normativo. V. CATELANI, Alessandro, *“Aspetti e attualità delle circolari normative ...”*, cit., 1005.

Seguramente que nem todas as referidas instruções (formalizadas através de *circulares*¹⁷⁶²) poderão ser como tal qualificadas, não o podendo ser, nomeadamente, as instruções informativas – aquelas mediante as quais o órgão superior transmite aos inferiores dados de facto relevantes para o exercício da sua actividade (opiniões, tomadas de posição, recomendações não vinculativas, “declarações de ciência”¹⁷⁶³) – ou as instruções directivas – que são as que impõem aos órgãos inferiores objectivos concretos ou *standards* de eficácia. Mas já quanto às instruções com evidente natureza perceptiva – as ordens de serviço (que indicam linhas concretas de actuação num momento determinado) e as circulares normativas (que impõem opções interpretativas de preceitos legais ou regulamentares ou desenvolvem algum aspecto destes) – a sua natureza normativo-jurídica parece inegável¹⁷⁶⁴, na medida em que se aceite que possuem a virtualidade de se constituírem como parâmetro aferidor da validade de actos administrativos produzidos após a sua emanção, vinculando unilateralmente o órgão administrativo que as ditou¹⁷⁶⁵.

À parte estas considerações, importa destacar que o regulamento, ao contrário do que em princípio se passa com os actos legislativos, é uma norma secundária, inferior, complementar e sempre carente de justificação¹⁷⁶⁶.

1.2.2. A conformação material dos poderes de normaçoão regulamentar

1.2.2.1. Os reflexos da desestadualização

O *poder regulamentar*, consistindo na prerrogativa geral e originária (no sentido de não delegada) que possuem os órgãos da administração de emanar regulamentos, afirma-se – a par do poder dos Tribunais superiores de editar decisões *erga omnes* – como a mais significativa expressão da participação de órgãos não legislativos na construção do ordenamento normativo. Através de tal poder, a Administração cria determinadas normas jurídicas,

1762 Acerca da forma – ou melhor, da *atipicidade de formas* – das normas administrativas internas, cfr. CATELANI, Alessandro, “*Aspetti e attualità delle circolari normative ...*”, cit., 1008 e ss; RUGGERI, Antonio, “*Circolare amministrative...*”, cit., 1765 e ss.

1763 V. RUGGERI, Antonio, “*Circolare amministrative...*”, cit., 1769.

1764 A tipologia referida no texto foi adoptada por SANTAMARÍA PASTOR, J., in “*Principios de Derecho administrativo general*”, I, Iustel, Madrid, 2004, 336 e ss.

1765 Acerca da produção de efeitos por circulares, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. “*Principios...*”, cit., 337 e ss.; CATELANI, Alessandro, “*Aspetti e attualità delle circolari normative ...*”, cit., 1001 e ss.

1766 Assim, GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, cit., 178.

derroga ou afasta outras, fundamenta actos administrativos futuros, etc., aparecendo simultaneamente como criador e como destinatário do Direito, ou, o mesmo é dizer, como sujeito aplicador e como sujeito normador. Por tal motivo, compreende-se que o recorte jurídico de tal poder seja rodeado de especiais cautelas, quer quanto à formulação do elenco de sujeitos que o podem titular, quer quanto ao modo como o podem exercer, e não possa deixar de ser configurado como um poder constitucionalmente fundado¹⁷⁶⁷. Tal ancoramento constitucional permite identificar uma série de coordenadas essenciais que presidem à emanação de qualquer norma regulamentar, constituindo uma moldura exigente e bastante apertada que, quando ultrapassada, acarreta a invalidade do acto respectivo.

No que particularmente concerne à dimensão subjectiva da capacidade de emanar regulamentos, a CRP dá cobertura a um sistema dual, no âmbito do qual se podem distinguir sujeitos com titularidade regulamentar originária e sujeitos com titularidade regulamentar derivada¹⁷⁶⁸. Os primeiros são aqueles que vêem tal poder directamente atribuído pela Constituição (Governo¹⁷⁶⁹, Regiões autónomas¹⁷⁷⁰, Autarquias locais¹⁷⁷¹), enquanto os segundos são aqueles que vêem esse poder atribuído pela lei, embora, recorde-se, sempre com fundamento constitucional (diversos órgãos integrantes da Administração pública em geral, entidades administrativas independentes ou mesmo entidades privadas que prossigam fins de natureza colectiva e exerçam funções públicas). Esta bipartição implica a consideração de que, ao contrário do que se passa com a tipologia dos actos legislativos, os regulamentos estão sujeitos a um princípio de tipicidade aberta, no sentido em que haverá tantos órgãos com poderes de editar regulamentos quantos os que o legislador, dentro da moldura constitucional estabelecida, prever.

Em todos os casos em que o legislador constituinte atribui prerrogativas de normaçaõ regulamentar, é incontestável que o regulamento está subordinado à lei (= acto legislativo), num triplo sentido:

- em primeiro lugar, o regulamento não pode intervir em termos de disciplina normativa inovatória em matérias de reserva absoluta de lei, pois em tais campos a esta é reservada não apenas a fonte

1767 Assim, GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, cit., 182.

1768 Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J., “*Principios...*”, cit., 349 e ss.

1769 Cfr. art.º 199.º, alínea c) da CRP.

1770 Cfr. art.º 227.º, n.º 1, alínea d) da CRP.

1771 Cfr. art.º 241.º da CRP.

de produção como a determinação dos parâmetros de aplicação ao caso em concreto (reserva de lei, v.g. em certas matérias fiscais e penais);

- em segundo lugar, não pode criar uma disciplina normativa contrária à existente em lei prévia, assim como cede perante uma disciplina legal antinómica posterior (plano vertical: prevalência da lei)¹⁷⁷²;
- em terceiro lugar, apenas pode nascer debaixo de um prévio assentimento legal, necessitando de invocar a lei que visa regulamentar (plano horizontal: precedência da lei).

Neste termos, parece que se pode afirmar que não existe Administração (regulamentar) sem lei, de modo que, em rigor, não será de admitir a existência de *regulamentos independentes*, no sentido de desprovidos de cobertura legal¹⁷⁷³. Contudo, a referência a estes últimos pode ser enquadrada numa moldura discursiva diversa, apelativa do diferente tipo de relações que se podem estabelecer entre a lei e o regulamento que a secunda, moldura essa que teremos ocasião de apreciar dentro de breves momentos¹⁷⁷⁴.

O quadro apontado da visão tradicional do relacionamento dependente lei/regulamento pode ser posto em causa por via da problematização suscitada por algumas “manifestações pós-modernas”, que, numa certa perspectiva, vão convergir numa questão mais vasta que é a da desestadualização. A propósito deste último fenómeno já nos debruçamos em momentos anteriores do trabalho, embora sem nos termos referido particularmente aos reflexos que pode trazer à configuração da actividade administrativa. Efectivamente, nessa altura centramos o discurso na disseminação das prerrogativas legais, ou policentrismo legislativo, pelo que aqui importa focar um outro ângulo de análise: as manifestações da supra- e da infra-estadualização no âmbito administrativo. Já não se trata de saber se a lei pode ser emanada por outros órgãos além dos tradicionalmente legislativos, mas de averiguar se a reserva e a precedência da lei estão em crise, cuidando de investigar particularmente se determinada matéria ou determinado núcleo substantivo pode ser abandonado pela lei e deixado à disciplina infra-legal (deslegalização); se o regulamento pode ser emanado sem

1772 Neste sentido se pode afirmar que a supremacia da lei em face do Regulamento se manifesta também na derrogação tácita das normas regulamentares pela lei superveniente, nos casos de contraste lógico que torne impossível a vigência do regulamento e quando a lei sucessiva modifica as atribuições de competência no âmbito das quais o regulamento foi emanado. Cfr., a propósito, NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 16.

1773 Cfr. art.º s 2.º, 266.º, n.º 2 e 112.º, n.º 7 da CRP.

1774 V., para uma aproximação ao tema, SANTAMARÍA PASTOR, J. “*Principios...*”, cit., 344 e ss.

prévia cobertura de uma lei; e se a precedência da lei ser substituída e dar lugar a uma precedência do acto internacional ou comunitário¹⁷⁷⁵.

É o que procuraremos fazer de seguida.

a) Deslegalização e reenvio normativo

No que diz respeito ao primeiro assunto, podemos afirmar claramente que, em princípio, a legalização de matérias não é irreversível. O grande limite que aqui pode ser apontado, e que funciona como o último reducto de indisponibilidade do próprio legislador, são as reservas constitucionalmente previstas. Nestes últimos domínios, como se compreende, não poderá o legislador ordinário retrair-se ou contrair a sua expansão normadora a favor da Administração¹⁷⁷⁶, considerando-se materialmente inconstitucional qualquer medida legislativa nesse sentido. Fora deles, diversamente, pode-se admitir que a lei abandone o espaço que ocupava e possibilite que a Administração aí intervenha, naquela que será uma sua decisão discricionária¹⁷⁷⁷.

Neste sentido, pode-se afirmar que a lei deslegalizadora cumpre uma dupla função: por um lado, uma função de descongelamento¹⁷⁷⁸, já que permite o abaixamento do grau (consubstanciado na eventual revogação imediata da disciplina legislativa existente, e a que não seja de imediato revogada

1775 Para outro tipo de abordagem e de problemas, cfr. CASSESE, Sabino, "*Der Einfluss des Gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsrecht auf die nationale Verwaltungsrechtssysteme*", e KLEIN, Eckart, "*Der Einfluss der Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten*" in *Der Staat*, 33, 1, 1994, respectivamente 25 e ss e 39 e ss.

1776 Assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, "Constituição da República Portuguesa anotada", cit., anotação ao art.º 115.º, 512.

1777 Importa aqui precisar que diversa da deslegalização é a figura do reenvio normativo, mediante a qual lei, disciplinando certa matéria (portanto, não a abandonando), remete para a Administração a emissão de normas regulamentares. Sem embargo de voltarmos a abordar esta questão, diremos apenas que os fundamentos e o desenho da configuração jurídica de tal reenvio extravazam os propósitos que agora nos ocupam, pelo que não nos debruçaremos sobre eles. Importa tão somente observar que ele não é irreversível, pois a lei pode (re)estender a disciplina legal sempre que o entender.

1778 Naturalmente que tal função será melhor compreendida se tivermos presentes os contornos de um princípio que se situa num plano próximo com as considerações desenvolvidas no texto: o *princípio do congelamento do grau hierárquico*. De acordo com este, a partir do momento em que uma determinada matéria é disciplinada por lei o seu grau hierárquico-normativo fica indisponível (= congelado) e só uma outra lei poderá incidir sobre o mesmo objecto, interpretando, alterando, suspendendo, revogando ou integrando a lei anterior (cfr. art.º 112.º, n.º 5 da CRP). V., a propósito, GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional...", cit., 841; GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., "*Curso de Derecho administrativo*", cit., 247. Note-se que, conforme resulta do texto, este princípio não impede a deslegalização (degradamento do grau hierárquico) desde que seja feita pela própria lei.

poderá mais tarde sê-lo por regulamento) e, por outro lado, uma função devolutiva, pois autoriza a futura disciplina regulamentar. Esta, em todo o caso, não poderá deixar de invocar a lei que visa regulamentar (*princípio da precedência da lei*).

b) A questão dos regulamentos independentes

No que concerne à temática dos regulamentos independentes, cumpre, antes de tudo o mais, enquadrar o problema. Para tal, é imperioso aceitar que o legislador ordinário — Paramentos e Governos, embora neste momento o nosso pensamento se centre nos primeiros — se encontra cada vez mais confrontado com problemas e questões cuja tecnicidade ou urgência não se compadecem com o desenrolar normal do(s) procedimento(s) legislativo(s), como será o que sucede com normas que apelam a critérios científicos particulares ou a considerações localizadas de tempo e de espaço. Em tais casos, pode suceder que procure disciplinar apenas os aspectos essenciais, gerais e que perduram no tempo — aqueles que não pode deixar de o fazer (não podendo, por exemplo, autorizar outro órgão ou somente estabelecer as bases ou princípios) —, abandonando a disciplina atinente aos aspectos particulares, secundários e temporalmente mutáveis a um tipo de norma que é, por natureza, mais flexível, menos solene e mais adaptável — o regulamento administrativo. Aqui, a norma regulamentar — que não dispõe de larga margem de conformação material, na medida em que as opções fundamentais já foram tomadas — vai verdadeiramente complementar a lei, suprimindo as suas carências, e adaptando-a às exigências do dia-a-dia. Utilizando uma terminologia com tradição doutrinal no nosso ordenamento, pode-se aqui falar em normas de execução ou *regulamentos executivos*, que, como se compreende, será o único tipo de norma regulamentar admitido em núcleos substantivos inseridos nas reservas de lei constitucionalmente consagradas¹⁷⁷⁹.

Diversamente, em outras situações, fora das reservas de lei, pode acontecer — embora não seja necessariamente assim — que o regulamento seja dotado de uma larga margem de conformação material e não tenha um fundamento legal imediato. Mais uma vez utilizando-se a terminologia tradicional, fala-se em *regulamentos independentes*. Deve-se observar que o termo “independente” não significa aqui “desvinculado” ou “à margem da lei”, nem tão pouco sem lei prévia (até porque sempre estarão sujeitos ao bloco de constitucionalidade). Como referimos, a emanação de normas

¹⁷⁷⁹ V., por exemplo, acórdão do TC n.º 307/88, in DR, I, 21 de Janeiro de 1988.

regulamentares deve ser sempre feita a coberto de uma norma legal antecedente¹⁷⁸⁰. Simplesmente, em certas situações (repetimos: fora das reservas de lei), esta limita-se a estabelecer a competência subjectiva e objectiva para tal emanção, pelo que o norma administrativa apenas não tem um fundamento legal imediato embora continue sempre a ter fundamento legal. São, pois, regulamentos em que a lei é uma verdadeira “norma sobre normas” pois circunscreve a sua intervenção normativa à definição de qual a entidade competente para os emanar e a matéria sobre a qual eles vão incidir.

De qualquer modo, uma visão mais flexível do problema – à qual não aderimos por razões relacionadas com a incerteza jurídica que da sua aceitação adviria – poderá admitir a emanção de regulamentos sem a cobertura e limitação de uma prévia norma legal (regulamentos *extra legem*) em dois grupos de situações: (i) em casos de produção de efeitos apenas na esfera interna do órgão emanante (v.g., circulares internas) ou no quadro das suas prerrogativas de auto-organização¹⁷⁸¹, e (ii) nos casos em que a referência à lei é substituída pela referência aos princípios gerais de Direito¹⁷⁸².

Cruzando os dados que expusemos até agora – em particular, os critérios da fonte de produção regulamentar e do tipo de conformação que a norma assume –, e a partir de uma análise atenta das coordenadas normativas do nosso ordenamento, podemos concluir pela existência de distintas manifestações do poder de emanar regulamentos, podendo-se nomeadamente distinguir regulamentos executivos emanados pela Administração central; regulamentos executivos emanados pelas Autarquias ou Regiões; regulamentos independentes (no sentido apontado) emanados pela Administração central; e regulamentos independentes emanados pelas Autarquias, pelas Regiões ou por outras entidades.

c) A questão da precedência da norma externa (internacional ou europeia comunitária)

Quanto a uma eventual desestadualização da precedência da lei, a resposta deverá ser, parece-nos, afirmativa. Naturalmente que o problema não se co-

1780 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 115.º, 514.

1781 V. GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho administrativo”, cit., 212; ALFONSO, L. P. (org), JIMÉNEZ-BLANCO, ORTEGA ÁLVAREZ, “Manual...”, cit., 188.

1782 Cfr., por exemplo, acórdão do TC n.º 92/84, in DR, I, 7 de Novembro de 1984, onde se faz referência a princípios gerais de certo ramo de Direito.

loca quando estivermos perante actos não auto-exequíveis, como é o caso das directivas, pois aqui há necessidade de transposição (*Umsetzungsgesetze*) e vale o já referido princípio da reserva de lei transpositiva, de modo que o regulamento administrativo deverá sempre invocar, não directamente o acto comunitário, mas o acto legislativo interno correspondente .

Já no que concerne à normas comunitárias que são auto-exequíveis (v.g., regulamentos) vale o também já por nós referido *efeito gulhotina*¹⁷⁸³, ou seja a norma europeia, em princípio, não deixa qualquer espaço à actividade legislativa interna, restando ao Estado a mera execução administrativa. Esta, assim, pode-se fundar directamente na norma europeia, apelando para um sentido actualista do princípio da legalidade da actuação administrativa, na sua vertente de precedência da lei¹⁷⁸⁴.

Contudo, os actos (legislativos ou administrativos) de execução da norma externa devem continuar sempre a basear-se Constituição¹⁷⁸⁵, não sendo de admitir, por exemplo, a outorga de poderes regulamentares a entidades que, manifestamente, não os podem ter. Por outro lado, a eventual aplicabilidade directa das normas externas, de Direito europeu ou não, não pode implicar a subversão dos esquemas internos de arrumação competencial, devendo-se considerar inadmissível (= inconstitucional) que, sob tal pretexto, se disciplinem por regulamento matérias que exigem a forma de lei formal. Aqui, estamos com VITAL MOREIRA quando afirma que seria o próprio fundamento democrático da lei que estaria em causa. Se a pretexto da regulamentação das normas comunitárias, o Governo pudesse dispor por via de regulamento administrativo sobre qualquer assunto, estaríamos a curto-circuitar as estruturas normativas internas constitucionalmente consagradas e a proceder a uma expropriação das competências do Parlamento. Por esta via, entrariam no ordenamento português regimes sobre matérias fundamentais aos quais o órgão legiferante primário não seria chamado, pois assumiria o Governo a função de órgão primário: primeiro, ao participar na UE na feitura da norma; depois ao regulamentá-la internamente^{1786, 1787}.

1783 V., a respeito, RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica...*”, cit., 203.

1784 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 115.º, 515.

1785 Assim, STREINZ, Rudolf, “*Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrecht...*”, cit., 822.

1786 V. declaração de voto, anexa ao acórdão do TC n.º 184/89, in DR, I, 9 de Março de 1989.

1787 Diferente da situação do texto é aquela que se verifica quando a norma externa (v.g., europeia) devolve ao ordenamento interno certas decisões (reenvio normativo). Aqui, já não é um problema de execução *stricto sensu* mas de tomadas de opção legislativas, que a norma externa deixa à discricionariedade política e legislativa de cada Estado.

1.2.2.2. *Normação regulamentar executiva stricto sensu*

A emanação de regulamentos executivos (*secundum legem*), como referimos, alcança sentido naquelas situações em que o normador primário (legislador) não completa em toda a sua extensão e pormenor a disciplina da matéria sobre que se debruça, seja porque está perante questões predominantemente técnicas ou organizativas, seja porque quer fazer face a problemas conjunturais ou territorialmente dispersos, seja ainda porque, pura e simplesmente, não tal não fez parte dos seus planos¹⁷⁸⁸. Nestas situações, o regulamento cumpre um papel complementar e subsidiário em relação à lei, fornecendo coordenadas essenciais para a sua aplicação desta, obviando até a uma involuntária deficiência de expressão do legislador. Não dão vida, em caso algum, a preceitos jurídicos materiais novos, antes se limitando a repetir a vontade legislativa, mas de uma forma porventura mais cabal. Neste sentido, refere a CRP que é da competência do Governo – embora tal se aplique a toda a Administração – “fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis”¹⁷⁸⁹.

Parece claro que o regulamento só será verdadeiramente *executivo* quando seja um acabamento indispensável à lei, sem o qual esta não poderia ser aplicada pelos órgãos administrativos e tribunais aos diversos casos em concreto, o que implica que cumpra dois requisitos essenciais, um positivo e o outro negativo¹⁷⁹⁰: em primeiro lugar, é forçoso que ele contenha toda a normação necessária à adequada aplicação legal, em termos de se poder afirmar que um regulamento incompleto não é um regulamento executivo; em segundo lugar, não deve ultrapassar esse patamar de necessidade, de modo que o regulamento que, procurando executar a lei, vá mais além desse desiderato, estabelecendo disciplina normativa originária e primária, seja considerado um regulamento sem credencial legal e, por via disso, inconstitucional.

Por último, deve ser salientado que nas matérias constitucionalmente reservadas à lei – formal ou material – este é o único tipo regulamentar admitido¹⁷⁹¹.

1788 V. ALFONSO, L. P. (org), JIMÉNEZ-BLANCO, ORTEGA ÁLVAREZ, “Manual de Derecho administrativo – parte general”, 4.ª ed., Ariel, Barcelona, 1996, 187.

1789 Cfr. art.º 199.º, alínea c).

1790 Cfr. ALFONSO, L. P. (org), JIMÉNEZ-BLANCO, ORTEGA ÁLVAREZ, “Manual...”, cit., 187.

1791 V. acórdão do TC n.º 307/88, in DR, I, 21 de Janeiro de 1988.

1.2.3. A dimensão subjectiva dos poderes de normaço regulamentar: as entidades titulares de poder regulamentar

1.2.3.1. *Titularidade regulamentar originária*

O quadro das entidades com competência para elaborar e aprovar regulamentos compreende dois tipos diversos de sujeitos: por um lado, aqueles que vêem a referida competência prevista e reconhecida logo pela Constituição e, por outro lado, aqueles que a vêem prevista e reconhecida pela lei. No primeiro caso, falaremos em titularidade regulamentar originária, e no segundo em titularidade regulamentar derivada. Naturalmente que num caso ou no outro o fundamento do poder regulamentar é sempre constitucional, pelo que será errado dizer-se que as entidades referidas em segundo lugar encontram esse fundamento na lei. Esta funciona apenas, se quisermos, como a referência imediata, que terá de ser sempre constitucionalmente estribada.

Importa igualmente assinalar o facto de que, em consonância com a orientação que temos vindo a defender, apenas estamos a fazer referência às normas regulamentares públicas (embora não necessariamente emanadas de órgãos públicos por natureza – pense-se, por exemplo, nas concessionárias, que o são apenas *por atribuição*). As normas regulamentares privadas – particularmente significativas no domínio da auto-regulação privada – corporizadas, por exemplo, em códigos reguladores ou códigos de conduta não são verdadeiras normas de Direito objectivo, não constituindo padrão de comportamento pré-determinante da função jurisdicional, possuindo uma mera força persuasória (sendo consideradas *soft law*¹⁷⁹²).

a) *O Governo*

No quadro dos entes públicos com poderes de regulamentar, importa começar por fazer referência ao Governo, enquanto “órgão de condução da política geral do país”. Aliás, esta última expressão, constitucionalmente ancorada¹⁷⁹³, permite distinguir o Governo *stricto sensu* – constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e pelos Secretários e Subsecretários de Estado¹⁷⁹⁴ – da Administração pública em geral (a quem nos referiremos adiante) na medida em que acentua a natureza e a motivação política

1792 Assim, MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional ...”, 70 e 132.

1793 Cfr. art.º 182.º da CRP.

1794 Cfr. art.º 183.º, n.º 1 da CRP.

dos seus actos, em oposição aos desta última que não possuem nem uma nem outra.

No âmbito do sistema de repartição competencial acolhido pelo legislador constituinte pode-se dizer que ao Governo está reservada uma função normadora dual, na medida em que lhe são reconhecidas paralelamente prerrogativas legislativas e prerrogativas regulamentares, decorrendo estas últimas particularmente de ele ser considerado o órgão superior da Administração pública¹⁷⁹⁵. Tal não conduz, por si só, a qualquer espaço de sobreposição regulativa pois na verdade a segunda das funções há-de ser sempre legalmente enquadrada, aplicando-se com total propriedade o que dissemos supra acerca das exigências de reserva, prevalência e precedência da lei. Assim sendo, a emanção de um regulamento pelo Governo deve ser sempre precedida da emanção de um acto legislativo, do próprio ou não, que o enquadre e balize as suas possibilidades de expansão.

Em termos materiais podem surgir por vezes espaços de fronteira. Tal pode suceder naqueles âmbitos substantivos de competência legislativa não reservada à Assembleia da república — seja competência exclusiva do Governo, seja competência concorrente —, onde se pode colocar a questão de saber se este pode ou deve utilizar a forma de regulamento independente ou de decreto-lei. Ora, nas situações em que o Governo queira manifestar a sua vontade normativa-regulamentar através da criação de regulamentos independentes, deve utilizar uma configuração especial constitucionalmente prescrita: a de decreto regulamentar¹⁷⁹⁶. E compreende-se que assim seja. De facto, a exigência desta forma “agravada” de produção normativa encontra a sua razão de ser na submissão a um *iter* procedimental mais exigente, que passa pela assinatura do Primeiro-Ministro” e dos Ministros competentes. em razão da matéria e pela promulgação pelo Presidente da República — além de, em sede de controlo concreto da constitucionalidade, se prever o recurso obrigatório da parte do Ministério público para o Tribunal constitucional, sempre que o juiz ordinário se recuse a aplicar uma das suas normas com fundamento em inconstitucionalidade¹⁷⁹⁷ —, impedindo que o Governo, em lugar de utilizar o decreto-lei, recorra a regulamentos,

1795 V. art.º s 182.º e 199.º, alínea c) da CRP.

1796 V. art.º 112.º, n.º 6 da CRP. Cfr., a propósito do tema, acórdão do TC n.º 641/95, in DR, I, 26 de Dezembro de 1995.

1797 V. art.º 280.º, n.º 3 da CRP.

porventura mediante a capa de meros despachos ministeriais, para se furtar aos esquemas de controlo da legislação¹⁷⁹⁸.

Quando, devendo utilizar a forma de regulamento independente, utilize a forma de regulamento “executivo”, o Governo incorre numa inconstitucionalidade, que tanto poderá ser qualificada de orgânica — na medida em que não utilizou o poder idóneo para a sua emissão — como de formal — pois o diploma não revestiu a forma exigida pela Constituição.

b) As Autarquias locais

Os poderes regulamentares das Autarquias locais — manifestação da denominada “administração descentralizada” — devem ser enquadrados no contexto mais vasto do especial estatuto de autonomia que constitucionalmente lhes é reconhecido. No âmago de tal estatuto ganha particular relevo a autonomia normativa, significativa da ideia de que as Autarquias dispõem de poderes no sentido de emanar verdadeiras normas jurídicas, autênticos padrões de comportamento, sob a forma de regulamentos, embora localmente circunscritos e determinados.

A autonomia referida deve ser aqui especialmente destacada pois é ela que, no fundo, vai impedir o Estado maior de se imiscuir nos assuntos locais e impossibilitar a lei de se substituir ao regulamento local na regulamentação específica de questões locais. Esta reserva de regulamento local deve mesmo ser encarada como uma garantia institucional que tem as Autarquias como titulares¹⁷⁹⁹.

Na medida em que os poderes regulamentares das Autarquias são expressão da sua autonomia normativa, compreende-se que cada regulamento em concreto não necessite da existência de uma lei prévia particular e individualizada¹⁸⁰⁰. A lei, de uma forma genérica, limita-se a determinar globalmente o poder normador das Autarquias, dando cobertura a autênticos *regulamentos independentes*, no sentido por nós atrás apontado. Significa isto que, na verdade, a lei habilitante contém-se no seu desenvolvimento

1798 Cfr. art.º s 134.º, alínea b) e 201.º, n.º 3 da CRP.V., ainda, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 115.º, 513.

1799 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 242.º, 895.

1800 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 242.º, 895.

disciplinador, apenas definindo o órgão autárquico competente e eventualmente a matéria-objecto¹⁸⁰¹.

Não é fastidioso repetir que “regulamento independente” não significa, também aqui, regulamento desvinculado. Com efeito, a limitação do poder regulamentar das Autarquias é por demais evidente e manifesto, sendo de apontar não apenas os limites genéricos de subordinação à Constituição e à lei, mas igualmente o limite aqui acrescido de subordinação aos regulamentos do Governo, das Autarquias de grau superior (v.g., Freguesias em relação aos Municípios/ Concelhos) e das autoridades com poder tutelar (v.g., órgãos de Inspeções gerais). É importante do mesmo modo referir que todo o regulamento local deve respeitar o âmbito (material e geográfico) específico e concreto em que actua o ente autónomo que o emana, vigorando aqui um *princípio de especialidade*¹⁸⁰².

Em termos de escalonamento normativo — questão à qual voltaremos adiante —, importa frisar que não é correcto afirmar a existência de um eixo de hierarquia normativa entre os regulamentos das Autarquias locais e os regulamentos Estaduais *stricto sensu*. Com efeito, as normas locais não estão hierarquicamente subordinadas às normas do Estado, na medida em que para enquadrar normativamente o relacionamento recíproco se utiliza, não o critério da hierarquia, mas o critério da competência¹⁸⁰³. Tal apenas não acontecerá, naturalmente, nos casos em que os regulamentos locais desenvolvam a lei que concede o poder autonómico¹⁸⁰⁴.

De resto, entre os diversos regulamentos dos entes autónomos também não há qualquer hierarquia, valendo um princípio da competência territorial. Os regulamentos de uma Autarquia não são superiores nem inferiores aos da outra, encontrando-se separados por um distinto campo de aplicação material¹⁸⁰⁵.

1801 A ideia referida no texto não impede, contudo, que o legislador possa remeter para regulamentos locais a regulamentação de certa matéria.

1802 V. GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho administrativo”, cit., 216.

1803 V. GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho administrativo”, cit., 283.

1804 Assim, GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho administrativo”, cit., 216.

1805 V. GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., ú. ob., cit., 217.

c) As Regiões autónomas

Também com fundamento num particular estatuto de autonomia, asseguram-se às Regiões autónomas prerrogativas no sentido de exercer poder executivo próprio, o que passa, nomeadamente, por poder emanar normas que tornem mais densos e exequíveis os preceitos gerais emanados pelo poder legislativo. Por conseguinte, a autonomia normativa que lhes é constitucionalmente garantida desdobra-se numa vertente legislativa — que, como vimos, ganha corpo nas matérias previstas no respectivo estatuto — e numa vertente regulamentar.

Deve-se contudo assinalar que, apesar de a Constituição e os Estatutos terem adoptado uma relação nominal idêntica aos actos do Estado (lei-regulamento), na realidade as relações entre os diversos actos não se estabelecem nos mesmos termos daquelas que se estabelecem entre actos estaduais, até porque a competência subjectiva para a emanação não é equivalente¹⁸⁰⁶. Particularmente, deve-se ter em atenção o facto de que o exercício do poder regulamentar pode aqui ser efectuado pelo órgão primariamente legislativo. Com efeito, se bem que a Constituição tenha reconhecido directamente competência regulamentar às Regiões autónomas, não o fez de uma forma indiscriminada ou em bloco, antes vinçou a necessidade de precisar que tal competência originária pode ser exercida, em concreto, por um de dois órgãos (embora em âmbitos materiais diferentes): a Assembleia legislativa regional ou o Governo regional. Este último tem competência para regulamentar os próprios diplomas legislativos regionais (Decretos legislativos regionais) que careçam desse “desenvolvimento” (além, obviamente, de poder emanar outro tipo de regulamentos, como as *portarias*, que todavia já serão produzidos ao abrigo de uma competência derivada), o que fará mediante a forma jurídica de decretos regulamentares regionais¹⁸⁰⁷. Por seu lado, as Assembleias legislativas regionais — e apenas elas, pelo que uma intervenção do Governo regional neste domínio será considerada inconstitucional — são competentes para regulamentar as leis nacionais ou, como se expressa o legislador constituinte, “as leis emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar”¹⁸⁰⁸. Tal deve ser feito mediante a forma de decreto

1806 V., a propósito, BERTI, Giorgio, “*Il regolamento come atto normativo regionale*”, in RTDP, 1973, 1, 142.

1807 Cfr. art.º s 69.º e 70.º do EstRAM; 60.º e 61.º do Est RAA.

1808 Cfr. art.º s 232.º, n.º 1 e 227.º, n.º 1, alínea d), 2.ª parte.

legislativo (?) regional¹⁸⁰⁹. Quer um quer outro tipo dos decretos regionais referidos estão sujeitos a um procedimento exigente, pois devem enviados ao Representante da República para por ele serem assinados e mandados publicar¹⁸¹⁰.

Contudo, a referência às entidades com poderes regulamentares regionais não se deve ficar por aqui. Também a Administração pública regional pode, com propriedade, titular tais poderes.

Importa chamar a atenção para o facto de que os diplomas regionais de regulamentação, seja de *leis nacionais*, seja de *leis regionais*, devem-se considerar diplomas triplamente vinculados, na medida em que estão sujeitos à seguinte ordem de limites: em primeiro lugar, e naturalmente, os limites impostos pela própria Constituição; em segundo lugar, os limites consagrados no respectivo Estatuto político-administrativo; e em terceiro lugar, os limites presentes no diploma que visam regulamentar (lei, decreto-lei ou decreto legislativo regional, consoante os casos). Contudo, deve-se considerar que a subordinação em relação aos “regulamentos da república” não existe, ainda que referidos à mesma lei¹⁸¹¹.

1.2.3.2. Titularidade regulamentar derivada

Como anteriormente deixamos assinalado, é conveniente efectuar a distinção entre o Governo, cujos actos têm natureza eminentemente *superior* e política, e a Administração Pública, cujos actos têm uma natureza “mais executiva” e cujos agentes estão escalonadamente subordinados. Utilizando a noção proposta por SÉRVULO CORREIA, trata-se do “conjunto de órgãos hierarquizados ou coordenados do Estado ou de outras pessoas colectivas que com ele colaboram, aos quais é conferido por lei, como competência característica e normal, o desempenho da função administrativa”¹⁸¹².

Na noção apresentada enquadram-se não apenas os serviços pertencentes à pessoa colectiva de Direito público *Estado*, serviços esses hierarquicamente dependentes do Governo (Administração directa), mas também todas as outras pessoas colectivas de Direito público que, por via de um processo de

1809 Cfr. art.º s 39.º e 41.º do EstRAM; 33.º, n.º 1, alínea a) e 34.º do Est RAA.

1810 Cfr. art.º 233.º, n.º 1 da CRP.

1811 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 229.º, 856.

1812 V. “Noções de Direito administrativo”, I, Danúbio, Lisboa, 198130, 31.

devolução de poderes, prosseguem fins públicos (Administração indirecta, v.g., Institutos públicos)¹⁸¹³. No âmbito desse desempenho, os órgãos em causa, podem emanar regulamentos, executivos ou independentes, no sentido por nós atrás apontado.

É importante assinalar igualmente que se englobam aqui não apenas as pessoas colectivas de Direito público por natureza, mas igualmente as pessoas colectivas de Direito público por atribuição, como as denominadas “concessionárias”¹⁸¹⁴, na medida em que umas e outras, em função dos poderes que lhes são legalmente reconhecidos, podem possuir prerrogativas regulamentares¹⁸¹⁵.

Finalmente, não pode deixar de se referir que a menção aos órgãos administrativos propriamente ditos não exclui a que deve ser feita a órgãos públicos que não são, em virtude dos fins que prosseguem, tipicamente administrativos, mas que, na realidade, exercem (também) funções administrativas. Particular destaque merecem neste âmbito os tribunais, e em particular os Tribunais superiores como o Tribunal constitucional^{1816 1817}, cujo poder normativo é geralmente admitido com base nos princípios que balizam a sua própria estrutura e a posição que ocupam no ordenamento¹⁸¹⁸, embora a relação que o produto da sua vontade normativa estabeleça com a lei não seja uma corrente relação de subordinação, mas sim de separação, fundada no princípio da competência¹⁸¹⁹.

1813 Cfr., a respeito da distinção, CAETANO, Marcello, “Manual de Direito administrativo”, I, Almedina, Coimbra, 187 e ss.

1814 Cfr., a propósito destas, GONÇALVES, Pedro, “A Concessão de Serviços Públicos”, Almedina, Coimbra, 1999, 45 ss.

1815 Cfr. CAETANO, Marcello, “Manual de Direito administrativo”, II, 10.ª ed., 3.ª reimp., Almedina, Coimbra, 1990. 1110.

1816 Cfr. art.º 36.º, alínea b) da Lei do Tribunal Constitucional (LTC).

1817 Acerca do fundamento jurídico do poder normador da *Corte costituzionale*, v. GAROFOLI, Roberto, “*Sulla sindacabilità...*”, cit., 667 e ss.

1818 V. GRASSO, Pietro, “*Prime osservazioni sulla potestà regolamentare della corte costituzionale*”, in RTDP, 1961, 4, 919 e 952; ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 201 e ss.

1819 V. GRASSO, Pietro, “*Prime osservazioni...*”, cit., 965; ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 204.

1.3. As autoridades administrativas independentes (referência especial)

A moldura tradicional no âmbito da qual a normaçaõ regulamentar se insere é, como vimos, marcada pelas coordenadas da estadualidade, legalidade e hierarquia.

Contudo, o surgimento de novos tipos de necessidades colectivas (em domínios como a produção e distribuição de energia eléctrica, as telecomunicações, a banca e o mercado de valores mobiliários, o meio ambiente; os transportes, etc.) e a fragmentação do Estado-administração levam a que se sinta a urgência em entregar as tarefas ditas “regulatórias” a entidades públicas orgânica e funcionalmente apartadas do Governo e da Administração directa do Estado — daí a designação de “independentes”¹⁸²⁰ —, obrigando a repensar os quadros teóricos clássicos e a encontrar novas formas normadoras que se mostrem capazes de se integrar num esquema organizatório, competencial e normativo novo e adaptado¹⁸²¹. Tudo isto é motivado não apenas por factores empírico-sociológicos, mas também por algumas vagas de pensamento neo-liberais (“neo-regulação”, “desgovernamentalização”, etc.) que irromperam¹⁸²². A ideia de pulverização da produção normativa e, em particular a de auto-regulação pública desempenham, neste plano, um papel não irrelevante.

Procuremos ver em que medida.

1820 A independência — ou melhor, a autonomia, pois a sua criação e desenvolvimento são sempre balizados pelos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico — pode atingir graus diversos, em função dos diversos índices em que se podem materializar, sendo de destacar a autonomia organizatória (v.g., iniciativa de criação da própria instância reguladora, liberdade de modificação do seu estatuto organizatório, selecção dos reguladores, estabelecimento de inelegibilidades, incompatibilidades e impedimentos, participação dos utentes/consumidores), programática (definição de linhas de orientação ou sujeição a directivas estaduais), financeira, etc. V., a propósito, MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional...”, 54 e 55; FRANCHINI, Claudio, “*Le autorità amministrative indipendenti*”, cit., 563 e ss.

1821 V. STEWART, Richard, “*Il Diritto amministrativo nel XXI secolo*”, cit., 1 e ss.

1822 Cfr., para uma interessante visão histórico-evolutiva, STEWART, Richard, “*Il Diritto amministrativo nel XXI secolo*”, cit., 2 e ss. Acerca das autoridades independentes no âmbito europeu comunitário (v.g., Banco central europeu, Banco europeu de investimento), cfr. FRANCHINI, Claudio, “*I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria*”, in RTDP, 2002, 3, 668 e ss.

1.3.1. A auto-regulação pública

Utilizando as referências da melhor doutrina¹⁸²³, podemos começar por dizer que falar em auto-regulação pública significa falar em duas realidades linguísticas que, embora se possam intimamente relacionar, não se confundem: por um lado, (i) o substantivo “auto-regulação” e, por outro lado, (ii) o adjectivo “pública”.

- (i) Compreender o fenómeno da auto-regulação implica apreender previamente que se trata de uma classificação do tipo “regulação”. Neste contexto, fala-se em regime regulatório, para significar a extensão e modo como certa actividade ou profissão é regulada (= disciplinada)¹⁸²⁴, podendo tal regime, em abstracto, ganhar corpo numa regulação estadual (efectuada, por exemplo, pelo próprio Governo ou Institutos públicos) ou numa auto-regulação que, por sua vez, pode assumir uma configuração pública ou privada. Como refere VITAL MOREIRA¹⁸²⁵, trata-se, em qualquer destes últimos casos, de uma regulação levada a cabo *pelos próprios interessados*, e envolve a percepção de três características: é uma espécie de regulação, e não ausência desta; é uma regulação colectiva, (e não individual); é uma forma de regulação não estadual. Além disso, cada um dos sistemas concretos de regulação dará origem a uma determinada configuração orgânica a que se dá o nome de formato regulatório¹⁸²⁶. Na medida em que se materializa num agregado de normas criadas de acordo com uma especial configuração e um especial sentido, também aqui, tal como acontece com as Autarquias locais ou Regiões autónomas, se pode dizer, até certo ponto, que estamos perante um ordenamento jurídico semi-autónomo, respeitante ao sector

1823 V. em especial, MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional e administração pública”, Almedina, Coimbra, 1997 e, MOREIRA, Vital, MAÇAS, Fernanda, “Autoridades reguladoras independentes. Estudo e projecto de lei-quadro”, Coimbra editora, Coimbra, 2003. V., por último, LADEUR, Karl-Heinz, “*Post-moderne Rechtstheorie (Selbstreferenz-Selbstorganisation-Prozeduralisierung)*”, 2.ª ed., Duncker & Humboldt, Berlin, 1992; BREGER, Marshall e EDLES, Gary, “*Established by practice: the theory and operation of independent federal agencies*”, in AdLRw, 2000, 4, 111 e ss, GIANNINI “*Diritto Amministrativo*”, I, 3.ª ed., Giuffrè Ed., Milão, 1993; AMOROSINO, Sandro, “*Gli ordinamenti sezionali: itinerari d’una categoria teorica. L’archetipo del settore creditizio*”, in “*Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*”, Giuffrè Ed., Milão, 1995, 1 e ss; CHITI, Edoardo, “*La disciplina procedurale della regolazione*”, in RTDP, 2004, 3, 679 e ss., e bibliografia aí citada [em especial, nota (2)]; CORSO, Guido, “*Attività economica privata e deregulation*”, cit., 632 e ss.; FRANCHINI, Claudio, “*Le autorità amministrative indipendenti*”, in RTDP, 1988, 3, 549 e ss.

1824 Assim, MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional...”, 122. Acerca da regulação com base na fórmula “CAC” (“command and control”), v. BLACK, Julia, “*Critical reflexions on Regulation*”, cit., 2.

1825 V. “Auto-regulação profissional...”, 52 e ss.

1826 Cfr. MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional...”, 114.

auto-regulado¹⁸²⁷. Todavia, a autonomia nunca será total pois não deve ser olvidado o fundamento constitucional e legal necessário. De resto, como já assinalamos, nem todo o aglomerado de normas constitui um verdadeiro ordenamento jurídico, mas apenas aquele que seja realmente autónomo no sentido de se reconduzir a uma norma fundamental própria. Ora, não pode deixar de se reconhecer que as normas emanadas destas entidades buscam o seu fundamento e *quid* unificador no Estado e na legislação deste.

Enfim, pode-se dizer, nesta aproximação, que a auto regulação, com a consequente prerrogativa de auto-normação, pode ser uma das formas de combater a inflação legislativa, mediante um mecanismo de reenvio estadual e um regresso à função tradicional da lei: estabelecer quadros normativos básicos e gerais¹⁸²⁸.

- (ii) Como dissemos, a auto-regulação é uma espécie de regulação levada a cabo pelos próprios interessados. Ela terá natureza pública se as instâncias de auto-regulação são impostas pelo Estado ou reconhecidas oficialmente por este e dotadas de poderes normativos públicos¹⁸²⁹, como é o que acontece com as denominadas autoridades reguladoras independentes¹⁸³⁰. Estas são verdadeiros Institutos públicos (“serviços públicos personalizados”)¹⁸³¹, cuja nota distintiva reside no particular e reconhecido regime de independência – orgânica e funcional (sem superintendência ou tutela) – que usufruem em

1827 Cfr. MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional ...”, 129.

1828 Cfr. MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional ...”, 131. A propósito das críticas relativas à atribuição de amplos poderes discricionários, ao *défice democrático* de que podem padecer as entidades reguladoras, e à *ossificação* (= cristalização, ineficiência) da respectiva regulação v. STEWART, Richard, “*Il Diritto amministrativo nel XXI secolo*”, cit., 4, 5, 9 e ss e 13 e ss.

1829 Cfr. MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional ...”, 54. Naturalmente que a ela se contrapõe a auto-regulação privada, nas situações em que as correspondentes instâncias são instituídas pelos próprios interessados, na base do Direito privado.

1830 A própria CRP abre a porta à existência deste tipo de entidades ao prescrever no art.º 267.º, n.º e 3 que “a lei pode criar entidades administrativas independentes”. Convém, contudo salientar que estas últimas não são consumidas pelas autoridades reguladoras independentes, pois, como se compreende, podem existir entidades administrativas independentes sem funções reguladoras. Cfr., a propósito, MOREIRA, Vital, MAÇÃS, Fernanda, “Autoridades reguladoras independentes...”, cit., 270.

1831 Cfr. MOREIRA, Vital, MAÇÃS, Fernanda, “Autoridades reguladoras independentes...”, cit., 259. Contudo, deve-se assinalar que a qualificação jurídica destas entidades no âmbito do ordenamento onde elas surgiram (os Estados Unidos da América), é tudo menos pacífica. Aproveitando o trabalho de análise de UWE KISCHEL (“*Delegation of legislative power to agencies: a comparative analysis of United States and German law*”, in AdLRw, 1994, 2, 213 e ss., em especial 244), chamaríamos a atenção apenas para o facto de que a posição da Administração, no âmbito do ordenamento americano é uma posição dúbia, e particularmente as agências independentes prosseguem finalidades e desempenham funções quase-legislativas e quase-judiciais. Por este motivo, são frequentemente consideradas um “quarto poder” (*fourth branch*) nos âmbito dos poderes estaduais.

relação aos demais poderes públicos. Observe-se que as expressões “autoridades administrativas independentes” e “autoridades reguladoras independentes” não são sinónimas, na medida em que podem existir autoridades da primeira espécie que não prossigam funções reguladoras, mas apenas, por exemplo, fiscalizadoras ou sancionatórias em sentido restrito. Contudo, como para efeitos desta investigação apenas nos debruçamos sobre aquelas que possuem poderes normadores (regulamentares) e como estes estão intimamente ligados a tais funções, sem embargo de alguma incorrecção, tenderemos a suavizar a distinção apontada.

1.3.2. Poderes normadores (regulamentares)

A referência especial que temos vindo a fazer às autoridades reguladoras independentes não se compreenderia, no contexto desta investigação, se não a enquadrássemos no contexto dos poderes normadores (*rulemaking*) que elas dispõem. Tais poderes ganham expressão através da emanação de regulamentos, sendo estes, como já observamos, o reflexo de um processo amplo de deslegalização da regulação jurídica e de desconcentração da regulação estadual¹⁸³².

À questão de saber se apenas as autoridades administrativas independentes possuem poderes normadores ou se outras o podem igualmente possuir, respondemos neste último sentido em face dos próprios dados fornecidos pelo legislador constituinte. Este consagra indubitavelmente uma cláusula aberta ao prescrever que “a lei pode criar entidades administrativas independentes”¹⁸³³, o que leva a presumir que algumas delas podem ter poderes reguladores e regulamentares.

No quadro desta autonomia normativa, e a exemplo do que acontece com as outras espécies de regulamentos, o acto legislativo não pode deixar de desempenhar um papel essencial e indispensável, embora com uma amplitude de efeitos que se configura variável. Em alguns casos, é a lei — em sentido amplo, uma vez que podemos estar a falar do Governo — quem define o regime regulatório, devolvendo para as instâncias reguladoras um poder supletivo de conformação material, mas em outros essa lei pode remeter para aquelas a própria definição do regime em causa. Em qualquer das situações, constata-se que as leis atributivas de poder normador às

1832 Cfr. MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional ...”, 131.

1833 V. art.º 267.º, n.º 3.

entidades administrativas independentes possuem baixa densidade normativa, podendo-se equiparar às leis de princípios, já por nós referidas¹⁸³⁴. Por conseguinte, e como se vê, os regulamentos emanados tanto podem assumir a configuração jurídica de regulamentos executivos (no primeiro caso) como de regulamentos independentes (no segundo), mas, numa situação ou na outra, sempre constitucional e legalmente enquadrados e subordinados, e sujeitos aos mecanismos de controlo jurisdicional.

Enfim, este poder normador das entidades em análise é um poder não próprio, mas sempre derivado da lei, e onde o Estado, e particularmente o Governo, devem ter um papel importante, na medida em que, em primeiro lugar, o Estado deve “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”¹⁸³⁵ e, em segundo lugar, o Governo é o responsável por toda a política interna, competindo-lhe praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas¹⁸³⁶.

Saliente-se, por último, que a autonomia normativo-regulamentar destas entidades, na verdade, não atingiria um verdadeiro patamar de operatividade se não fosse acompanhada de duas outras prerrogativas que, não lhe sendo inerentes, estão intimamente relacionadas: a auto-execução e a auto-disciplina. Quer isto dizer, por um lado, que as autoridades administrativas independentes devem dispor da capacidade de aplicar e executar as normas que constituem o ordenamento regulatório a que se referem, nomeadamente através da emanação de autênticos actos administrativos, e, por outro lado, que devem ser-lhe reconhecidos poderes disciplinares e sancionatórios em relação aos seus membros pelas infracções cometidas¹⁸³⁷.

1834 Cfr. *supra*, páginas 546 e ss.

1835 V. art.º 81.º, alínea f) da CRP.

1836 Cfr. art.º 199.º, alínea g). V. também ALFONSO, L. P. (org), JIMÉNEZ- BLANCO, ORTEGA ÁLVAREZ, “Manual...”, cit., 194.

1837 Tais poderes disciplinares e sancionatórios podem irradiar-se num âmbito igual ao dos poderes normadores da entidade – situação em que se aplicarão apenas às infracções às suas próprias normas, mas a todas estas –, num âmbito mais alargado – aplicando-se às infracções das suas próprias normas e às normas estaduais eventualmente respeitantes –, ou num âmbito mais restrito – aplicando-se apenas a algumas das suas normas. Cfr. MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional...”, 69 e ss.

2. Especial referência às convenções colectivas de trabalho

Outro dos segmentos de produção jurídica que, em certa medida, se pode considerar tributário da ideia de autoregulação pública e que, em face dos problemas suscitados, importa uma análise individualizada é constituído pelas convenções colectivas de trabalho.

Trata-se de um verdadeiro instrumento de normação que encontra na sua génese a ideia de que o ordenamento jurídico reconhece, num quadro delimitado de padrões de comportamento – o específico domínio das relações laborais –, a necessidade de surgimento de um característico tipo de disciplina jurídica. Aproveitando as palavras de autorizada doutrina¹⁸³⁸, pode-se dizer que contribuem para tal surgimento não apenas razões ligadas aos interesses dos próprios sujeitos das relações laborais – quer dos trabalhadores (a “eliminação da concorrência entre eles”, ou o “acréscimo do seu poder negocial”, ou ainda a “diminuição de desigualdades de estatuto dentro da mesma profissão ou actividade”), quer das entidades patronais (como por exemplo a “tendencial uniformização dos custos imputáveis ao factor trabalho”) –, mas igualmente razões relacionadas com o equilíbrio social (“implantação de uma trégua” nos conflitos laborais).

Trata-se de uma disciplina que, como também já alguma doutrina referiu, tem “corpo de contrato e alma de lei”¹⁸³⁹, na medida em que junta em si uma componente privatística e uma componente publicística que não é comum encontrar. Nelas se vislumbram cláusulas meramente negociais/obrigacionais – as que têm por objectivo disciplinar relações entre as partes outorgantes – mas também autênticos comandos jurídicos, gerais e abstractos que se destinam a um número indeterminado de pessoas. Na verdade, as convenções colectivas – que não se confundem com os instrumentos de regulamentação colectiva por via administrativa (v.g., regulamentos de condições mínimas, regulamentos de extensão¹⁸⁴⁰) – mais não serão do que um especial tipo de contrato que pode produzir efeitos *erga omnes* (contratos normativos) e não apenas os tradicionais efeitos inter partes dos vulgares contratos privados. Formalmente, e nos termos da própria lei, podem assumir a configuração de acordos de empresa, acordos colectivos ou contratos

1838 V. MONTEIRO FERNANDES, António, “Direito do trabalho”, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004, 720.

1839 Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale* (vol. I: *Il sistema delle fonti del Diritto*)”, UTET, Torino, 1987, 247.

1840 Cfr., a respeito, MONTEIRO FERNANDES, António, “Direito do trabalho”, cit., 106 e ss. V., ainda, art. 2.º do Código do trabalho.

colectivos, consoante o âmbito subjectivo e o “nível de negociação” a que respeitam¹⁸⁴¹.

Juridicamente, materializam um desenho de compromisso entre dois dos paradigmas possíveis de relações entre o ordenamento estadual e os “ordenamentos sindicais” (semi-autónomos), mais precisamente, entre o paradigma do reenvio ou da deslegalização – no contexto do qual o ordenamento estadual abandonava totalmente a disciplina jurídica incidente sobre estas matérias – e o paradigma da recepção – no âmbito do qual o ordenamento estadual faz suas, incorporando-as, as normas produzidas fora de si¹⁸⁴². Esta recepção, por sua vez, pode ser levada à prática mediante a adopção de um de diversos modelos relacionais, podendo, nomeadamente, fazer-se apelo aos seguintes¹⁸⁴³:

- (i) em primeiro lugar, um modelo que se poderia designar por distributivo, baseado numa distribuição funcional – reservando-se por exemplo para o Estado (lei) a adopção dos princípios ou das bases gerais e para a auto-regulação colectiva o respectivo desenvolvimento – ou material, separando-se entre ambos os núcleos materiais a disciplinar;
- (ii) em segundo lugar, um modelo de sobreposição, onde ambas as fontes e ambas as normas podem disciplinar, com igual amplitude, todas (ou quase todas) as matérias, podendo-se ainda aqui, vislumbrar um sub-modelo de igualdade normativa (= concorrência) ou de hierarquização.

Parece indubitável que as convenções colectivas – ou melhor, algumas das suas disposições – possuem carácter normativo¹⁸⁴⁴ e que a sua natureza pública é inarredável. Com efeito, além de estipularem padrões obrigatórios de comportamento a ser seguidos na celebração de todos os contratos individuais de trabalho, estão sujeitas a um mecanismo de controlo público,

1841 Acerca da distinção entre as formas referidas, v. art.º 2.º, n.º 3 do Código do trabalho e MONTEIRO FERNANDES, António, “Direito do trabalho”, cit., 733 e ss.

1842 V., a propósito, PERLINI, Francesco, “*La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: momenti di collegamento tra ordinamento intersindacale e ordinamento statale*”, in RTDP, 1982, 2, 463 e ss.

1843 V. ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando, “*La relación entre ley y convenio colectivo...*”, cit., 523 e ss.

1844 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 56.º, 308; MONTEIRO FERNANDES, António, “Direito do trabalho”, cit., 111 e 779 e ss.; NACCI, Paolo Giocoli, “*Appunti sulle fonti normative...*”, cit., 182; ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando, “*La relación entre ley y convenio colectivo...*”, cit., 521. V., ainda, acórdão do TC n.º 282/2005, in DR, II, 6 de Julho de 2005.

materializado na possibilidade de recusa de depósito no Ministério do Trabalho e na consequente não publicação do texto num meio oficial¹⁸⁴⁵. Em termos teóricos, e numa perspectiva “neo-liberal”, a convenção colectiva de trabalho seria uma fonte, e consubstanciaria um acto, de amplitude normativa e valor idênticos ao da lei, podendo alterar *in pejus* os “tradicionais contornos inderrogáveis e imperativos” desta, e podendo resistir às suas investidas modificatórias¹⁸⁴⁶. Contudo, não nos parece que a auto-regulação colectiva esteja situada num terreno à margem da lei, pois, no seguimento do próprio enquadramento constitucional¹⁸⁴⁷, não pode deixar de se assinalar a esta um importante papel de conformação e de complementação, na medida em que lhe cabe, por um lado, delimitar — em termos positivos e negativos¹⁸⁴⁸ — o objecto de disciplina e, por outro lado, definir as respectivas regras de produção de efeitos (eficácia). Por este motivo, também não parece ser defensável uma relação entre convenção e lei baseada no princípio da competência¹⁸⁴⁹, mas antes uma relação do tipo escalonada, no âmbito da qual se reconhece a sua posição subordinada e infralegislativa¹⁸⁵⁰, não podendo as convenções colectivas, sob pena de ineficácia, “contrariar normas legais imperativas”¹⁸⁵¹. Por este motivo, justifica-se a sua inserção sistemática no escalão das normas com valor regulamentar.

A delimitação do círculo de actuação de tal papel de conformação e complementação, contudo, não está isenta de dificuldades. Numa posição extrema, poder-se-ia entender que a Constituição remeteria para a lei a delimitação dos núcleos de matérias que podem constituir objecto de convenções, de modo que o direito à contratação colectiva está sujeito a uma *interpositio legislatoris*. Neste seguimento, se o legislador ordinário excluísse da regulamentação colectiva de trabalho determinadas matérias, não se estaria perante qualquer espécie de restrição, mas, tão somente, a uma delimitação negativa do âmbito material da contratação colectiva. Contudo, pode igualmente entender-se — e utilizando as palavras

1845 V., a respeito, MONTEIRO FERNANDES, António, “Direito do trabalho”, cit., 755 e ss.

1846 Cfr. ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando, “*La relación entre ley y convenio colectivo...*”, cit., 522.

1847 Cfr. art.º 56.º, n.º 3 e 4 da CRP.

1848 Cfr., respectivamente, art.º 541.º e 533.º, n.º 1, alínea b) do Código do Trabalho.

1849 V., a respeito, ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 255 e ss.

1850 Cr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 56.º, 308.

1851 Cfr. art.º 533.º, n.º 1, alínea a) do Código do Trabalho. V., ainda MONTEIRO FERNANDES, António, “Direito do trabalho”, cit., 752.

do Tribunal Constitucional — que “o direito à contratação colectiva não é um direito colocado sob reserva da lei. A Constituição não comete à lei a delimitação das matérias que as convenções colectivas de trabalho podem versar; comete-lhe apenas a regulamentação do exercício desse direito de negociação colectiva, designadamente do respectivo processo. E, então, como todas as matérias atinentes à relação laboral se encontram constitucionalmente abertas à negociação colectiva, a lei só pode subtrair alguma delas à contratação quando se verificarem os requisitos do artigo 18º, n.º 2, da Constituição; ou seja: apenas quando a Constituição prever expressamente a possibilidade de restrição e esta se mostrar necessária, adequada e proporcionada à salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, caso em que a mesma se deve limitar ao mínimo requerido para essa salvaguarda”¹⁸⁵².

Parece-nos ser esta última uma posição mais adequada, porque flexível. Pode-se falar numa garantia institucional de autonomia contratual colectiva, a qual não deve ser aniquilada por via normativo-estadual. Na verdade, sendo um direito delimitado e balizado pela lei, não deve esta invadir desproporcionalmente o respectivo âmbito substantivo — proibindo-se a regulamentação colectiva por via legal, em termos de esta disciplinar integralmente as relações de trabalho, de forma inderrogável pelas convenções colectivas —, reconhecendo-se um espaço mínimo de contratação colectiva. Num certo sentido, pode-se afirmar que se está perante um “modo de regulação autónoma das relações de trabalho” que afasta o monopólio legiferante e convoca os próprios interessados para a tarefa normadora. A lei, sem perder o seu papel tutelar, deixa suficientes espaços livres para conformação por parte da auto-regulação¹⁸⁵³.

3. Outras normas com valor infra-legal

Já deixamos assinalada em momento anterior da investigação a conclusão de que as normas de produção unilateral confessional — não as de produção pactuada — se podem encontrar escalonadamente subordinadas às normas com valor legal, a estas devendo obediência normativa. Tal escalonamento, também o dissemos, não se afere em termos de validade das normas em confronto — pois estamos perante normas provenientes de ordenamentos

1852 Assim, acórdãos do TC nº 517/98, in DR, II, 10 de Novembro de 1998 e n.º 391/2004, in DR, II, 7 de Julho de 2004. V., ainda, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 56.º, 307.

1853 Cfr. ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando, “*La relación entre ley y convenio colectivo...*”, cit., 522.

diversos e criadas debaixo da aba de uma Norma fundamental também diversa – mas em termos de aplicabilidade das mesmas.

Ora, a coerência sistemática impõe que seja feita aqui referência a tal tipo de normas. Sem efectuar repetições desnecessárias e economicamente pouco proveitosas, importa somente destacar que a colocação neste patamar justifica-se pela consideração de que o poder normativo das Igrejas é um poder subordinado juridicamente ao poder estadual, o que implica que as suas normas podem ser consideradas ilegais e e inaplicáveis na ordem interna se forem desconformes com as normas legais. De resto, nas situações em que tal desconformidade não se verifique, pode-se admitir, em relação aos actos administrativos internos, e também nos termos referidos, uma substituição da precedência da lei pela precedência da norma religiosa.

4. Normaçoão com valor infra-legal e escalonamento normativo

A colocação dde todas estas normas – regulamentos, convenções colectivas e confessionais – no escalão normativo adequado deve ser feita a partir das coordenadas fornecidas pelo princípio da hierarquia. No que particularmente diz respeito aos regulamentos, importa ter em atenção a tripla subordinação a que estão sujeitos: normas constitucionais, normas legais que os enquadram – sendo ainda de assinalar, no caso de regulamentos regionais, as normas estatutárias respectivas – e normas regulamentares emanadas pelas entidades superiores. Naturalmente que, também aqui, é a CRP, e não a lei, quem estabelece a hierarquia normativa, o que acarreta a consequência de que as escalas de ordenação que são fixadas pelo legislador constituinte não poderão posteriormente ser alteradas ou subvertidas por acto legal. Em particular, é de considerar inconstitucional a lei que delega num regulamento possibilidades de alteração normativa em si própria ou em outras leis¹⁸⁵⁴, como aconteceria nos denominados *regulamentos delegados*, com efeitos derogatórios ou modificativos – que, sem revogarem a lei, a substituem ou alteram em certos casos determinados –, revogatórios

1854 Cfr. art.º 112.º, n.º 5 da CRP e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 115.º, 511, e o que dissemos supra, acerca da proibição da autopoiése legal (pp. 507 e ss.).

— eliminam a lei do ordenamento normativo —, ou suspensivos — tornam temporariamente ineficaz uma lei preexistente¹⁸⁵⁵.

No que especificamente diz respeito às relações hierárquicas que se podem estabelecer dentro deste escalão, importa referir que os regulamentos também podem encontrar-se hierarquizados entre si, de forma correlativa à hierarquia dos órgãos que os emanam¹⁸⁵⁶, podendo-se dizer que os regulamentos das autoridades inferiores não podem contradizer os regulamentos das superiores¹⁸⁵⁷. Vale isto por dizer que os próprios regulamentos ordenam-se dentro da mesma classe, sempre num plano inferior à lei, em função de eixos de infra- e supra-ordenação e segundo a posição que o órgão emanante ocupa na estrutura organizativa¹⁸⁵⁸.

Contudo, o estabelecimento destas relações hierárquicas apenas pode ter lugar dentro de um círculo preciso, delimitado pelo princípio da competência. Com efeito, os regulamentos de uma determinada entidade integrada numa determinada escala de ordenação não são inferiores nem superiores aos de uma outra, integrada numa escala de ordenação diversa. Por exemplo: regulamentos das Autarquias locais, em princípio, não estão ordenados em relação aos regulamentos Estaduais, das outras Autarquias, ou das Regiões autónomas, valendo em princípio uma separação estanque entre os respectivos âmbitos materiais¹⁸⁵⁹. Por isso se pode dizer que o princípio da

1855 Um exemplo recente de tal delegação pode ser encontrado na norma constante do art.º 4.º, n.º 1 do Código do Trabalho, na parte em que prevê — ou melhor, previa, na medida em que o Tribunal constitucional a considerou inconstitucional, tendo-se procedido a reformulação do enunciado — que um acto legislativo (o próprio código) confere a actos de natureza não legislativa o poder de afastar a aplicação dos seus preceitos. Referia o citado artigo que “as normas deste Código podem ser afastadas por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Ora, como se sabe (cfr. art.º 2.º do Código do trabalho), os instrumentos de regulamentação colectiva podem ser instrumentos negociais (basicamente as convenções colectivas) ou instrumentos não negociais, de “clara natureza administrativa”. Neste últimos inserem-se os denominados “regulamentos de extensão” — através dos quais, em determinadas circunstâncias se procede à extensão do âmbito de aplicação das convenções colectivas, mas sem que se considere que haja produção normativa inovatória — e os regulamentos de condições mínimas — que já integram produção normativa inovatória. Neste quadro, defendeu o órgão máximo da nossa jurisdição constitucional que “ao prever que as normas não absolutamente imperativas nem supletivas (...) do Código (que é um acto legislativo) possam ser afastadas por regulamentos de condições mínimas (que são actos de natureza não legislativa), o questionado artigo 4.º, n.º 1, viola irremissivelmente o disposto no artigo 112.º, n.º 5, da CRP”. Cfr., a propósito, acórdão do TC n.º 306/2003, in DR, I, 18 de Julho de 2003.

1856 Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, cit., 192.

1857 V. QUEIRÓ, Afonso, “Teoria dos regulamentos”, cit., 18.

1858 V. ALFONSO, L. P. (org), JIMÉNEZ- BLANCO, ORTEGA ÁLVAREZ, “*Manual...*”, cit., 195.

1859 Assim, GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, cit., 217.

hierarquia opera só no interior de cada sub-agregado, encontrando-se estes separados uns dos outros pelo princípio da competência.

Além disso, os regulamentos são parâmetro aferidor da validade dos actos administrativos concretos emanados ao seu abrigo, o que significa que não podem ser por estes contrariados (princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos¹⁸⁶⁰).

Em termos de articulação com o princípio cronológico, importa finalmente dizer que o regulamento independente, em princípio, não caduca com a revogação da lei habilitante.

1860 V. SANTAMARÍA PASTOR, J. "*Principios...*", cit., 340.

Divisão II

Relações de
equiposicionamento

§ único: sequência

Após termos estabelecido a sequência ordenada dos mais significativos tipos normativos que relevam juridicamente no ordenamento constitucional português, chegou o momento de procurar encarar esses mesmos tipos numa perspectiva diversa – já não a da sua colocação em degraus ou escalões, apelando ao princípio da hierarquia enquanto critério resolutor de conflitos normativos, mas a do tipo de relações que eles estabelecem quando estão em confronto com outros actos com a mesma dignidade hierárquica. Podemos falar aqui em relações de equiposicionamento, de paridade ou de coordenação¹⁸⁶¹, por oposição às relações de escalonamento até agora referidas, procurando significar o conjunto de enlances normativos que se celebram entre actos inseridos no mesmo escalão.

Em modo de aproximação, pode-se dizer que as mais importantes consequências jurídicas que se desencadeiam quando tais enlances se verificam respeitam à limitação de eficácia dos respectivos actos, seja de uma forma mais intensa – como por exemplo nas situações de revogação –, seja de uma forma mais moderada – como é o que sucede nas situações de derrogação, desbancamento ou suspensão –, num caso ou no outro, a maior parte das vezes, por operatividade dos critérios cronológico e da especialidade.

Ainda de um modo introdutório, é conveniente destacar a ideia de que, na verdade, casos existem em que apenas aparentemente o enlace normativo entre dois actos equiordenados se verifica – é o que se passa particularmente quando um dos actos de move num domínio de reserva material. Aqui, como se compreende, apenas actos emanados pelo mesmo normador (competente) serão aptos a desencadear os efeitos consequentes da equiordenação, estando todos os restantes impedidos de o fazer, na medida em que se aceita indiscutivelmente que o princípio da competência bloqueia a actuação dos critérios resolutórios de conflitos. Por outras palavras, apenas serão aqui referidas as situações designadas por ZAGREBELSKY como “concorrência horizontal”¹⁸⁶².

Enfim, neste trecho, como se terá ocasião de verificar, trata-se, na maior parte dos casos, de proceder apenas à sistematização do muito que já foi dito até à presente fase da investigação pois, na realidade, mais não se fará do

1861 Neste último sentido, v. MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “*La seguridad jurídica en la configuración del Derecho...*”, cit., 308.

1862 Neste sentido, ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 66.

que convocar os critérios cronológico, da especialidade ou da territorialidade já falados — mas nunca o da hierarquia, como se compreende —, apenas com a diferença de que se tentará aqui adoptar uma perspectiva muito mais concreta do que a referida acima, buscando a referência localizada aos particulares actos normativos em confronto. Além disso, e como se procura efectuar um estudo positivamente localizado e que tem por referência o ordenamento normativo português, também parece evidente que apenas se deve incidir a atenção nas normas que o integram, ou seja, por um lado as normas emanadas de núcleos de produção internos e, por outro lado, as normas emanadas de núcleos de produção externos, mas que nele foram objecto de incorporação. Assim, a análise não incidirá nem sobre os actos internos que, em face dos critérios por nós adoptados, não podem ser considerados normas — como é o caso dos actos objecto do impulso privatístico de abertura atrás referenciado —, nem sobre os actos externos que, não obstante poderem ser considerados normas, não são objecto de incorporação no agregado interno — que é o que acontece, como nos recordamos, com o Direito material estrangeiro convocado pelas regras de conflitos em sede de Direito internacional privado.

Deste modo, e de um ponto de vista sistemático, procuraremos referir-nos sucessivamente às relações de equiordenação que se estabelecem entre as normas integrantes dos diversos escalões de acordo com a ordem com que eles foram apresentados nos momentos anteriores da presente investigação.

Assim sendo, começaremos pelo escalão das dimensões constituintes fundamentais.

1. Entre normas integrantes do escalão das dimensões constituintes fundamentais

1.1. Normas formalmente constitucionais

A compreensão do quadro sistemático das relações que se podem estabelecer entre normas integrantes da Constituição em sentido formal — normas criadas por um poder exclusivo (poder constituinte) e de acordo com um procedimento de produção específico (procedimento constituinte) — será adequadamente alcançada se for assumida previamente a distinção, já por

nós referida, entre ponto de vista sincrónico e ponto de vista diacrónico¹⁸⁶³. De acordo com o primeiro, interessa captar as normas constitucionais (o resultado da produção normativa constitucional) num determinado momento historicamente localizado, de modo a que se possam colher as relações entre essas normas, todas elas simultaneamente vigentes. Já de acordo com o segundo, interessará mais a sequência de normas, numa perspectiva dinâmica, onde se procurará analisar as questões relacionadas com a sua sucessão¹⁸⁶⁴.

a) Enfoque sincrónico (dinâmico)

Embora seja uma situação teleologicamente a evitar, pode acontecer que duas normas que integram a mesma Constituição (contemporâneas, portanto) prevejam um conteúdo normativo que, ao menos aparentemente, seja conflitual. Pense-se, por exemplo, na Constituição que simultaneamente reconhece a liberdade de escolha de cargo ou profissão e limita o acesso à magistratura ou à vereação municipal aos cidadãos nacionais de origem; ou ainda quando afirma que todos são iguais perante a lei e impõe um sistema progressivo de tributação do rendimento pessoal. Em situações como esta, não pode deixar de se concordar com a ideia de que o texto constitucional não constitui um bloco valorativamente unitário e com soluções concretas uniformizadas e absolutamente coerentes, antes devendo admitir-se que nele se encerram dados normativos conflituais e dissidentes. Utilizando as palavras de GOMES CANOTILHO¹⁸⁶⁵: “Considerar como uma ordem ou um sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer (...) que ela é (...) o resultado de um *compromisso* entre os vários actores sociais”. Acrescenta ainda que “o *consenso fundamental* quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar (...) o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador”.

Ora, nestes casos, a solução deverá passar sempre pela tentativa de superação do conflito mediante a harmonização das disposições em dissídio sem afastar ou considerar inválida qualquer uma delas, apelando ao importante princípio da *unidade hierárquico-normativa da Constituição*¹⁸⁶⁶. Estamos aqui

1863 V. GUASTINI, Ricardo, “*Ordinamento Giuridico*”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, 419 e ss. e BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “*Sobre el concepto de Orden Jurídico*”, cit., 397.

1864 A respeito da sucessão de ordenamentos, v. ROMANO, SANTI, “*L’Ordinamento Giuridico...*”, cit., 159 e ss.

1865 Assim, “Direito constitucional...”, cit., 1182.

1866 V., a propósito, GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, cit., 1223; SODAN, Helge, “*Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 871; HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 27; INSENSEE,

a referir-nos a um postulado hermenêutico da mais suprema relevância e que constitui um instrumento valioso na tarefa de assegurar a coerência interna do texto, pressupondo a interdependência dos vários elementos que compõem a Constituição e assumindo que todas as suas normas têm o mesmo valor jurídico normativo – não sendo umas superiores às outras¹⁸⁶⁷ – e devem ser interpretadas no sentido de evitar as contradições com outras¹⁸⁶⁸. Entre outras consequências práticas, com esta convivência concorrente afasta-se a possibilidade de (i) desconsideração da vinculatividade de algumas normas constitucionais (v.g., normas programáticas)¹⁸⁶⁹ e (ii) de existência de *normas constitucionais inconstitucionais com base em contradições positivas*, cuja existência poderia acarretar a prazo, por incoerência e perda de força normativa, a morte da Lei fundamental.

É claro que este tipo de metodologia será mais fácil de conseguir em sede de princípios do que de regras, pois estas como já vimos – principalmente as regras jurídico- organizatórias –, estão genericamente sujeitas à lógica do “tudo ou nada”. Tal leva a concluir que, na verdade, no primeiro dos domínios apontados existe uma mera contrariedade ou “oposição fraca” – tradutora de uma relação, não de exclusividade mas de incompatibilidade, já que no plano abstracto os princípios dissonantes são susceptíveis de coexistência e de terem o mesmo âmbito aplicativo¹⁸⁷⁰ – e onde em relação directa com o *princípio da unidade* está o da “concordância prática” (*praktischer Konkordanz*), que exige uma ponderação de bens jurídicos quando as respectivas normas consagradoras estejam em confronto¹⁸⁷¹. No plano das regras, diversamente, já se deverá falar em autêntica contraditoriedade ou

“*Verfassungsrecht als politisches Recht*”, cit., 127; STERN, Klaus, “*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*” (trad. Espanhola: “*Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*”, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1987), 265 e ss.

1867 Contudo, devemos concordar com KLAUS STERN (“*Derecho del Estado...*”, cit., 268) quando afirma que, em rigor, determinadas partes da Constituição têm uma “consistência superior”, derivada de uma “intangibilidade formalmente garantida”. Estamos a referir-nos, como se intui, às normas que gozam de um especial invólucro protector conferido pelos limites materiais de revisão (cfr., por exemplo, art.º 288.º da CRP). Tal invólucro, contudo, não significa que, num determinado momento e em confronto com outras, as normas aqui protegidas devam prevalecer. Significa apenas que, num momento futuro, aquando da intervenção do legislador constituinte derivado, numa revisão da Constituição, elas devem ser consideradas imunes a qualquer ataque.

1868 V. GOMES CANOTILHO, “Direito constitucional...”, cit., 1225; HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 27.

1869 Cfr. STERN, Klaus, “*Derecho del Estado...*”, cit., 265.

1870 Cfr. SANTIAGO NIÑO, Carlos, “*Introducción...*”, cit., 272, 273.

1871 Acerca da projecção deste último princípio no âmbito das regras consagradoras de Direitos fundamentais, onde ganha relevante operatividade, v. FERREIRA da CUNHA, Paulo, “Teoria da Constituição”, II, Verbo, Lisboa, 2000, 282.

“oposição forte”, o que traduz uma relação de absoluta insusceptibilidade de coexistência no mesmo corpo normativo, quase exigindo o afastamento de uma delas.

b) Enfoque diacrónico (dinâmico)

O problema dos dissídios entre normas constitucionais não contemporâneas ou da sua sucessão temporal parece ser plenamente resolvido mediante a convocação do critério cronológico e, consequentemente, do princípio *lex posteriori*. Assim sendo, em termos de princípio, e sem prejuízo da natureza transgeracional subjacente¹⁸⁷², pode-se afirmar que a manifestação de vontade constituinte mais recente prevalece sobre a manifestação de vontade constituinte mais antiga, revogando-a, num claro sinal da função de pacto social dinâmico (“*dynamisierten Gesellschaftsvertrag*”) que as Constituições devem desempenhar.

Contudo, a revogação referida não é indiferente ao tipo de decisão constituinte que está na sua base. Aproveitando a lição de JORGE MIRANDA¹⁸⁷³, poderemos apontar as seguintes linhas de orientação:

- (i) nas situações em que está em causa uma manifestação do poder constituinte originário (vg., após uma revolução ou a fractura de um Estado com o surgimento de dois novos¹⁸⁷⁴), está-se perante uma revogação global ou de sistema devendo a Constituição nova – sem prejuízo de alguma declaração de recepção material¹⁸⁷⁵ – revogar integralmente a constituição anterior, atenta a inadmissibilidade de convivência pacífica, no mesmo ordenamento unitário, das duas. Além disso, e ainda como refere o citado autor, não cabe indagar da compatibilidade de qualquer norma constitucional anterior – em princípio já não válidas – com a norma constitucional correspondente no novo texto constitucional, até porque o fundamento de validade – a correspondente Norma fundamental – já não é o mesmo.
- (ii) diversamente, nas situações em que está em causa uma manifestação do poder constituinte derivado (revisão da constituição), deve-se falar em revogação individualizada ou norma a norma, na medida em que as alterações introduzidas (no caso do ordenamento normativo

1872 Cfr., a respeito, BODO PIEROTH, “*Die Verfassung als Gesellschaftsvertrag*”, cit., 159 e ss.

1873 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo II, 305.

1874 Cfr., a respeito, BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*”, cit., 287.

1875 V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo II, 306.

português, pela Lei constitucional respectiva¹⁸⁷⁶) apenas vão fazer sentir os seus efeitos sobre algumas das normas preexistentes.

1.2. Normas materialmente constitucionais

Como vimos, uma análise normativamente adequada do ordenamento português leva a concluir que se integram ainda no seu escalão fundante outro tipo de normas além das formalmente constitucionais. Entre as normas materialmente constitucionais com dignidade formal superior aos actos que integram todos os outros escalões, encontramos as normas de Direito internacional geral ou comum – onde relevam determinados princípios radicados na consciência jurídica geral¹⁸⁷⁷ – e as normas de Direito europeu comunitário de carácter primário, nomeadamente as que formam uma eventual “Constituição europeia”.

Chegou agora o momento de nos debruçarmos sobre as consequências jurídicas da oposição entre este tipo de normas, embora se deva ter sempre presente que tal oposição, além de não ser desejável, não ocorrerá frequentemente. Contudo, a hipótese jurídica subsiste e cumpre dar alguma proposta de solução ao problema que lhe está subjacente. Deste modo, no que diz respeito à harmonização dos dissídios que podem ocorrer entre as normas em análise, propomos o seguinte *modus operandi*:

- (i) Na situações em que se verifique uma contradição – insistimos: pouco provável – entre uma norma de Direito Internacional geral ou comum e uma norma constitucional interna, parece-nos ser de empregar o arsenal metodológico utilizável nos conflitos entre normas constitucionais; em particular, deve-se convocar os princípio da unidade da Constituição (aqui em sentido material) e da concordância prática no sentido de procurar harmonizar os espaços de tensão criados pelas normas em dissídio¹⁸⁷⁸. Deste modo, nem a norma constitucional interna, nem a norma internacional serão postergadas, e o aplicador respectivo – o Tribunal constitucional ou os tribunais ordinários – tentará buscar a máxima efectividade ou o máximo sentido jurídico útil de qualquer delas. Esta tarefa justifica-se pois, recorde-se, não pode um órgão pertencente a um

1876 Cfr. art.º 166.º, n.º 1 da CRP.

1877 Cfr., a propósito, MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsches Staatsrecht*”, cit., 430.

1878 Assim, HESSE, Konrad, “*Grundzüge...*”, cit., 27.

ordenamento aferir da validade de uma norma pertencente a um outro, na medida em que não se encontra debaixo da alçada normativa da Norma fundamental respectiva, apenas podendo aferir da sua aplicabilidade (produção de efeitos no caso em concreto) e, além disso, estamos aqui em presença de normas pertencentes aos mesmo escalão ou patamar, pelo que seria inviável tomar uma delas como parâmetro aferidor da outra.

- (ii) O mesmo resultado, entendemos, se deve procurar atingir quando estejamos perante o “choque” entre uma norma constitucional interna e uma norma de Direito europeu primário (v.g., normas constantes dos Tratados constitutivos). Aqui, a ideia de unidade até sairá reforçada se trouxermos ao discurso o que dissemos acerca da *identidade material* entre os ordenamentos respectivos e de *Komplementärverfassung*¹⁸⁷⁹: trata-se de dois agregados de normas – o português e o europeu – que são embebidos pelos mesmos princípios enformadores e têm fundamentos constitucionais comuns¹⁸⁸⁰, podendo-se até falar num Direito Constitucional Europeu (*Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*). Deve-se salientar que esta solução conduz a resultados substancialmente distintos dos que resultariam da aplicação do princípio do primado da norma externa (europeia), situação em que esta última desbancaria a norma constitucional interna. Pelo contrário, entendemos que o princípio do primado é um princípio verticalmente relativo¹⁸⁸¹ e que cede perante todas as normas com valor constitucional, de modo que o aplicador, nestes casos, em lugar de considerar inaplicável a norma de Direito interno contrária à de Direito europeu, deverá sempre – insistimos: sempre – compatibilizá-las, sem inutilizar os resultados jurídicos de qualquer delas. De resto, a tarefa, muitas vezes, até nem será difícil, na medida em que as normas aqui em confronto revestem um eminente conteúdo principialístico. As maiores dificuldades surgirão nas normas de natureza jurídico-organizatórias, situação onde as prescrições constitucionais deverão prevalecer face à ausência de *Kompetenz-kompetenz* da União e dos seus órgãos.
- (iii) Finalmente, a mesma solução será de seguir nas situações em que o aplicador tenha diante de si um confronto entre uma norma de Direito europeu primário e de Direito Internacional geral ou comum.

1879 Cfr. supra, p. 451.

1880 Cfr. IGLESIAS, Rodríguez “*Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung*”, cit., 2.

1881 Cfr. o que dissemos supra, pp. 371 e ss.

Uma última palavra para um conjunto de situações que só lateralmente nos poderão aqui ocupar. Trata-se de referir a solução jurídico-normativa a dar aos problemas derivados do confronto entre as normas acima referidas e as normas materialmente constitucionais dispersas por actos normativos infra-constitucionais. Será o caso, por exemplo, da oposição que se poderá verificar entre uma norma formalmente constitucional e uma outra plasmada num código avulso (v.g., código civil, código penal) à qual seja reconhecida dignidade constitucional; ou da oposição entre esta última e uma norma externa integrada no escalão fundante.

Parece-nos que nestes casos, em rigor, vale o princípio do escalonamento ou da hierarquia, pois deve-se aceitar como juridicamente correcto que, apesar de as normas ordinárias referidas poderem valer como parâmetro da constitucionalidade, elas continuam a ser precisamente isso — normas ordinárias, não subindo de grau ou escalão por tal motivo. Assim sendo, afigura-se manifesto que a norma formalmente constitucional prevalecerá sempre — por exemplo, quando dois direitos fundamentais estejam em confronto — devendo a norma avulsa ser considerada inaplicável ou mesmo inválida se o juízo for formulado pelo Tribunal constitucional. Do mesmo modo, deve ser dada prevalência à norma de Direito internacional ou de Direito europeu, apenas com a ressalva de que, aqui, valerá a ideia de primado da norma externa e consequente preferência aplicativa, devendo o juízo concreto abster-se de questionar a validade da norma interna desconforme.

2. Entre normas integrantes do escalão supra legal

Apenas com propósitos clarificadores, deve-se começar por salientar que integrámos neste escalão as leis constitucionais (leis de revisão constitucional), as leis que aprovam os estatutos político-administrativos das Regiões autónomas, as normas constantes dos Tratados internacionais (Direito internacional convencional) e do Direito confessional pactuado (Concordatas), bem assim como as normas Direito europeu comunitário secundário e as emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faz parte. Em termos sistemáticos, ainda reconhecemos que as decisões jurisdicionais com força obrigatória geral produzem efeitos jurídicos equivalentes aos actos aqui integrados. Na prática, alguns destes núcleos normativos consomem-se em outros de maior relevância. É o que se passa, por um lado, com as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faz parte cujo estatuto de integração as faz equivaler às normas de Direito europeu comunitário

derivado e, por outro lado, com as normas confessionais de produção pactuada, equiparadas para estes efeitos às normas de Direito internacional convencional.

Deste modo, tomaremos como referência de análise as seguintes situações possíveis de confronto, quase todas elas – em rigor, exceptuando-se apenas uma – envolvendo normas emanadas de formas de produção normativa não internas:

- (i) A hipótese de confronto entre uma lei constitucional (= lei de revisão constitucional) e uma lei aprovadora dos estatutos político-administrativos das Regiões autónomas é de muito pouco provável verificação. Desde logo, sob o ponto de vista temporal, só faz sentido colocá-la se entre a conclusão do procedimento agravado de aprovação da Lei constitucional – onde nem pode haver recusa de promulgação – e a sua entrada em vigor existir um lapso temporal (*vacatio legis*) suficientemente relevante para, entretanto, se aprovar uma lei estatutária sobre a mesma matéria. Caso contrário, se a Lei constitucional entrar logo em vigor, as normas respectivas passarão a integrar-se no escalão constitucional e valerá naturalmente o princípio do escalonamento. Na hipótese apontada de sucessão de duas leis supra-escalonadas, uma de revisão e a outra estatutária, em caso algum, parece-nos, deverá valer o princípio cronológico da *lex posteriori*, de modo que nenhuma delas se deve entender revogada. Não apenas um princípio geral de aproveitabilidade dos actos normativos, mas igualmente uma ideia de preservação da dignidade hierárquica dos actos e órgãos que os aprovam – que em bom rigor são diferentes (Assembleia da república munida de poderes de revisão num caso, e despida desses poderes no outro), embora os elementos componentes (deputados) possam ser os mesmos – militam nesse sentido. Assim, nesta académica situação, o aplicador deveria limitar-se à *aplicação do possível*, tentando harmonizar os preceitos dissonantes, fazendo apelo, mais uma vez, à ideia de concordância prática. Contudo, deve-se repetir a conclusão de que, a partir do momento em que a lei constitucional entre em vigor, o respectivo conteúdo passa a fazer parte integrante da Constituição em sentido formal, e, como tal, poderá implicar a inconstitucionalidade (superveniente) das disposições das leis estatutárias desconformes.
- (ii) Exactlymente o mesmo raciocínio valerá, entendemos, para as situações em que se verifique um confronto ou oposição entre uma mesma Lei constitucional e preceitos de Direito internacional

convencional (Tratado internacional), de Direito confessional pactuado (v.g., Concordata), Direito europeu comunitário secundário ou emanado dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faz parte, pelo que, em lugar de o reproduzir, limitamo-nos a efectuar a consequente remissão.

- (iii) Nas situações em que o aplicador tenha diante de si uma oposição entre uma norma de Direito europeu comunitário secundário — que, naturalmente não ultrapasse os limites das competências atribuídas — e uma norma de uma lei estatutária, as dificuldades são acrescidas. Por um lado, o princípio do primado da norma europeia impõe a solução de desaplicação da norma interna desconforme. Por outro lado, o princípio constitucional basilar da autonomia regional e a especial dignidade com que são revestidos os estatutos político-administrativos impõem a preferência aplicativa destes. O equilíbrio, difícil convenhamos, passará, em nosso entender, pela prevalência, que uma adequada ponderação dos dados normativos em jogo aconselha, da norma europeia, até porque a abertura constitucional proporcionada pelo art.º 8.º, n.º 4 da CRP assim o parece ditar. Deste modo, na situação em análise, o aplicador deverá utilizar esta última em detrimento da primeira, sem contudo questionar a validade de qualquer delas.
- (iv) Solução diversa poderia ser a que se impõe para as situações de colisão entre uma norma estatutária e uma norma emanada de um órgão de uma organização internacional. Aqui, deve-se reconhecer que a CRP, no mesmo art.º 8.º, mas no n.º 3, não permite uma abertura tão intensa, pois apenas reconhece que os actos em análise vigoram directamente na ordem interna — não dizendo como ou em que termos — e não se referindo à sua aplicabilidade, parecendo não poder concluir-se que esta seja aferida pelos termos definidos pelo Direito não nacional (ao contrário do Direito europeu, onde se afirma expressamente “nos termos definidos pelo direito da União”). Assim, só uma interpretação *demasiado extensiva* deste enunciado linguístico permitira nele ancorar uma preferência aplicativa (primado) da norma internacional, pelo que concluímos que, nestas situações, a ponderação referida na sub-alínea anterior tenderá a pender para o sobrepeso do princípio da autonomia e consequente preferência da norma que o expressa.
- (v) Também nos casos em que se verifique uma oposição entre uma norma constante de um tratado internacional — incluindo aqui as concordatárias ou confessionais pactuadas — e uma outra que faça

parte de uma lei estatutária, a harmonização ou concordância prática deve orientar a solução. Em todo o caso, sublinhe-se que dificilmente será concebível esta situação pois estamos em presença em ambos os casos de normas que são aprovadas pela Assembleia da República (excepto alguns acordos em forma simplificada) e que não são de ocorrência quotidiana, o que torna difícil uma oposição. Todavia, se esta se verificar, não nos parece de considerar a prevalência da vontade mais recente apenas por ser mais recente (princípio da *lex posteriori*).

- (vi) Seguidamente, cumpre fazer referência a um conjunto de situações no âmbito das quais se verifica um eixo de tensão entre normas não internas. A este propósito, é importante recordar que a presente investigação tem por referência o ordenamento normativo português e, conseqüentemente, os problemas jurídicos que perante os seus aplicadores normativos se levantem. Assim sendo, ficarão fora do âmbito das nossas reflexões os problemas de conflitos de normas que se ponham a juízes não internos, como os juízes dos tribunais internacionais ou comunitários (e, por maioria de razão, perante os juízes de outros Estados), apenas nos interessando os conflitos normativos susceptíveis de se desencadearem perante o juiz interno. Assim, perante este, e no âmbito que presentemente nos ocupa, duas situações conflituais podem deparar-se-lhe:

- 1) em primeiro lugar, pode ter diante de si duas normas não internas, mas pertencentes ao mesmo ordenamento. Pense-se na hipótese de um conflito entre duas normas constantes de dois tratados internacionais (normas convencionais) ou de duas normas de Direito europeu comunitário. Aqui, importa começar por convocar o princípio da harmonização (concordância prática) no sentido de tentar aplanar as divergências internas e, na medida do possível, concluir no sentido da presença de um mero conflito aparente. Se tal não for viável, deve-se apelar aos critérios de resolução de conflitos do próprio ordenamento considerado, que, muitas vezes, buscam inspiração dos critérios das ordens internas (sem que tal, todavia, signifique uma transposição acrítica dos mesmos)¹⁸⁸². Na ausência de critérios próprios, o aplicador poderá suprir a lacuna, segundo cremos, com a aplicação destes últimos.

¹⁸⁸² V., por exemplo, QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, "*Droit International Public*", cit., 273 e ss. V. ainda art.º 30.º da CV.

2) Em segundo lugar, pode ter diante de si duas normas não internas, mas pertencentes a ordenamentos distintos. Será o que se passa, por exemplo, quando se verifica um dissídio entre uma norma europeia comunitária e uma norma de uma convenção internacional geral ou quando uma destas últimas colide com uma norma emanada de uma organização internacional de que Portugal faz parte ou com uma norma confessional pactuada. Ora, nestas situações, a solução é tudo menos pacífica, ainda para mais se tivermos presente que estamos diante de normas que se situam no mesmo plano normativo e estabelecem reciprocamente relações de paridade. Na verdade, tanto se pode procurar estabelecer uma delimitação material entre as normas em confronto, fazendo actuar o princípio da competência — o que é extremamente difícil, nomeadamente no âmbito do Direito internacional, pois este não se pode reduzir a um conteúdo necessário —, como se podem aplicar os critérios que um dos ordenamentos em causa haja eventualmente criado. Neste último sentido, por exemplo, o juiz interno poderia aplicar os critérios estabelecidos pelo Direito europeu para a resolução dos conflitos com o Direito internacional, absorvendo-os e reconhecendo-os como adequados; do mesmo modo, pode entender que são válidas as regras de conflitos que, no âmbito das concordatas, se destinam a dirimir os litígios com outros tratados internacionais. Num caso ou no outro, o aplicador interno recolhe preceitos sobre normas oriundos de outros ordenamentos (v.g., europeu, internacional, confessional) e admite-os na ordem interna como uma espécie de forma de integração de lacunas (hetero-integração), solucionado o diferendo normativo existente. Na ausência de soluções externas, mais uma vez, deve-se procurar empregar os métodos conflituais clássicos (cronológico e especialidade). Importa observar que, seja qual for a solução, ela passará necessariamente pela inaplicabilidade da norma preterida e nunca pela sua invalidade (ou revogação) pois, por um lado, nenhuma das normas em oposição constitui o parâmetro aferidor da validade da outra — pois pertencem a ordenamentos diferentes e estão submetidas a também diferentes *Normas fundamentais* —, e, por outro lado, o juiz interno não tem competência para se pronunciar sobre a validade e vigência de normas que não estão integradas no seu agregado.

- (vii) Por fim, e no que diz respeito às decisões jurisdicionais com força obrigatória geral, cumpre apenas referir a prerrogativa de invalidação das suas normas-objecto (sempre normas internas) e a impossibilidade de posterior invasão do núcleo material respectivo por uma norma posterior desconforme. Tal parece ser o alcance adequado a reconhecer à vinculação das entidades públicas que tais decisões impõem.

3. Entre normas integrantes do escalão legal

O estudo em concreto das relações de paridade que se podem estabelecer entre os diversos actos quer integram o escalão legal seria levemente feito se convocássemos apenas o critério cronológico. Na verdade, o princípio *lex posteriori* e a consequente derrogação ou revogação da manifestação de vontade normativa menos recente não se afigura suficiente para explicar o quadro das conexões normativas que se podem estabelecer neste patamar, devendo ser trazida à análise — ou melhor, devendo ser recordada — a ideia de valor reforçado, que aqui poderá desempenhar um papel de extrema importância¹⁸⁸³.

Com efeito, e como já tivemos oportunidade de assinalar, pode acontecer que, dentro de um determinado escalão, se estabeleçam relações de desvalor entre actos que o integram, sem que tal signifique, contudo, a introdução de uma hierarquia entre si. Trata-se, na realidade, de reconhecer que determinados actos normativos, em virtude de uma especial habilitação constitucional, podem definir o regime jurídico a que ficam sujeitos outros actos subsequentes que lhe estão equiordenados ou equiposicionados, vinculando-os e estabelecendo com eles uma relação de proeminência não hierárquica¹⁸⁸⁴. Em termos simples, são actos legislativos — verdadeiras leis ordinárias — que, nos termos da Constituição, devem ser respeitados por outra lei, sob pena de ilegalidade¹⁸⁸⁵. Convém insistir no ponto de que não é criado mais um degrau no escalonamento normativo, sendo apenas reconhecida uma especial supremacia jurídica *dentro* do mesmo escalão.

Será tendo presente estas coordenadas que avançaremos na tarefa que temos entre mãos, procurando averiguar qual a solução tecnicamente mais

1883 Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 137 e ss., 222 e ss. e *passim*.

1884 Assim, MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 355. V., tb, a propósito Acórdão n.º 358/92, DR 26 de Janeiro de 1993, I.

1885 Cfr. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 357.

adequada a dar aos problemas decorrentes da colisão entre (i) as próprias leis com valor reforçado entre si, (ii) as leis com valor reforçado e os actos legislativo sem valor reforçado e, finalmente, (iii) actos legislativos sem valor reforçado. Além disso, mostra-se igualmente relevante fazer uma menção, ainda que breve, às relações de tensão que se podem estabelecer entre os actos legislativos e, por um lado, as resoluções normativas e, por outro lado, os resultados das consultas referendárias.

a) Entre leis com valor reforçado

O primeiro aspecto que merece aqui ser salientado é o de que, como aliás já se disse, não existem relações de hierarquia entre as próprias leis com valor reforçado, situando-se todas elas no mesmo plano normativo-valorativo¹⁸⁸⁶. Assim sendo, em princípio, não faz sentido afirmar a prevalência funcional de uma em relação à(s) outra(s), nem, consequentemente, será possível declarar a ilegalidade desta(s) por violação da primeira. Assim, numa abordagem inicial, cabe dizer que vale aqui o princípio cronológico geral de acordo com o qual a lei nova afasta a lei antiga, a maior parte das vezes revogando-a.

Todavia, esta conclusão poderá ser adulterada se trouxermos à discussão o princípio da competência e a sua particular incidência em alguns destes domínios. Na verdade, o que acontece é que, por vezes, uma determinada lei com valor reforçado ocupa, por imposição constitucional e de uma forma exclusiva, um segmento material determinado, afastando a concorrência de qualquer outro acto. É o que se passa, nomeadamente, com as denominadas leis orgânicas ou com as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços dos deputados¹⁸⁸⁷. Nestas situações, como bem se compreende, qualquer manifestação normativa intromissora será, à partida organicamente inconstitucional e não terá potência suficiente para fazer desencadear os efeitos revogatórios normais que lhe seriam reconhecidos, podendo-se mesmo afirmar que o princípio da competência acaba por consumir outro tipo de relações¹⁸⁸⁸.

1886 Cfr. Cfr. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 353 e ss.

1887 Como, por exemplo, a lei respeitante à definição da composição, das competências, da organização e do funcionamento da entidade administrativa independente do sector da comunicação social, ou à lei dos círculos eleitorais. Cfr. art.º s 166.º, n.º 2 e 168.º, n.º 5 da CRP.

1888 O referido no texto, pressupõe, naturalmente, que a mencionada lei intromissora seja declarada inconstitucional pelo Tribunal constitucional, apagando-se (em princípio) retroactivamente todos os efeitos por ela produzidos (cfr. art.º 282.º da CRP). Se tal não acontecer – e uma vez que estamos em face de um vício ao qual se reconhece a consequência da anulabilidade (cfr. MEDEIROS, Rui “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional” in O Direito, ano 121.º, 1989, III, *passim*) –, essa lei

Do mesmo modo, se eventualmente se verificar entre as normas em tensão uma relação de especialidade, levando a afirmar-se que uma apresenta uma disciplina normativa mais específica em relação à outra, o critério cronológico cede e deve ser dada preferência aplicativa à norma especial, anterior ou posterior.

Além disso, também é de salientar a circunstância de que uma particular lei das que agora se referem desempenha, se assim podemos dizer, um acrescido carácter reforçado em face de outra, também ela reforçada: estamos a fazer referência à lei de enquadramento do orçamento do Estado e à lei do orçamento do Estado propriamente dita. Ambas são, como vimos atrás, leis com valor reforçado, mas a primeira das apontadas é duplamente reforçada (sem, contudo, abandonar este escalão): em face das leis ordinárias “normais” e em face de cada lei orçamental anual. Assim sendo, mais uma vez, não poderá aqui operar o princípio cronológico, antes valendo o reforço constitucionalmente garantido a favor da primeira que serve de parâmetro aferidor da validade da segunda.

Em resumo, no que diz respeito à colisão entre leis com valor reforçado, vale em princípio o critério cronológico referido, pelo que a lei reforçada mais recente revoga, derroga, modifica, suspende ou interpreta a lei reforçada mais antiga, apontando-se três excepções:

- em primeiro lugar, as situações de reserva constitucionalmente reconhecida, onde se impõe o princípio da competência, inconstitucionalizando a lei intromissora, independentemente de esta ser anterior ou posterior à lei reforçada “válida”;
- em segundo lugar, as relações de especialidade, no âmbito das quais a norma especial goza de preferência aplicativa; e
- em terceiro lugar, em matéria orçamental, onde a lei de enquadramento respectiva prevalece sempre sobre a lei orçamental, parametrizando-a.

Um caso especial é revelado pelos decretos normativos do Presidente da república que integramos neste escalão¹⁸⁸⁹ e que aqui merecem uma menção particular.

produz efeitos “normalmente” e são-lhe reconhecidos os efeitos decorrentes da aplicação do critério cronológico.

1889 Cfr. supra, p. 563.

Os decretos do Presidente da República que possuem a virtualidade de se aproximarem, em termos de efeitos, dos actos legislativos reforçados são os que respeitam à declaração do estado de sítio ou estado de emergência. Como tivemos oportunidade de assinalar em momento anterior, estamos em presença de um acto que, embora emanado por um órgão constitucional não legislativo, reveste clara natureza prescritiva e efeitos legais típicos.

Em caso de confronto com outra lei reforçada, e sem prejuízo do reconhecimento de esferas de competência reservadas, os princípios cronológico e da especialidade parecem ter plena aplicabilidade, sendo de aceitar que os decretos em análise (i) revogam, derogam, modificam, suspendem ou interpretam as leis anteriores de âmbito material idêntico desconformes e, (ii) na medida em que se afirmem como uma norma especial, têm preferência sobre as leis gerais anteriores.

Contudo, uma particularidade será aqui de apontar: em virtude da especial configuração deste tipo de actos e tendo em atenção as suas finalidades, deve-se entender que, enquanto durar o estado declarado, resistem à investida de leis posteriores, sejam estas gerais ou especiais. Estamos assim em presença do que se poderia designar por acto com *valor reforçado acrescido*, levando a aceitar uma sub-distinção entre os próprios actos reforçados.

b) Entre lei com valor reforçado e acto legislativo sem valor reforçado

Outra situação no âmbito da qual o princípio cronológico não opera é a que se verifica nos casos em epígrafe. Aqui, o valor reforçado reconhecido constitucionalmente — e sempre constitucionalmente¹⁸⁹⁰ — a uma das normas em dissídio implica o reconhecimento de uma resistência acrescida que tem como consequência mais imediata a insusceptibilidade de revogação, derrogação, modificação, suspensão ou interpretação por norma não reforçada posterior (que não tem *força* para tal). A sua eventual revogação (ou efeitos *equivalentes*, bem entendido) só poderá ser juridicamente efectuada por outra norma com valor reforçado¹⁸⁹¹.

1890 V., uma vez mais, Cfr. MIRANDA, Jorge, "Manual...", cit., tomo V, 354.

1891 Será o caso, por exemplo, da lei do orçamento do Estado — ou melhor, das normas materialmente orçamentais que a integram —, que só poderá ser alterada ou revogada por lei idêntica que possa intervir no mesmo domínio material. Consequentemente, nunca tal poderá suceder quando o acto "agressor" for uma mera lei ordinária ou um decreto-lei simples, que serão considerados ilegais em situações de desconformidade. Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, "As leis reforçadas...", cit., 811.

Além disso, a lei com valor reforçado – ou acto normativo equiparado – impõe-se. Esta imposição é sinónimo, como vimos, de parametricidade¹⁸⁹², quer num sentido dinâmico – mediante a previsão da forma de produção normativa da norma não reforçada –, quer principalmente num sentido estático (garantístico) – declarando-se ilegal a norma contrária, através de um especial processo judicial de fiscalização¹⁸⁹³. Por este motivo, em rigor, a norma com valor reforçado não revoga a norma sem valor reforçado anterior desconforme, mas antes a invalida supervenientemente.

c) Entre actos legislativos sem valor reforçado

A maior tendência para afirmar a operatividade do critério cronológico e da regra de afastamento da manifestação de produção jurídica anterior encontra-se precisamente no âmbito da produção de efeitos de normas legais sem valor reforçado. Aqui, a uma norma legal sucede-se outra norma legal e, tradicionalmente, entende-se que esta última afasta definitivamente a primeira do ordenamento. Contudo, apenas parcialmente esta conclusão é correcta pois ela pode ser corrompida, por um lado pela intervenção do critério da especialidade e, por outro lado pela diversidade constitucionalmente prevista de tipos de actos legislativos. A propósito deste último ponto, convém apenas recordar a ideia de que a distinção entre os tipos assenta num critério fundamentalmente orgânico, que tem em vista a competência do respectivo órgão produtor¹⁸⁹⁴, embora tal não tenha por assumido um apartamento claro de domínios materiais.

Vejamos então que possíveis conflitos se podem aqui desenhar.

α) Entre lei e decreto-lei

Em primeiro lugar, cabe mencionar os conflitos entre os actos legislativos emanados pela Assembleia da república e pelo Governo em confronto recíproco. Neste domínio, é já clássica a regra do ordenamento jurídico-constitucional português de acordo com a qual “lei e decreto lei têm igual valor”¹⁸⁹⁵, significativa da plena utilização do critério cronológico para resolver as antinomias entre ambos os actos – valendo, portanto, um princípio de

1892 Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 158.

1893 Cfr. art.º s 280.º, n.º 2, alínea a) e 281.º, n.º 1, alínea b) da CRP. V. MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 357.

1894 V. BLANCO de MORAIS, Carlos, “As leis reforçadas...”, cit., 274.

1895 Cfr. art.º 112.º, n.º 2, 1.ª parte, da CRP.

afastamento recíproco (revogação) da respectiva disciplina jurídica — e da convocação, quando for caso disso, do critério da especialidade. No âmbito deste último, é de aceitar que a lei especial possa derrogar o decreto-lei geral anterior, do mesmo modo que o decreto lei especial pode introduzir particularidades de regime na disciplina da lei geral anterior.

Contudo, importa observar que esta é uma paridade apenas tendencial, que só se torna operativa em matérias de competência legislativa concorrente, ou seja naqueles domínios materiais que não estão constitucionalmente reservados à Assembleia da República nem ao Governo. Quando tal não suceder (entenda-se: em matérias de competência legislativa reservada), naturalmente, o princípio da competência sobrepõe-se e a revogação e derrogação recíprocas — bem assim como a introdução de regimes especiais — não actuam¹⁸⁹⁶.

Convém ainda recordar que em situações de conflito de segundo grau (entre os critérios cronológico e da especialidade) a norma geral, seja anterior seja posterior, seja lei seja decreto lei, é em princípio preterida pela especial, excepto quando, sendo a norma geral posterior, o normador que a introduziu — e que criou uma disciplina nova exaustiva e mais abrangente — tenha, inequivocamente, manifestado intenção no sentido da prevalência desta¹⁸⁹⁷.

Por último, importa insistir que estamos apenas a referir os casos em que a lei não tem valor reforçado. Se o tiver, naturalmente, a paridade deixa de existir e opera o princípio da primazia funcional (e a correspondente subordinação da lei ou do decreto-lei em causa).

β) Entre leis e entre decretos- lei

Entre as próprias leis e entre os próprios decretos-lei (concorrentes ou exclusivos) — onde não se colocarão problemas conflituais de competência —, naturalmente, a regra da paridade (revogação e especialidade) alcança o ponto máximo de efectividade. Com efeito, estando aqui em presença de

1896 Basta pensar também, por exemplo, que o decreto- lei (simples) não pode introduzir restrições (isto é, derrogações) a um direito, liberdade ou garantia constitucionalmente previsto e legalmente disciplinado por lei ordinária [cfr. art.º 165.º, n.º 1, alínea b) da CRP], do mesmo modo que a lei não tem o poder de modificar a orgânica do Governo, introduzindo a criação de novos corpos administrativos ou extinguindo outros (cfr. art.º 198.º, n.º 2 da CRP).

1897 Cfr. BLANCO de MORAIS, Carlos, "As leis reforçadas...", cit., 235 e NACCI, Paolo Giocoli, "Appunti sulle fonti normative...", cit., 21.

actos absolutamente equiordenados e equiparados quanto à respectiva potência, não é de estranhar que os efeitos revogatório e derogatório acima referidos se manifestem em toda a plenitude. Neste particular, apenas uma nota, flagrante de resto, impõe-se evidenciar: é que, em regra, não se devem colocar problemas de sucessão de decretos-lei autorizados, pois, como recordamos, vale aqui um *princípio de irrepetibilidade*¹⁸⁹⁸. Se contudo, tal acontecer, as regras apontadas têm total aplicação, bem assim como no caso de sucessão de decretos-lei de desenvolvimento.

χ) Entre lei da república e decreto legislativo regional

O quadro das relações internormativas no plano legislativo não se esgota com a referência às leis e aos decretos-lei. Também os actos emanados pelas Assembleias legislativas regionais (decretos legislativos regionais), nas suas diversas formas típicas, carecem de aí ser integrados, o que, mais uma vez, nos leva a rememorar aspectos já tomados em consideração em fases anteriores deste trabalho. Importa, nomeadamente, voltar a referir que, nesta perspectiva, as Regiões constituem um subsistema normativo distinto do sistema normativo nacional¹⁸⁹⁹, e que é possível individualizar várias áreas de intervenção normativa, consoante a actuação do princípio da competência¹⁹⁰⁰ (Rep. XXI), e às quais correspondem diversos sub-tipos de actos legislativos regionais:

- (i) duas áreas de competência legislativa extrema, excluyente, respectivamente, dos órgãos de soberania da república e das Assembleias legislativas regionais¹⁹⁰¹;
- (ii) duas outras de competência legislativa “intermédia”, na qual os órgãos de soberania da república autorizam estas últimas ou permitem que elas desenvolvam princípios vectores por si estabelecidos¹⁹⁰²;
- (iii) finalmente, uma área de competência, por assim dizer, concorrente, onde as respectivas matérias não estão reservadas a qualquer órgão¹⁹⁰³.

1898 Cfr., a respeito, art.º 165.º, n.º 3 da CRP.

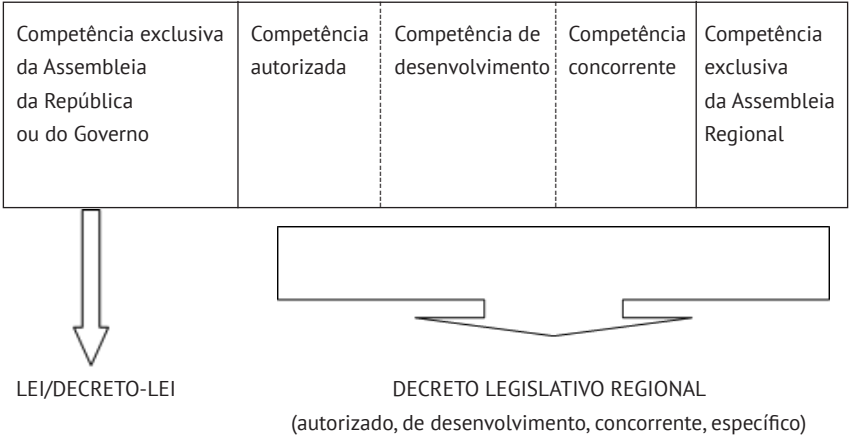
1899 Assim, AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 450.

1900 Cfr., a respeito, AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei...”, cit., 458, e AMARAL, Maria Lúcia, “Questões regionais...”, cit., 285.

1901 Cfr. art.º 164.º, 165.º, 198.º, n.º 2 e 232.º, n.º 1 da CRP.

1902 Cfr. art.º 227.º, n.º 1, alíneas b) e c) da CRP.

1903 Cfr. art.º 227.º, n.º 1, alínea a) da CRP.



(Rep. XXI)

Tendo presente este painel genérico, as possibilidades de enlaced normativos entre os actos legislativos da república e os decretos legislativos regionais em termos de equiordenação resumem-se às relações entre lei e decreto lei, por um lado e decreto legislativo regional concorrente, por outro. Na verdade, a menção aos restantes decretos legislativos regionais seria aqui deslocada pois ou eles se encontram num domínio material vedado à intervenção dos órgãos da República, ou se encontram em frente a uma lei com valor reforçado. Assim sendo, impõe-se a conclusão de que os actuais dados normativo-constitucionais apontam, não no sentido da operatividade do critério cronológico, mas antes no da operatividade do critério da especialidade, com base num enfoque territorial. Quer isto dizer que nem a lei da república posterior revoga o decreto legislativo regional, nem este revoga aquela, estabelecendo-se antes entre tais actos uma relação do tipo geral-especial, sempre num quadro de paridade. Assim, a generalidade de regime estabelecida pela lei da república (lei ou decreto-lei) pode nestes domínios ser derogada pela especialidade (especificidade) do diploma regional, seja este anterior ou posterior àquela, o que leva a concluir que a primeira apenas terá plena vigência e aplicabilidade no ordenamento da Região em causa na ausência de diploma desta. É, aliás, este o sentido da cláusula prescrita no n.º 2 do art.º 228.º da CRP: “na falta de legislação regional própria sobre matéria não reservada à competência dos órgãos de soberania, aplicam-se nas regiões autónomas as normas legais em vigor”.

δ) Entre decretos legislativos regionais (remissão)

O que já dissemos a respeito das relações entre as leis e entre os decretos-lei aplica-se aqui integralmente. Deste modo, dispensamos a menção repetida, que seria fastidiosa e inútil na economia do trabalho, e limitamo-nos a remeter para o que a tal propósito referimos¹⁹⁰⁴.

d) *Entre actos legislativos e resoluções normativas*

Fora do plano estrito dos actos legislativos, impõe-se uma referência às relações que estes podem estabelecer com um acto normativo de força jurídica equiparada: as resoluções. Como se compreende, no conjunto destas últimas, apenas nos interessam as que revistam indiscutível força prescritiva e normativa, nomeadamente as que aprovam os estatutos organizatórios de alguns órgãos constitucionais e as que determinam a cessação de vigência ou a alteração de actos legislativos.

No que diz respeito às primeiras, a tendo por assumido o seu valor legislativo (equiparado)¹⁹⁰⁵, a regra da competência parece ser suficiente para resolver os problemas suscitados, devendo-se entender que a expressão da autonomia organizatória não pode deixar de ser encarada como um reducto exclusivo do órgão respectivo. Nesta medida, qualquer intromissão de outro órgão será, à partida, organicamente inconstitucional, o que afastará qualquer conflito normativo que não tenha na base dois actos aprovados pelo mesmo órgão. Entre os actos organizatórios da mesma procedência, aplicam-se as regras da revogação e derrogação, resultantes do emprego dos critérios cronológico e da especialidade.

Quanto às resoluções de cessação de vigência ou de alteração, o princípio cronológico também funciona, embora num sentido unilateral. Na verdade, este tipo de resolução tem apenas efeitos prospectivos e determina o afastamento ou a alteração *ex nunc* do acto sindicado (decreto-lei ou decreto legislativo regional), podendo-se admitir a repristinação das normas que este haja eventualmente revogado¹⁹⁰⁶, sem que contudo se admita a admissibilidade da sua revogação (da resolução) por acto legislativo posterior.

1904 Cfr. supra, p. 572.

1905 Neste sentido, ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale...*”, cit., 199.

1906 Tal possibilidade de repristinação, não se encontrando positivamente prevista, pode contudo ser admitida em face de uma leitura “harmonizada” dos art.ºs 169.º, n.º 4 e 282.º, n.º 1 da CRP. V., a propósito, SORRENTINO, Federico, “*L’abrogazione...*”, cit., 18 e ss.

e) Entre actos legislativos e referendo

Neste ponto pouco teremos a acrescentar ao que já tivemos oportunidade de dizer. Como se recorda, concluímos pela natureza eminentemente política dos resultados dos referendos, assumindo que tais resultados não possuem a força jurídica suficiente para modificar, suspender ou revogar normas jurídicas¹⁹⁰⁷. O que se passa é que eles virão eventualmente a incorporar uma exigência constitucional de conformidade, obrigando actos legislativos posteriores a guiar-se de acordo com o seu conteúdo e, nesta medida, podem ter como efeito indirecto a revogação de outros actos legislativos. Contudo, e como bem se compreende, tal revogação é levada a cabo, *não pelo referendo*, mas pela lei que lhe sucede, pelo que sempre a esta é que devem ser assacados os efeitos normativos. Por outro lado, esta última lei, sendo certo não pode “revogar” os resultados da consulta, se os contrariar será inconstitucional, pelo que a vinculação tem a Constituição por referência e não exclusivamente os primeiros, que servem apenas de ponto de referência material.

4. Entre normas integrantes do escalão infra-legal

As normas que fazem parte deste escalão assumem todas uma configuração “secundária” ou derivada, na medida em que, de uma forma ou de outra, dependem de um prévio enquadramento normativo-legal que lhes dê cabimento. Nesta medida, as soluções a encontrar no sentido de resolver os possíveis conflitos que entre elas nasçam não podem deixar de ter presente tal dependência nem de a ela se referir directamente.

Como nos recordamos, integramos aqui, neste patamar, as normas regulamentares — emanadas pelo Estado, pelas Autarquias locais, pelas Regiões autónomas ou pelas Entidades independentes —, as normas das convenções colectivas de trabalho, e as normas de produção unilateral confessional.

Vejamos como se podem elas equiordenar e articular reciprocamente.

a) Entre regulamentos

Desde logo, vejamos como se passam as coisas entre os próprios regulamentos. Não obstante estarmos perante normas qualitativamente idênticas (isto é, normas “executivas”), as diferenças ao nível da competência, âmbito

¹⁹⁰⁷ Cfr. URBANO, Maria Benedita, “O referendo...”, cit., 293; MIRANDA, Jorge, “Manual...”, cit., tomo V, 178-179.

territorial, densidade e enquadramento dão origem a assinaláveis particularidades. Tenhamos em atenção, principalmente, as decorrentes do âmbito geográfico respectivo, distinguido, ao lado dos regulamentos genéricos e de aplicação indiferenciada a todo o território nacional, os regulamentos emanados pelas Autarquias e pelas Regiões autónomas

α) Em geral

Aqui, e em primeiro lugar, importa referir que, mais uma vez, os princípios cronológico e da especialidade valem onde não valer o princípio da competência na sua dimensão negativa, o que significa que regulamentos incompetentes (*rectius*: emanados por entidades sem competência para tal) não podem revogar nem derrogar (ainda que outros regulamentos incompetentes). Além disso, como a competência deve ser fixada por lei, e assumindo que a lei não atribui competência material e territorialmente idêntica a dois sujeitos normadores gerais diferentes — e se o fizer, (i) tanto se poderá entender que houve uma revogação tácita da primeira atribuição competencial, como (ii) poderá essa lei ser considerada inconstitucional por violação do princípio da segurança jurídica (exigência de precisão) — aqueles princípios apenas devem operar entre regulamentos emanados pela mesma entidade.

Sendo este o caso, e tendo a entidade emanadora do regulamento competência legalmente delimitada — seja apenas para a conformação do regime material previamente fixado, seja para a própria definição desse regime —, as regras de revogação, derrogação, modificação e suspensão têm plena aplicabilidade, de modo que o regulamento anterior é revogado pelo regulamento posterior sobre a mesma matéria, assim como o regulamento geral anterior é derrogado pelo regulamento especial posterior. Também aqui, naturalmente, o regulamento geral posterior não revoga o especial anterior, a não ser que outra tenha sido a sua vontade, legalmente enquadrada. Pode é suceder que tenha sido essa a sua vontade, mas a autorização legal não abranja poderes derogatórios, caso em que este efeito não se deve ter por verificado.

Ora, em rigor, para a resolução dos conflitos normativos dentro deste escalão as regras acima referidas deveriam ser suficientes. Todavia, o princípio da hierarquia — e não podemos perder de vista que estamos a falar de entidades administrativas — pode aqui desempenhar um papel fundamental, pois é de admitir que a entidade com poderes de preeminência (superioridade) — legalmente ou constitucionalmente enquadrados, não é demais

repetir — sobre a entidade administrativa que emanou o regulamento o possa revogar¹⁹⁰⁸, encontrando-se aqui uma excepção à regra de que a revogação apenas pode ser efectuada pelo próprio criador do acto¹⁹⁰⁹.

β) Regulamentos autárquicos

As regras não são aqui substancialmente diferentes: entre os regulamentos provenientes da mesma Autarquia local valem as regras *lex posteriori* e *lex specialis* atrás referidas. Já entre os regulamentos oriundos de diferentes Autarquias, duas situações distintas cumpre referir:

- em primeiro lugar, aquelas situações em que as Autarquias em questão não estão entre si escalonadas, caso em que parece ser mais efectivo o princípio da competência (em razão do território), sendo de considerar inválido, e consequentemente não aplicável, o regulamento criado pela autarquia incompetente;
- em segundo lugar, aquelas situações em que as Autarquias se encontram numa relação de hierarquia, situação onde é de admitir que os regulamentos emanados pelas Autarquias de grau superior prevalecem, revogando ou invalidando, os regulamentos emanados pelas Autarquias de grau inferior¹⁹¹⁰.

Por último, entre os regulamentos autárquicos e os das entidades administrativas *gerais*, importa averiguar se existe subjacente uma relação de preeminência (v.g., de natureza tutelar) que acarrete um escalonamento entre ambos. Se for o caso, naturalmente, o regulamento autárquico cederá em caso de colisão; se não for, o regulamento autárquico prevalecerá, nos termos que o determinar o princípio da competência¹⁹¹¹.

χ) regulamentos regionais

Finalmente, entre os regulamentos oriundos das Regiões autónomas — tenham como fonte orgânica a Assembleia legislativa regional ou o Governo regional (ou, naturalmente, nos termos da sub-alínea anterior, as Autarquias locais) — valem os mesmos princípios atrás enunciados. Apenas se deve observar que a competência regulamentar pertence à Assembleia ou ao

1908 Cfr. CAETANO, Marcello, “Manual de Direito administrativo”, I, cit., 111 e 546 e ss.

1909 Cfr., a propósito, CASTANHEIRA NEVES, “Fontes do Direito”, in *Digesta...*, vol. 1.º, cit., 44.

1910 Cfr., a propósito, art.º 241.º da CRP.

1911 V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 242, 895.

Governo regional consoante se trate de executar, respectivamente, leis da República ou decretos legislativos regionais, sendo organicamente inconstitucionais os regulamentos que resultem do cruzamento destas coordenadas (isto é, regulamentos da Assembleia legislativa que tenham por referência decretos legislativos ou regulamentos do Governo regional que tenham por referência leis da República)¹⁹¹². De resto, ressalvadas estas competências, os conflitos intra-regulamentares são resolvidos através da revogação, derrogação, modificação ou suspensão nos termos gerais.

b) Entre regulamentos e convenções colectivas de trabalho

A resolução dos dissídios normativos que envolvem normas regulamentares e normas integrantes de uma convenção colectiva de trabalho passa pela aplicação exclusiva do princípio da competência. Na verdade, tendo nós já anteriormente admitido que “o direito à contratação colectiva não é um direito colocado sob reserva da lei”, não podendo esta livremente contrariar as convenções, dificilmente se poderia agora sustentar que um regulamento o pudesse fazer¹⁹¹³. A melhor forma de solucionar os problemas de confronto suscitados assenta na ideia de que estamos em presença de dois segmentos de disciplina apartados e autónomos, e, assim sendo, os regulamentos não são nem inferiores nem superiores, sob o ponto de vista do escalonamento normativo, às convenções colectivas de trabalho, estando simplesmente num plano material diverso. Por conseguinte, qualquer regulamento que invada o domínio constitucionalmente reconhecido à contratação colectiva (um domínio de auto-regulação¹⁹¹⁴ e de reserva) será inconstitucional, o que bloqueará, à nascença, qualquer pretensão revogatória ou derrogatória.

Parece ser esta a solução que melhor se adequa ao reconhecimento de uma *garantia institucional de autonomia contratual colectiva*, a qual não deve ser aniquilada por via normativo-estadual, seja esta última lei ou regulamento.

1912 Cfr., a propósito, art.º 232.º, n.º 1 da CRP e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 229, 856.

1913 Assim, acórdãos do TC nº 517/98, in DR, II, 10 de Novembro de 1998 e n.º 391/2004, in DR, II, 7 de Julho de 2004. V., ainda, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa anotada”, cit., anotação ao art.º 56.º, 307.

1914 Cfr. ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando, “*La relación entre ley y convenio colectivo...*”, cit., 522.

c) Entre regulamentos e normas de produção unilateral confessional

No sentido de procurar resolver as antinomias entre as normas em epígrafe, teremos de trazer ao discurso, mais uma vez, as considerações proferidas acerca do problema da abertura de ordenamentos, interessando, designadamente, saber se existe ou não da parte do ordenamento estadual uma cláusula de abertura em relação ao ordenamento confessional em questão.

Em primeiro lugar, deve-se considerar algo que já fizemos notar: a existência ou não de uma delimitação competencial. Com efeito, se entre os ordenamentos cujas normas estão em oposição existir uma convenção que permita delimitar claramente as respectivas esferas de actuação normativa, então a norma que invada a esfera reconhecida à outra não se lhe poderá sobrepor, total ou parcialmente, por causa da inibição causada pelo princípio da competência¹⁹¹⁵. Pelo contrário, se tal convenção não existir, ou não se apresentar clara, importa averiguar se existe uma “ponte” – uma autorização genérica de produção normativa por parte do ordenamento estadual – que permita ao Direito confessional entrar neste último e se daí se pode retirar uma permissão de preferência aplicativa da norma externa. Se for esse o caso, a norma confessional prevalece, sobre a norma regulamentar, desbancando-a (isto é, preterindo-a na aplicação ao caso em concreto); se tais autorização e permissão não existirem, e uma vez que o poder normativo confessional é um poder genericamente subordinado ao poder estadual, sucederá o oposto, com prevalência aplicativa da norma regulamentar.

d) Entre convenções colectivas de trabalho

Na medida em que estamos aqui em presença de normas “externas”, no sentido em que pertencem ambas a um agregado auto-regulado, importa averiguar se, no interior de tal agregado existem regras de resolução dos conflitos que se levantem entre as próprias normas que o integrem. Se tais regras existirem serão elas as aplicadas pelo julgador; se, diversamente, não existirem, aplicar-se-ão, mais uma vez, os princípios gerais (cronológico e da especialidade).

A este respeito, nas situações de conflito entre normas de convenções colectivas de trabalho – em termos práticos, quando a mesma relação jurídica laboral se encontra no âmbito de aplicação de duas delas (por exemplo

1915 Cfr. HECKEL, Martin, “Zur ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts...”, cit., 428.

numa situação em que um mesmo pressuposto fáctico integra a previsão normativa de uma convenção aplicável aos industriais de um determinado sector e a de uma outra aplicável aos comerciantes) – o próprio Código do Trabalho estabelece uma série de critérios decisórios¹⁹¹⁶. São eles:

- a) O acordo de empresa afasta a aplicação do acordo colectivo e do contrato colectivo;
- b) O acordo colectivo afasta a aplicação do contrato colectivo.

Repete-se que na ausência destas regras – motivada, por exemplo, pela sua revogação – os princípios gerais da teoria da conflitualidade normativa reclamam a sua aplicação.

e) Entre normas de produção unilateral confessional

Finalmente, o mesmo se diga a propósito das colisões de normas provenientes dos ordenamentos confessionais: se estes possuem normas próprias de resolução dos conflitos internos, serão estas as aplicáveis; se não, aplicar-se-ão as referidas regras gerais. Pense-se, por exemplo, no conflito suscitado quando a uma mesma situação de facto se podem potencialmente aplicar duas normas constantes do *Codex Iglesia Canonici*. Neste caso, importa averiguar se o ordenamento cristão-católico prevê mecanismos resolutórios da conflitualidade normativa.

1916 Cfr. art.º 536.º do CT.

Divisão III

Relações de
auto-referencialidade
(reflexividade)

1. Enquadramento do problema: reflexividade e lógica jurídica

1.1. As insuficiências da análise escalonada e as relações de auto-referencialidade. Precisações terminológicas.

Como já tivemos ocasião de referir, a análise juridicamente adequada de um agregado normativo actual deve procurar ultrapassar o clássico enfoque normativista, na medida em que este adopta uma visão redutora e abreviada do complexo de teias e interligações que entre os respectivos componentes se podem estabelecer. Com efeito, trata-se de uma visão que tem quase exclusivamente em vista as relações escalonadas ou de hierarquia, baseando toda a análise numa teoria de natureza dedutiva no âmbito da qual as normas superiores constituem o fundamento e o elemento autorizativo da criação, modificação e extinção das normas inferiores. Ora, como acabamos de ver na divisão anterior do presente trabalho, nem todos os segmentos de encontro e desencontro normativo se podem reduzir a tal tipo de relações, conseguindo-se individualizar nexos de outro tipo, como os de equiordenação, no âmbito dos quais a teoria escalonada pouco consegue explicar.

Pois bem, chegou o momento de nos debruçarmos sobre uma terceira espécie de relacionamento entre normas, que desempenha um papel tão importante quanto os outros, mas que, por razões várias, tem sido muitas vezes negligenciado, quer pelos sectores doutrinários normativistas, quer pelos não normativistas: as relações de auto-referencialidade ou de reflexividade¹⁹¹⁷.

A compreensão cabal dos diversos problemas que aqui se podem desenhar pressupõe, mais uma vez, o conveniente domínio do arsenal terminológico a utilizar, pelo que o nosso primeiro passo será dado exactamente neste sentido – no da fixação, em bases cientificamente aceitáveis e metodologicamente úteis, de um conceito de reflexividade. Só após uma determinação conveniente dos contornos deste último é que estaremos aptos a enfrentar as dificuldades da análise normativa e a propor um esquema adequado para o seu enquadramento, nunca antes disso. Quando muito, poder-se-iam elaborar umas considerações genéricas que se revelariam juridicamente pouco aproveitáveis.

1917 Cfr., a propósito, SAMPER, Christophe, “*Argumentaire...*”, cit., 336.

Ora, é tendo em vista estas considerações que propomos utilizar o enunciado linguístico “reflexividade” com o termo genérico para pretender significar todos os tipos de circularidade lógica¹⁹¹⁸. É, como se pode constatar, uma significação lata e abrangente – que encontra difusão em variadíssimos domínios científicos –, mas que tem a seu favor a expressividade e a clareza que, no momento, nos serve, permitindo-nos constatar que existem determinadas realidades que se referem a si mesmas. Aliás é precisamente essa expressividade que nos leva a que (no estrito domínio jurídico) posamos utilizar indiferentemente os termos reflexividade, circularidade ou auto-referência.

No plano exclusivamente normativo – aquele que, particularmente nos interessa – a auto-referência constitui um arquétipo interrelacional que tem em consideração a circunstância de que algumas normas possuem características de *interioridade*, estipulando acerca da sua própria disciplina jurídica, seja num sentido directo – determinando como, ela própria, é apta a produzir os seus efeitos – seja num sentido indirecto – determinando como as outras normas da mesma categoria assumem relevância jurídica. Em termos mais abrangentes, constata-se a quase inevitabilidade da auto-produção do Direito, na medida em que se pode afirmar, de acordo com estas retóricas, que nenhuma norma existe se não houver outra norma que lhe confira a qualidade de jurídica. Por isso, o Direito regula a sua própria produção.

Como teremos ocasião de verificar, a auto-referencialidade normativa depende do escalão em que o respectivo objecto se insere, o que significa que estamos perante uma realidade transversal a todo o ordenamento e que podemos encontrar relações de circularidade em qualquer dos patamares que o compõem. Desde logo, pensemos, ao nível meta-normativo, nos problemas que se suscitam a propósito da justificação da Norma fundamental enquanto elemento unificador da pluralidade normativa. Mas não necessitamos de sair da positividade para contactarmos com esta realidade – basta trazer ao discurso o que se passa, por exemplo, nas normas de uma Constituição que regulamentam a própria alteração desta ou de alguma das suas partes, ou nas normas de uma lei que estabelecem parâmetros quanto à sua própria entrada em vigor ou ainda na interpretação que é feita pelo próprio autor do enunciado linguístico (interpretação autêntica). Do mesmo modo,

1918 Neste sentido, v. SUBER, Peter, “Paradox of Self-Amendment”, sec. 20 (“Other Selected Paradoxes and Reflexivities in Law”), in <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/23674879/Suber%20-%20Paradox%20of%20Self-Amendment%20.pdf?isAllowed=y&sequence=1>

podemos encontrar fenómenos similares nas situações em que os Estados concluem tratados internacionais acerca da validade e aplicabilidade de outros tratados, ou quando, após a convocação das respectivas normas de conflitos, se verifica uma situação de *reenvio por retorno* para a ordem jurídica interna. E os exemplos abundariam, tornando quase irrealizável uma referência exaustiva.

Contudo, o que parece ser a constatação de uma evidência não deixa de colocar problemas ao nível da estrutura lógica do pensamento, podendo-se, designadamente, perguntar: pode determinada norma jurídica permitir e estruturar o processo da sua própria alteração? Pode autorizar a sua alteração para uma forma inconsistente com a original? Pode autorizar a sua alteração irrevogável? Enfim, várias são as inquietações suscitadas e, na realidade, pode-se entender como fortemente objectável o tipo de raciocínio que apela a fundamentações circulares, na medida em que, frequentemente, cai em argumentações paradoxais e, nessa medida, pode viciar ou minar as conclusões atingidas. Contudo, não nos debruçaremos por agora sobre este tipo de problemas, pois a ele dedicaremos um dos pontos seguintes.

Por agora, interessa-nos abordar uma outra questão, que é a seguinte: embora até agora nos tenhamos sempre referido a reflexividade ou circularidade normativa, a verdade é que esta não esgota os tipos de circularidade que, no âmbito jurídico, podem existir. O emprego do termo “normativa”, aqui, tem uma conotação restritiva e significa apenas a qualidade de ter por referência a produção e a eficácia de normas, pelo que, em rigor, as reflexividades normativas serão aquelas que têm por objecto normas de segundo grau ou normas sobre a produção jurídica¹⁹¹⁹. Ora, dizer o que acabamos de dizer significa que podemos encontrar fenómenos de reflexividade que extravazam os domínios da produção normativa, inserido-se ainda no campo do Direito, numa concepção mais ampla. A esta questão nos referiremos de seguida.

1.2. Auto-referencialidades jurídicas não normativas (alguns exemplos)

Como acabamos de mencionar, a reflexividade consiste num nexo de ligação de características circulares, no âmbito do qual uma determinada realidade se refere a si mesma. No perímetro do Direito, em termos amplos, podemos

1919 Cfr. por exemplo, os art.ºs 284 e ss. da CRP ou os art.ºs 9.º e ss. do CC.

encontrar referências variadas a este fenómeno, e em diversos quadrantes, referências essas que nos podem ajudar a compreender e a explicar algumas das implicações no estrito campo normativo. Deste modo, antes de penetrarmos no segmento de análise que tem por objecto exclusivamente a produção das normas jurídicas, procuremos prestar alguma atenção a outras manifestações que, de uma forma avulsa ou não, podemos encontrar fora desse âmbito. A título meramente exemplificativo, e sem grandes alongamentos, debruçemo-nos sobre alguns destes problemas, seleccionando um de natureza mais abstracta — o surgimento de um ordenamento por via da referência autopoietica — e os outros de cariz mais concreto — a susceptibilidade de um tribunal poder definir e determinar as suas próprias competências, a convocação de normas de Direito interno por via do denominado *reenvio por retorno* e as prerrogativas de interpretação autêntica.

a) A teoria autopoietica do Direito

Compreender o Direito como um sistema autopoietico pressupõe ter por assumida a concepção de acordo com a qual determinados enfoques típicos das ciências da natureza podem, com proveito, ser transpostos para o domínio das ciências sociais em geral e da ciência jurídica em particular¹⁹²⁰. Além disso, implica aceitar que, no domínio das primeiras, os nexos externos de causalidade de configuração físico-química deixaram de ter a importância que classicamente lhes era atribuída e cederam o seu lugar de hegemonia à descoberta da interioridade, com o conseqüente reconhecimento da criação de sub-sistemas autonomizáveis que, a prazo, se autoreproduzem.

Sem pretender tomar partido sobre a bondade destas concepções — cujos contornos ultrapassam largamente o domínio jurídico e resvalam para feudos do saber relativamente aos quais reconhecemos estar manifestamente imprevistos —, procuremos, sem deslocar em demasia o curso da investigação, precisar a sua relevância no mundo do Direito.

1920 Deve-se aceitar que a transposição das ideias de circularidade e autopoiesis para o âmbito da ciência jurídica partiram da análise dos estudos dos *naturalistas* H. MATURANA ("*Autopoiesis and cognition*", Reidel, Boston, 1980; "*Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*", Vieweg, Braunschweig, 1982) e F. VARELA ("*Autonomy and autopoiesis*", in ROTH, G., "*Self-organizing systems*", Campus, Frankfurt). V., ainda, LUHMANN, Niklas, "*The self-reproduction of the law and its limits*" in TEUBNER, Gunther, "*Dilemmas of the law in the welfare state*", De Gruyter, Berlim, 1985, 111 e ss.; *idem*, "*Closure and openness: on reality in the world of law*", in TEUBNER, Gunther, "*Autopoietic law: a new approach to law and society*", De Gruyter, Berlim, 1987, 335 e ss.

α) O impulso da interioridade e a insuficiência das explicações causais das manifestações vitais

Como dissemos, a sistematicidade autopoietica encontra raízes numa alteração metodológica de extrema significatividade.

Durante largos tempos, como é sabido, as ciências da natureza, particularmente a biologia, consideraram apenas métodos físico-químicos de investigação e explicações causais das manifestações vitais, aceitando que as diversas funções que os organismos vivos podem desempenhar encontram justificação em determinadas relações induzidas do exterior e provocadas pelo *ambiente*. Como consequência, as ligações entre os diversos elementos do ser baseavam-se no nexó essencial causa → efeito, o que levou a considerar a existência como um complexo de maquinismos ou combinações mecanizadas e as suas actuações como extrinsecamente motivadas.

Mais recentemente, contudo, a tónica da investigação seguiu um caminho diferente e procurou enveredar pela consideração da interioridade como característica biológica e como problema científico¹⁹²¹, não sendo esta alteração no modo de abordar os problemas inerentes à vida, indiferente à descoberta de que o ser vivo unicelular é um “sujeito activo no seu mundo ambiente”, comportando-se como um real e autêntico centro de actividades¹⁹²². Tal abordagem, contudo, depara com inúmeras dificuldades, nomeadamente quanto ao âmbito da sua abrangência e à efectividade dos seus resultados, perguntando-se, designadamente, se é possível a sua aplicação ao domínio da botânica. Com efeito, enquanto na zoologia a aplicabilidade é extensa, no âmbito da vida das plantas, pelo contrário, ainda subsiste a utilização do método genético-causal da física e química e o interesse pelos fenómenos captáveis do exterior, o que ainda leva à consideração como um segmento onde predomina a dissociação do íntimo e a abstracção da interioridade. Ainda assim, deve-se assinalar que esta última também já é por vezes encarada como uma característica essencial das plantas, embora sem cair no extremos da aceitação da sua “vida psíquica”¹⁹²³.

Problema diverso, e que ultrapassa largamente os nossos actuais propósitos, é o de saber se em todas as manifestações de vida haverá uma interioridade

1921 V., a propósito, HEINEMANN, Fritz, “A filosofia ...”, cit., 391 e ss e GOETHE, J. W., “*Naturwissenschaftliche Schriften*”, I – IV, R. Steiner Vlg., Stuttgart, s.d.

1922 Assim, o clássico de UEXKÜLL, J. Von, “*Umwelt und Innenwelt der Tiere*”, Berlin, 1909.

1923 Neste sentido, HEINEMANN, Fritz, “A filosofia...”, cit., 391.

consciente — uma “zona parcial” dentro da “interioridade geral” — comparável à humana. Mais importante do que no momento presente aprofundar tais questões (interessantes, é certo), é deixar assinalado o rumo pioneiro que a partir de dada altura a *ciência natural* procurou trilhar e ver em que medida as ciências sociais o procuraram absorver convenientemente.

β) O sistema social geral e a autonomização do sub-sistema jurídico

A transposição para o domínio social das novas tendências acima descritas teve na sua base um processo de equivalência entre as relações biológicas que se desenvolvem no interior dos organismos e as relações comunicacionais que, numa certa perspectiva, emolduram todos os corpos sociais. Neste contexto, parte-se da ideia de *sistema social geral* para pretender significar um “sistema social omnicomprensivo”, no sentido emprestado por Luhmann¹⁹²⁴, que mais não seria do que um complexo que encerraria em si todas as comunicações possíveis entre os homens. É tendo na base a constatação da existência de tais sistemas abrangentes que se parte para a individualização. A evolução e a crescente complexidade levam a que dessa multiplicidade de ligações quase amorfa ou disforme irrompem certos circuitos comunicativos que, por usarem um código próprio e específico, se identificam, ganhando autonomia e distância em relação aos outros circuitos. Por exemplo, do universo de todos os enlaces comunicativos abstractamente considerados, irrompem certos signos que, pela individualidade e especificidade que apresentam, se conseguem unir entre si e formar um sub-código que é apenas utilizado no âmbito da economia. Do mesmo modo, a religião cria o seu próprio código, baseado em signos também próprios e que distanciam a respectiva linguagem da linguagem geral. E o mesmo se passa com a política, o desporto e, naturalmente, o Direito. A noção de interioridade ganha nesta fase um relevo acrescido, na medida em que é através dela, e da consciência de si mesmo, que cada um destes domínios se autonomiza e forma um *sub-sistema específico* distinto não apenas do sistema geral mas também dos outros sub-sistemas.

Por este motivo — isto é, por dentro de cada organismo existirem nexos de comunicação baseados em códigos diversos — é que se justifica que determinadas actuações humanas (recorde-se que estamos a falar de sistemas sociais) sejam bem recebidas por um sub-sistema e mal recebidas por outro, surgindo dissonâncias nas relações entre eles. Basta pensar nas muitas actuações que são consideradas juridicamente adequadas, mas são

1924 Cfr. N. LUHMANN, “*Teoría política ...*”, cit., 41.

inaceitáveis sob o ponto de vista político; ou que são incorrectas face ao Direito, mas genericamente adoptadas no domínio económico. Tudo se resume a uma questão de códigos e entendimentos diversos.

Da interiorização e auto-consciência do sistema jurídico à necessidade de este criar os seus próprios componentes numa dialéctica circular — a sua clausura autopoietica — vai apenas um pequeno passo.

x) A clausura autopoietica

Considerar o ordenamento jurídico como um complexo (organismo) autopoietico significa ver nele um sistema até certo ponto fechado, dependente apenas de alguns *inputs* iniciais, mas considerado autónomo a partir de certo momento. Esta autonomia ganha corpo na possibilidade que o ordenamento teria de se alimentar e disciplinar a si próprio, criando as suas específicas regras de reprodução (autopoiese).

Em termos simples, pode-se dizer que “actos jurídicos criam actos jurídicos”, originando um círculo fechado numa “clausura autopoietica”¹⁹²⁵, que se pode denominar por “sistema jurídico”. Não se deve perder de vista, todavia, que tal circularidade diz respeito às possibilidades de produção jurídica *stricto sensu* e não se confunde com a independência causal do sistema, pois factores externos de influência, como os dados económicos, sociais, culturais, etc. (“meio envolvente”), existirão sempre e, sob pena de autismo do ordenamento, deverão ser sempre pesados na configuração dos diversos elementos integrantes (as “suas próprias operações, estruturas, processos, limites”). O Direito, nesta perspectiva, encontra o seu fundamento de validade e de unidade sem sair de si próprio, retornando a si repetidamente, e assenta num código comunicativo diferenciado — com base numa relação de valor positivo/ negativo (mais precisamente, o código legal / ilegal) —¹⁹²⁶, tornando-se independente e autónomo do exterior, quer do sistema social geral quer dos outros sub-sistemas¹⁹²⁷.

A autonomia referida, entende-se, “reside nesta relação tripartida entre auto-observação, auto-constituição e auto-reprodução”¹⁹²⁸, aceitando-se

1925 V. TEUBNER, Gunther, “O direito como sistema autopoietico”, cit., 66.

1926 LUHMANN, Niklas, “*Politische Theorie in Wohlfahrtsstaat*” (trad. espanhola Alianza Universidad: “*Teoría política en el Estado de bienestar*”, reimp., Madrid, 1994), 162 e 163.

1927 V. TEUBNER, Gunther, “O direito como sistema autopoietico”, cit., 72 e 73.

1928 V. TEUBNER, Gunther, “O direito como sistema autopoietico”, cit., 70.

que “logo que a comunicação jurídica sobre a distinção básica comece a diferenciar-se da comunicação social geral, aquela torna-se inevitavelmente auto-referencial e é compelida a tematizar-se a si mesma no quadro de categorias intrinsecamente jurídicas”¹⁹²⁹. Posteriormente, é o próprio Direito (sistema, ordenamento) quem determina quais os pressupostos de relevância jurídica de um determinado facto, e de validade jurídica de uma determinada norma.

Mas, enfim, não nos alongaremos em demasia, até porque se o fizermos correremos o risco de perder o norte do curso que pretendemos seguir. Não é nosso propósito, portanto, aprofundar este tema, mas apenas dar um exemplo de circularidade aplicado ao mundo jurídico.

b) A competência das competências jurisdicional

Outro caso de reflexividade que ultrapassa o estrito campo da criação e aplicação das normas jurídicas, e que por isso denominamos de “reflexividade não normativa”, pode-se encontrar no âmbito das competências jurisdicionais.

O problema de saber se um determinado tribunal pode determinar as suas próprias competências e, por esta via delimitar o círculo da sua actuação (*bootstrap doctrine*¹⁹³⁰), não tem sido particularmente investigado pela doutrina, embora possamos contar entre nós com um importante estudo da autoria de GALVÃO TELES¹⁹³¹. Ora, porque tal estudo nos parece, em bastantes aspectos, particularmente esclarecedor, e porque não pretendemos fazer uma referência muito alargada aos tópicos problemáticos que se relacionam com esta questão — mas tão somente deixar aqui os traços gerais da mesma —, vamos utilizá-lo como base momentânea de sustentabilidade do nosso discurso.

Deve-se começar por referir — no seguimento do autor — que, embora exista a tendência para se pensar que estes problemas se suscitam ao nível dos tribunais arbitrais, “internacionais” e superiores (Supremos tribunais, Tribu-

1929 V. *Idem*, *ib.*

1930 V. SUBER, Peter, “Paradox of Self-Amendment”, sec. 20 (“Other Selected Paradoxes and Reflexivities in Law”), in <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/23674879/Suber%20-%20Paradox%20of%20Self-Amendment%202.pdf?isAllowed=y&sequence=1>, e SCHILLING, Theodor, “Staatsreich Revolution und Höchstgericht”, in ZöR, 57, 2002, 393 e ss.

1931 V. GALVÃO TELES, Miguel, “A competência das competências do Tribunal constitucional”, in “Legitimidade e legitimação da justiça constitucional (colóquio no 10.º aniversário do Tribunal constitucional)”, Coimbra editora, Coimbra, 1995, 105 e ss.

nais constitucionais, etc.), a verdade é que ele se pode levantar em qualquer tribunal ordinário. Pense-se, por exemplo, nas prerrogativas que qualquer juiz tem, ou pode ter, de conhecimento da incompetência do seu tribunal.

Com efeito, a teoria geral do processo ensina que a incompetência — isto é, a violação das regras e critérios aferidores de competência — pode por vezes até suscitada *ex officio*, o que significa que o tribunal perante o qual a questão é colocada tem o dever de levantar a problema da incompetência e daí retirar as devidas ilações, sem que se possa pensar que se trata de um poder que esteja nas mãos desse tribunal, que ele possa ou não exercer. Pelo contrário, é um autêntico dever de conhecimento, cuja violação pode acarretar sérias consequências processuais.

É certo que as decisões sobre a própria competência podem estar sujeitas a recurso, o que introduz indubitavelmente uma nota de heteronomia na determinação competencial. Todavia, também não é menos certo de que este é um argumento parcialmente transitório, pois em última instância, e sob pena de progressão *ad infinitum*, alguém (algum tribunal) acabará por ter a última palavra¹⁹³².

Importa é aqui deixar vincado que a *kompetenz-kompetez* (jurisdicional ou não) enquanto figura doutrinal e positiva, encerra uma forte componente de circularidade lógica e não consegue escapar ao momento reflexivo e autoreferente que temos vindo a aludir.

c) O reenvio por retorno

Uma outra situação que envolve um raciocínio circular encontramos-na no domínio do Direito internacional privado. Trata-se do denominado “reenvio por retorno”, que se manifesta naquelas situações em que o ordenamento estrangeiro designado pela norma de conflitos do foro devolve para este (o ordenamento de origem), porque entende que este é o competente para se aplicar à relação jurídica plurilocalizada em questão¹⁹³³ (Rep. XXII). Trata-se de uma circularidade com conotações meramente materiais ou de regime e não normativas, à qual, como se compreende, não dedicaremos atenção alongada. A simples menção de existência parece-nos suficiente neste contexto.

1932 Cfr. GALVÃO TELES, Miguel, “A competência das competências...”, cit., 111.

1933 Cfr. art.º 18.º do CC. V., a propósito, FERRER CORREIA, A., “Lições de Direito internacional privado”, cit., 389 e ss. e GONÇALVES de PROENÇA, J. J., “Direito internacional privado...”, cit., 190.

Ordenamento A----- norma de conflitos----> Ordenamento B



(Rep. XXII)

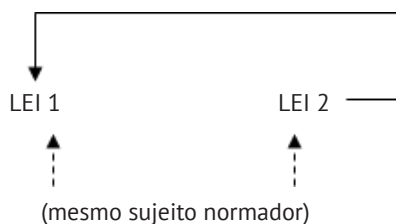
d) A interpretação autêntica

Uma outra manifestação de circularidade não normativa, no sentido por nós fixado, pode ser apontada no âmbito de uma particular espécie de interpretação das normas jurídicas: a interpretação autêntica. Como se sabe, e em termos simples, estamos aqui perante o trabalho interpretativo que é feito pelo próprio criador da norma¹⁹³⁴, que por razões várias sente a necessidade de vir precisar o sentido ou o alcance dos enunciados linguísticos por si próprio utilizados num momento anterior. Será o caso, por exemplo, do Governo que emana um decreto-lei para fixar o alcance de um outro, ou do legislador constituinte derivado que emana uma lei constitucional (lei de revisão) para fixar o alcance de uma norma constitucional. Este tipo de interpretação tem carácter estritamente normativo (e não doutrinal, político, etc.) e envolve, como está claro de ver, uma acentuada dimensão voluntarista e uma auto-referencialidade em sentido orgânico-subjectivo: *determinado legislador* cria uma norma (v.g., lei interpretativa) que tem por referência uma outra norma *por si próprio* criada, manifestando-se a finalidade interpretativa numa declaração expressa nesse sentido. Todavia, tal auto-referencialidade não se assume como puramente normativa porque, por um lado, não tem por referência a criação ou a aplicação normativas *stricto sensu* — até porque a norma interpretativa, sendo posterior, nem sempre tem eficácia retroactiva e não se aplica aos efeitos já produzidos pela primeira (ou, pelo menos, não se aplica a todos eles)¹⁹³⁵ — e, por outro lado, em rigor não se consegue aqui vislumbrar um *retorno* à norma inicial ou aos seu espaço jurídico — não temos uma norma que se refere a si própria ou ao seu conjunto, tudo se passando como uma segunda norma que

1934 V., FERRARA, Francesco, "Interpretação e aplicação das leis" (trad. De Manuel de Andrade), 4.ª edição, Arménio Amado suc., Coimbra, 1987, 131 e ss. A propósito das normas constitucionais, v. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional...", cit., 1230, 1231; MIRANDA, Jorge, "Teoria do Estado e da Constituição", cit., 658.

1935 Cfr. art.º 13.º, n.º 1 do CC. Cfr., ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, José, "O Direito...", cit., 497 e FERRARA, Francesco, "Interpretação e aplicação das leis", cit., 132, 133.

se refere a uma primeira (Rep. XXIII). Neste sentido, poderemos dizer que um dos requisitos essenciais da interpretação autêntica – a posterioridade da norma interpretativa – afasta a reflexividade



(Rep. XXIII)

Importa ainda observar que, de acordo com determinada doutrina – da qual nos demarcamos – a circularidade apontada poderá ainda ser mais difusa ou mesmo não se verificar. Com efeito, se com OLIVEIRA ASCENSÃO se entender que a interpretação autêntica é a que provém de *fonte de nível equivalente*¹⁹³⁶ – não tendo de ser o mesmo sujeito normador a emanar as normas interpretativa e interpretada – então tal circularidade apenas se verificará em termos de escalão normativo, podendo, por exemplo, o Governo por decreto-lei fixar autenticamente o alcance interpretativo de uma lei anterior. O autor, de resto, vai ainda mais longe e admite mesmo que a interpretação que ora nos referimos pode ser realizada por uma fonte que não é hierarquicamente inferior às fontes interpretadas¹⁹³⁷, logo pode mesmo ser realizada por uma norma superior à norma interpretada. Aqui, claro está, a circularidade, simplesmente, não existiria.

1.3. Auto-referencialidade e lógica: o trilema de Münchhausen e a bondade dos raciocínios circulares

Voltemos à reflexividade normativa.

Como observamos, a reflexividade incorpora determinados raciocínios enformados por uma estrutura de circularidade lógica, no âmbito da qual uma determinada realidade apela, directa ou indirectamente, para si própria. Em termos de estrutura do pensamento, é costume afirmar que o raciocínio circular consubstancia um caso de raciocínio paradoxal, e, consequentemente,

¹⁹³⁶ Id., ib.

¹⁹³⁷ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “O Direito...”, cit., 370 e 575 e ss.

viciado. Seria uma “reversão do fundamentado sobre o fundamento”¹⁹³⁸ e, nesta perspectiva, circularidade significaria ilogismo e, como ROSS inicialmente defendeu¹⁹³⁹, invalidaria qualquer aplicação frutuosa aos diversos domínios do conhecimento, e em particular ao Direito.

Contudo, as coisas podem não ser efectivamente assim, cabendo perguntar (i) se o raciocínio reflexivo é necessariamente um raciocínio ilógico e (ii) se existem alternativas que se lhe mostrem adequadas. Analisemos separadamente estes dois problemas.

- (i) Quanto à primeira das questões levantadas, podemos adiantar a resposta desde já: não, o raciocínio reflexivo não é necessariamente ilógico. No domínio da composição dos nexos de raciocínio, os maiores receios surgem por via das falsas conclusões, devendo-se proceder à distinção entre aquelas situações em que tais falsas conclusões assentam em argumentações ou raciocínios válidos e aquelas em que assentam em argumentações ou raciocínios errados. Nos primeiros casos, poderemos falar em paradoxos e nos segundos em falácias. Ora, em bom rigor, não se pode dizer que as conclusões atingidas pela reflexividade sejam conclusões falsas, paradoxais ou falaciosas. Falaciosas não serão porque o raciocínio utilizado (por exemplo: “esta norma não pode ser alterada”) não é um raciocínio errado; paradoxais também não, pois isso acontecerá apenas nos casos em que uma asserção será verdadeira se falsa e falsa se verdadeira (“esta frase é falsa”) – nos restantes casos, falar-se-á e reflexividade não paradoxal ou, quando muito, de paradoxos impróprios ou círculos benignos¹⁹⁴⁰.
- (ii) Ainda assim, não se pode negar que a circularidade pode introduzir factores de incerteza na argumentação jurídica. Procuremos averiguar se tais factores de incerteza podem ser evitáveis ou se eles são absolutamente necessários, tendo presente que todas estas inquietações surgem em consequência da natureza tendencialmente recursiva da justificação: uma premissa que justifica uma determinada conclusão, em princípio, necessita ela, por sua vez, de ser justificada¹⁹⁴¹. O problema complica-se quando nos confrontamos com

1938 Assim, GALVÃO TELES, Miguel, “A competência das competências...”, cit., 123.

1939 Cfr. ROSS, Alf, “*On Self-Reference and a Puzzle of Constitutional Law*” *Mind*, 78 (1969) 1 e ss.

1940 V. SUBER, Peter, “*Paradox of Self-Amendment*”, *úl. loc. cit.*

1941 V., para os desenvolvimentos subsequentes, LODDER, Arno, “*Dialaw (On legal justification and dialogical models of argumentation)*”, Kluwer academic pub., Dordrecht, 1999, 17 e ss.

as formas de justificação pouco convincentes, e, no caso extremo, podemos resvalar para o célebre *trilema de Münchhausen* (ALBERT), uma situação em que o analítico se depara com três soluções alternativas aparentemente inaceitáveis:

- 1) na primeira dessas soluções, a justificação impõe-se por si própria, sem discussão (justificação dogmática);
- 2) na segunda, a justificação cai numa argumentação de *infinite regress* (justificação infinita);
- 3) finalmente, na terceira, a justificação apela a raciocínios de natureza circular e auto-referencial (justificação reflexiva)¹⁹⁴².

Ora, bem visto o problema, por muito que à primeira observação a circularidade pareça ilógica – e já vimos que o não é – o que é certo é que as alternativas à justificação dos raciocínios ora é a auto-afirmação (autoritária e porventura carente de legitimidade) do mesmo, ora é a negação da existência da própria justificação, apelando a argumentos *ad infinitum*¹⁹⁴³. Parece que, afinal, quase temos de escolher entre o menor dos males, assumindo que os raciocínios reflexivos, a dada altura, são inevitáveis, e que, se quisermos manter a coerência de uma construção adequada, teremos de os aceitar no mundo do Direito.

A negação desta evidência apenas encontrará eco numa concepção formalista pura, apelativa da ideia de um sistema abstracto construído com base no princípio da não contradição e em que todas as normas devem ser criadas e formuladas através de um esquema autorizativo (baseado num método lógico-dedutivo) que remete para a norma superior. Se for adoptada

1942 Podemos procurar ilustrar o trilema referido no texto através de um exemplo. Tentemos, mediante uma argumentação estritamente jurídica, justificar a normatividade (força normativa) de uma Constituição. Quando se pergunta porque *vale* uma Constituição podemos deparar-nos com três tipos de respostas:

- em primeiro lugar, podemos dizer que a Constituição vale porque a Assembleia Constituinte assim o determinou; por sua vez, a Assembleia Constituinte assim o determinou porque ela é soberana. Este é um exemplo típico de justificação dogmática.
- Em segundo lugar, poderíamos afirmar que a Constituição vale porque o poder constituinte assim o determinou; o poder constituinte, por seu turno, determinou-o porque o povo o legitimou para tal; o povo legitimou-o porque o princípio democrático o permite; o princípio democrático permite-o porque as normas de Direito internacional universalmente reconhecidas o prescrevem; as normas de direito internacional universalmente reconhecidas ... Este seria, como está claro de ver, a *justificação infinita*.
- Finalmente, em terceiro lugar, utilizando uma justificação circular diríamos: a Constituição vale porque o art.º X da Constituição [dessa mesma Constituição] assim o determina.

1943 V. GALVÃO TELES, Miguel, “A competência das competências...”, cit., 121 e ss.

tal postura tenderá a afirmar-se que as possibilidades de auto-criação e de auto-revisão consubstanciam contradições lógicas, uma vez que redundam em fenómenos circulares e paradoxais e, com ROSS, defende-se que os fenómenos de auto-aplicação e auto-alteração de normas jurídicas são auto-referenciais e, nessa medida, contraditórios (ilegítimos), pois uma norma não poder derivar a sua legitimidade e validade de si própria. Tal contraditoriedade manifestar-se-á de uma forma particularmente intensa nos casos em que uma determinada norma é alterada de uma forma que se pode considerar inconsistente (descontínua) com a forma primitiva.

Pelo contrário, as concepções não formalistas — que não derivam a existência das normas necessariamente de um esquema autorizativo, mas igualmente de outras fontes (extra-jurídicas) de legitimidade como a força, a vontade comum, etc.¹⁹⁴⁴ —, ao invés, defendem que a circularidade é perfeitamente admissível e até preferível à ideia de imutabilidade, além que se postula que as posturas formalistas são filosoficamente arrogantes: por um lado, constituem uma nova forma de jusnaturalismo que substitui a moral e a axiologia pela lógica; por outro lado, uma visão formalista ignora as inelimináveis dimensões históricas, políticas, económicas e sociológicas do Direito. Ao dizer-se que uma determinada norma jurídica tem de passar no teste da lógica está a transformar-se o Direito numa nova espécie de moralidade e é assumir que o Direito só reflecte o que a sociedade tem de bom. Pelo contrário, a verdadeira fonte de legitimidade do Direito não será uma fonte exclusivamente baseada na lógica formal mas em outros pontos de apoio como, por exemplo, a prática social. Recorrendo de novo a HART pode-se conceber a ideia de reconhecimento — em sentido subjectivamente amplo: reconhecimento dos destinatários das normas, mas também dos seus aplicadores, entidades públicas ou privadas — como fonte (primeira e última) de legitimidade das normas jurídicas (*acceptance model*). Assim, se uma determinada norma jurídica é alterada através de uma autorização contida em si própria, mesmo que se entenda que existe uma contradição

1944 Este aspecto é extremamente importante no âmbito das possibilidades de convalidação de actos praticados ao abrigo de um poder revolucionário. Quer uma concepção formalista quer uma concepção não formalista defendem que as alterações revolucionárias e os actos subsequentes são necessariamente inválidos pois revelam uma quebra na cadeia de autorizações jurídicas. Contudo, enquanto as primeiras necessitam obrigatoriamente de recorrer a ficções (por exemplo, advogando que a ruptura nunca existiu ou que existe uma autorização tácita por parte dos novos poderes) para convalidar os actos entretanto praticados, as segundas podem dispensá-las pois podem recorrer a retóricas de legitimação extra-jurídicas (vontade popular, força das armas, procedimento correcto, etc...). V. SUBER, Peter, "The Paradox of Self-Amendment", in <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/23674879/Suber%20-%20Paradox%20of%20Self-Amendment%202.pdf?isAllowed=y&sequence=1>.

lógica, tal contradição não a invalida nem a torna ilegítima pois a sua existência é validada e legitimada pela aceitação.

Esta visão não ignora (e, mais do que isso, é a única que consegue explicar) que determinados poderes, independentemente da sua fonte de legitimidade, podem *ex proprio vigore* criar normas, além de conseguirem dar uma resposta satisfatória ao problema do começo e origem de um ordenamento jurídico.

De qualquer forma, não podemos perder de vista que o lógico e o jurista têm, ou devem ter, visões diferentes destes problemas: o primeiro tem preocupações de pureza e de honestidade intelectual que o segundo não terá necessariamente. Para este último, estamos perante uma questão prática de composição de dados ou valores, interessando-lhe apenas atingir um concreto equilíbrio aceitável. Já para o lógico, trata-se de abordar questões teóricas, abstractas e epistemológicas de busca de coerência e sistematicidade.

2. Auto-referencialidades normativas

2.1. Estrutura: auto-referencialidade concreta e auto-referencialidade abstracta

Em termos estruturais, a auto-referencialidade normativa pode-se expressar de uma forma abstracta ou de uma forma concreta. Neste último caso, que também poderemos designar por circularidade directa, a norma auto-referente estipula uma consequência jurídica que aplica a si própria directamente, sem referência a qualquer outra norma integrante do agregado. Será o que se passa designadamente naquelas situações, numerosas, em que determinada lei prescreve a data da sua própria entrada em vigor, utilizando, a maior parte das vezes, o enunciado “a presente lei...”.

Diversamente, na auto-referencialidade abstracta (circularidade indirecta), as consequências jurídicas estipuladas por certa norma têm por referência outras normas da mesma natureza, sucedendo que, por razões várias, os efeitos produzidos, determinam o retorno a si mesma ou ao mesmo espaço que ela ocupa (expressivamente, poderíamos falar aqui num *efeito boomerang*). É o que sucede, por exemplo, nas situações em que uma lei estipula acerca da entrada em vigor *das leis* em geral (de todas elas), acabando por se aplicar a si mesma. Aqui, o nexo de reflexividade, ao contrário do que se passa na primeira situação, estabelece-se em abstracto, sem ter em

atenção a configuração jurídica específica de determinado acto normativo particular¹⁹⁴⁵. Estas situações de reflexividade mediata, como se observa, têm alguma afinidade com as relações normativas de paridade, já por nós analisadas, na medida em que os correspondentes nexos se estabelecem, à partida, entre normas integrantes do mesmo escalão normativo. Todavia, deve-se observar uma diferença fundamental: é que enquanto nas situações de paridade ou equiordenação propriamente ditas o nexo que se estabelece é puramente unilateral (por exemplo, a lei A que revoga a lei B), nas situações que presentemente analisamos, tal nexo é estruturalmente bilateral, podendo-se afirmar quer se está em presença de relações simétricas entre os componentes¹⁹⁴⁶.

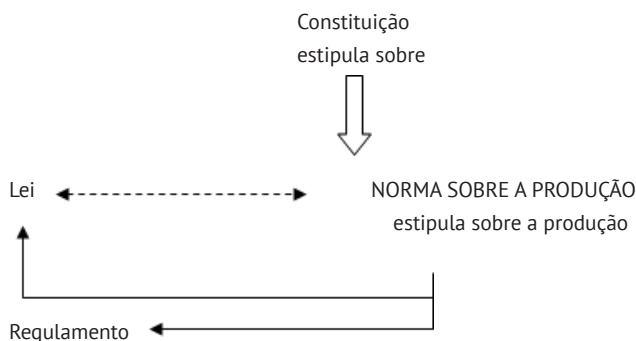
Em qualquer das situações — reflexividade abstracta ou concreta — os efeitos jurídicos pretendidos tanto podem ter como destinatário o normador-legislador como o aplicador das normas, particularmente a Administração ou os Tribunais.

O problema dos nexos normativos abstractos de reflexividade será melhor compreendido se trouxermos ao discurso a referência, já por nós ensaiada, de normas de segundo grau e, particularmente, de normas sobre normas. Importa aqui recordar que existem determinadas normas jurídicas (HART alude a *rules of change*) que se referem, não a comportamentos factuais, mas antes à produção de outras normas de natureza jurídica similar — e aqui está a circularidade —, resultando que as primeiras prescrevem o procedimento vinculativo de criação e alteração das segundas (Normas Constitucionais que estipulam acerca da revisão de Normas Constitucionais ou leis que estipulam acerca da criação de leis). Todavia, é imprescindível observar que, “em última instância” esta auto-referencialidade abstracta acaba por se converter em auto-referencialidade concreta, na medida em que a norma de alteração acaba por se aplicar a si mesma. É certo que frequentemente a alteração dessas verdadeiras normas secundárias é

1945 Importa também chamar a atenção para o facto de que a natureza concreta ou abstracta do nexo de reflexividade não depende do número de normas em consideração, não se podendo dizer que nas primeiras situações apenas existe uma norma e nas segundas existe mais do que uma. Sendo certo que a reflexividade abstracta pressupõe sempre mais do que uma norma jurídica, a reflexividade concreta nem sempre se efectiva com uma norma apenas. Na verdade, o que realmente interessa considerar é o *objecto de referência* dos efeitos jurídicos estipulados: pode suceder que determinada norma tenha por referência ela própria e necessite, para que os efeitos se produzam, de uma outra que a torne operativa, como é o que acontece por exemplo, com a norma constitucional que determina as regras de revisão da própria Constituição em que se insere, mas que apenas se executa com a emanação da *lei constitucional* respectiva.

1946 Cfr. LUHMANN, Niklas, “*The self-reproduction of law and its limits*”, in “*Essays on self-reference*”, Columbia University Press, New York, 1990, 230.

efectuada através de procedimentos previstos em normas jurídicas de escala superior. Por exemplo, se a norma secundária em causa constar de uma lei – podendo-se referir tanto a outras leis como a normas inferiores (v.g., regulamentos) – será na Constituição que, à partida, se encontra o disciplinado o seu modo de alteração e, até aqui, como se constata, não existe circularidade alguma (Rep. XXIV).



(Rep. XXIV)

Contudo, o problema complica-se quando estivermos em face de normas fundamentais, no sentido de normas supremas de um determinado ordenamento jurídico. Será o que se passa quando as normas de alteração são normas constitucionais (as normas que disciplinam a alteração das normas constitucionais). É que aqui, à partida, não haverá norma superior a autorizar a alteração, sob pena de deixarem de se considerar normas supremas e de encetarmos a construção de um modelo de análise *ad infinitum*.

2.2. Efeitos jurídicos

2.2.1. Delimitação conceptual, delimitação de eficácia e delimitação de modo de produção normativa

Embora possamos concluir que a auto-referencialidade se situa ainda no domínios dos espaços lógicos de raciocínio, não deixa de ser intrigante que determinada norma remeta para si própria ou estabeleça um regime jurídico que, mais cedo ou mais tarde, faz o aplicador de Direito voltar ao ponto de partida. Ora, assim sendo, cabe perguntar: o que leva o ordenamento a criar e a reconhecer tais tipos de relações normativas? Será que o faz deliberadamente ou trata-se de um equívoco ou de obra do puro acaso? Neste último caso, convenhamos, deve-se concluir pelo afastamento do preceito

ou preceitos em causa, por violação do princípio da clareza e determinabilidade das normas jurídicas. Teremos ocasião de nos debruçar sobre este problema numa fase ulterior do trabalho.

Por agora, importa cingir-nos à constatação de uma evidência: o estabelecimento, voluntário ou involuntário, de nexos de reflexividade ou de circularidade poderá ter diferentes resultados jurídicos vinculativos. Como vimos, enquanto nas situações de paridade ou de escalonamento as consequências mais assinaláveis se prendem com a influência, em termos unilaterais, de um determinado acto na validade ou eficácia de outro, aqui o alcance, podendo também passar por propósitos idênticos, pode ser diverso. Procuraremos então averiguar que resultados ou efeitos podem ser esses.

- (i) Desde logo, pode acontecer que determinada manifestação de vontade normativa, utilizando enunciados linguísticos com significados que não coincidem com os empregues na linguagem corrente ou que não são absolutamente determinados, sinta a necessidade de os delimitar e precisar analiticamente. Em tais casos, é frequente que o criador da norma diga precisamente o que se deve entender por determinada palavra ou expressão utilizada na mesma, de modo a afastar a polissemia e a insegurança aplicativa e a contribuir para a sua melhor eficácia. Poderemos falar aqui em finalidades de delimitação conceptual, exemplificadas no emprego da fórmula “para efeitos da presente lei, deve-se entender por...”.
- (ii) Em segundo lugar, a circularidade pode ter na sua génese propósitos de delimitação de eficácia, sob um triplo ponto de vista: eficácia material, territorial ou temporal. Significa isto que determinada norma pode sentir a necessidade de delimitar com precisão as situações da vida às quais se aplica — dizendo por exemplo: “a presente lei visa disciplinar as relações jurídicas X e Y” ou “o presente tratado aplica-se nas situações Z” —; o âmbito geográfico sobre o qual pretende incidir — “a presente lei aplica-se apenas no território continental” ou “as leis gerais da república aplicam-se a todo o território nacional” —; e o limite temporal que aspira abranger — “a presente lei abrange as situações constituídas desde...”. Em todos estes casos, a finalidade principal é fixar em bases precisas as balizas dentro das quais a própria norma auto-referente ou outras de alcance idêntico vão produzir os seus efeitos.
- (iii) Finalmente, pode suceder que uma determinada norma tenha por objectivo estabelecer o modo de produção de outras normas de natureza jurídica similar (delimitação de produção normativa).

Estamos, mais uma vez, no campo das denominadas normas sobre normas ou normas ao quadrado, particularmente analisadas por HART debaixo da designação de *rules of change*, como sucede, por exemplo, quando uma determinada lei estabelece ou densifica as diversas fases de um procedimento legislativo geral.

Em resumo, parece que podemos afirmar que delimitação conceptual, delimitação de eficácia, e delimitação de modo de produção normativa são as finalidades principais que subjazem à existência de conexões de auto-referencialidade entre normas jurídicas, sendo igualmente os principais efeitos que delas sobressai. Tais efeitos são, naturalmente, vinculativos e têm por destinatários não apenas os aplicadores das normas, mas também os próprios criadores das mesmas (legislador), embora estes últimos devam ser configurados sempre numa perspectiva de evolução temporal, de acordo com a qual o normador mais antigo vincula o normador (objectivamente idêntico, mas subjectivamente diverso) mais recente¹⁹⁴⁷.

2.2.2. A questão da vinculatividade das normas auto-referentes

A ideia de vinculatividade que referimos no ponto anterior merece uma mais alongada reflexão e, por isso, justifica que lhe dediquemos desenvolvimento particularizado. Desde logo, porque afirmar que uma norma produz efeitos vinculativos em relação a si própria ou às suas semelhantes não deixa de causar alguma perplexidade se tivermos em consideração o paradoxo que se pode suscitar: se ela se pode vincular a si própria — ou seja, às suas próprias determinações — então também se pode desvincular e pode vir dizer mais tarde que não se encontra vinculada à prescrição anterior e, neste caso, esta última não tem qualquer efeitos jurídico. Por exemplo, pense-se que o Parlamento aprova uma lei mediante a qual determina que “nenhuma lei poderá ter eficácia retroactiva” e, mais tarde aprova uma outra de igual natureza que prevê exactamente a projecção de efeitos em relação ao passado. Nesta situação, *quid juris*? Pode-se entender que a segunda lei está obrigada a respeitar a primeira? Em caso afirmativo, qual a consequência de um eventual desrespeito? Invalidez, como está bom de ver, parece não ser, na medida em que ambas pertencem ao mesmo escalão normativo.

1947 Além disso, e procedendo ao cruzamento de dados que resultam da análise da estrutura dessas conexões e das respectivas finalidades podemos assentar as seguintes conclusões: por um lado, os propósitos de delimitação conceptual e de eficácia tanto podem estar presentes nas situações de reflexividade concreta como abstracta — como exemplo desta última situação, podemos referir aquele código (lei) que estabelece um arsenal terminológico a ser utilizado por todas as leis, incluindo ela própria. Por outro lado, os propósitos de delimitação de produção normativa apenas fazem sentido tendo por referência a reflexividade abstracta.

Poderemos falar em revogação? Se assim for, não estaremos perante um nexo de auto-referencialidade abstracta, mas de equiordenação, funcionando na plenitude o princípio *lex posteriori*.

A resposta em bases juridicamente aceitáveis impõe uma adequada consideração das situações em análise. Assim, parece-nos que devemos distinguir a natureza das normas em causa, averiguando como se passam as coisas, por um lado em relação às normas supremas do ordenamento (normas constitucionais e de valor constitucional) e, por outro lado em relação às normas ordinárias (infra-constitucionais).

a) Normas constitucionais

Em rigor, e se quiséssemos adaptar o trilema referido anteriormente ao quadro das normas supremas (no sentido de formalmente constitucionais) de um ordenamento, o problema da sua alteração, em abstracto, poderá ser resolvido de várias formas. As hipóteses são (i) em primeiro lugar, admitir-se que essas normas são imutáveis; (ii) em segundo lugar, admitir-se a existência de outra(s) norma(s) superior(es) (v.g., de natureza axiológica, transcendental) – e então deixará de se considerar uma norma suprema, além de se levantar o novo problema da busca de fundamento dessa(s) outra(s) norma(s) e do aparecimento de um esquema de autorizações infinitas –; ou, (iii) em terceiro lugar, pretender-se que essas normas supremas podem ser usadas para a sua própria alteração, através de um esquema circular e auto-reflexivo de auto-revisão. E se elas podem estruturar o seu próprio processo de alteração, então podem, no limite, estipular a sua própria limitação ou até revogação.

Ora, a hipótese da imutabilidade de normas jurídicas – em particular a imutabilidade de normas superiores, constitucionais – deve ser refutada tendo em vista que nenhum ordenamento jurídico com pretensões de legitimidade aos vários níveis admitirá normas jurídicas imutáveis. À imutabilidade opor-se-á, nomeadamente, o princípio democrático – mesmo que a imutabilidade das normas supremas seja defendida como meio de preservação de instituições democráticas – e a sua densificação na ideia de que uma geração não poderá, unilateral e irrevogavelmente, vincular as gerações futuras¹⁹⁴⁸. Aliás, das três opções – imutabilidade, regresso infinito e

1948 V. TAMMELO Ilmar, "The Antinomy of Parliamentary Sovereignty," in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 44 (1958) 495 e ss; PHILLIPS O. Hood, "Self-Limitation by the United Kingdom Parliament," *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2, 1975 443 e ss.

reflexividade – a da imutabilidade é a menos objectável logicamente mas a mais objectável juridicamente.

Por outro lado, a hipótese de alteração das normas supremas de um ordenamento através de um esquema de autorizações sucessivas que conduzirá o aplicador e o intérprete até ao infinito – embora, em rigor, possa ser tolerado pelo ordenamento jurídico – não parece ser razoável, nomeadamente em face dos postulados de clareza do ordenamento e das suas normas, postulados esses que são densificações do princípio do Estado de direito. Além disso, sob o ponto de vista metodológico, seria uma solução difícil de aceitar.

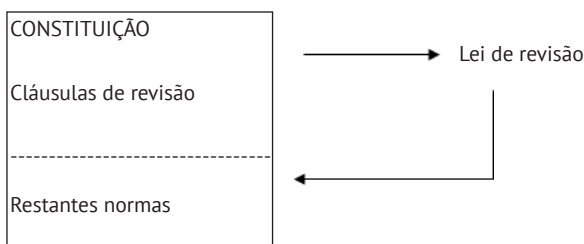
Restará, então, a terceira hipótese apontada (o “menor dos males”) – a possibilidade de as normas supremas poderem ser utilizadas como núcleos autorizativos da sua própria alteração, numa tentativa de demonstrar que o problema não pode ser resolvido sem o apelo a forma de raciocínio auto-reflexivas, na medida em que pressupõe a aplicação de normas a si próprias.

Pois bem, assumindo que este é o caminho mais adequado, resta procurar resolver os problemas jurídicos que se podem consequentemente levantar, e, no estrito plano das normas constitucionais, aplicando as dimensões estruturais atrás referenciadas, o problema da auto-referencialidade pode ser abordado sob duas diferentes perspectivas: por um lado, sob um ponto de vista abstracto analisando o modo como a Constituição prevê a possibilidade da sua própria alteração (de qualquer das suas normas) e, por outro lado, sob um ponto de vista mais concreto analisando como essas regras de alteração se aplicam às próprias normas que as consagram. Por outras palavras, importa debruçarmo-nos sucessivamente sobre (α) a revisão das normas constitucionais que não consagram a revisão da Constituição – por exemplo, indagando em que medida pode uma norma consagradora de direitos, liberdades e garantias ser modificada ou revogada – e (β) a revisão das próprias normas de revisão (cláusulas de revisão, *amendment clause*) – questionando, por exemplo, se a exigência de emanação de uma lei constitucional ou de aprovação por dois terços dos deputados se aplica à própria norma que o exige¹⁹⁴⁹.

1949 V. GUIBOURG, Ricardo, “*La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional*”, cit., 181 e ss.

α) Revisão das normas constitucionais em geral

Quanto ao primeiro dos problemas apontado, é indubitável que uma Constituição rígida, como a CRP, prevê a possibilidade da sua própria alteração, estipulando o modo vinculativo como ela se processa. A tal propósito, prevêem-se limites orgânicos, formais, temporais, materiais e circunstanciais, limites esses que valem como barreira a qualquer pretensão totalizante de uma maioria momentânea que se queira apoderar dos conteúdos constitucionais e que ganham corpo na impossibilidade empírica de se alterar a Constituição *quando se quer* ou *através da forma que se quer*. Do mesmo modo, retiram-se á disponibilidade do legislador constituinte derivado determinados núcleos materiais, transformando as normas que os consagram em verdadeiras normas constitucionais intangíveis, inderrogáveis ou *super-eficazes*. Ora, se esse legislador constituinte respeita tais limites, a norma constitucional em causa é alterada, considerando-se revogada a sua anterior versão; se, pelo contrário, tais limites não são respeitados, deve-se concluir pela inconstitucionalidade da norma que prevê a alteração (norma de revisão, lei constitucional) e, conseqüentemente, pela inexistência da produção de efeitos jurídicos vinculativos. Pode-se assim concluir que na primeira hipótese existe uma circularidade abstracta e indirecta (mas vinculativa), mediada pela lei de revisão (Rep. XXV), e na segunda o nexo de circularidade nem se chega a estabelecer¹⁹⁵⁰.



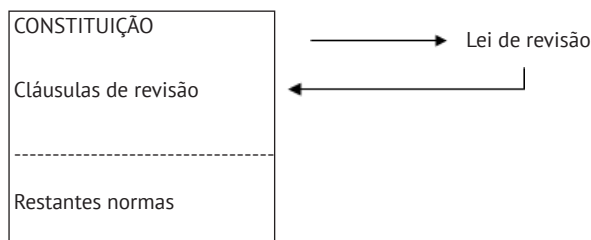
(Rep. XXV)

β) Revisão das normas de revisão

Ainda assumindo que se está perante ordenamentos constitucionais caracterizados pela rigidez formal — onde a alteração da Constituição deve obedecer a um esquema normativo pré-estabelecido, a maior parte das vezes

¹⁹⁵⁰ O referido no texto pressupõe, naturalmente, que a lei de revisão haja sido declarada inconstitucional pelo Tribunal constitucional.

constitucionalmente consagrado, que impõe requisitos orgânico- formais e materiais agravados –, pode-se colocar a questão de saber se as normas constitucionais que rigidificam o procedimento de revisão se podem aplicar a si próprias (Rep. XXVI) ¹⁹⁵¹.



(Rep. XXVI)

Concretizando: suponha-se que uma determinada norma (formalmente) constitucional prevê que as alterações à Constituição só poderão ser feitas mediante a aprovação de uma lei especial por uma maioria qualificada do parlamento. Necessitar-se-á de tal maioria para ser ela própria alterada¹⁹⁵²?

O debate doutrinal é particularmente animado e intenso e mais motivado por preocupações lógicas do que jurídicas.

ALF ROSS considera peremptoriamente que não, argumentando que a admissibilidade de a norma constitucional que estabelece o procedimento de alteração da Constituição se poder aplicar a si própria, dando corpo a um fenómeno de reflexividade, é logicamente impossível devido ao facto de uma qualquer proposição – nomeadamente uma proposição normativa – não se poder referir a ela própria¹⁹⁵³. A impossibilidade lógica advém ainda de uma outra circunstância: é que a norma de alteração referida prevê a *única* forma de revisão daquela Constituição, pelo que uma outra norma de alteração que lhe sucedesse seria com ela contraditória, dando corpo a *outra* forma de revisão distinta da primeira. Além disso, do mesmo modo

1951 Cfr., a propósito de normas constitucionais aplicáveis à própria Constituição da qual fazem parte, SAGÜÉS, Nestor, “*Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución*”, in *Anuario de Derecho Constitucional Latino-Americano* 2001, Konrad – Adenauer Stiftung A.C., Montevideo, 2001, 51 e ss. e ROSS, Alf, “*Theorie der Rechtsquellen...*”, cit., 261.

1952 V., a respeito do tema, BULYGIN, Eugenio, “*Tiempo y validez*”, in *Analisis Logico y Derecho...*, cit., 204 e ss.

1953 V. ROSS, Alf, “*On law and justice*”, cit., 81.

– prossegue ROSS – que não é juridicamente concebível que uma lei estabeleça as condições da sua própria alteração, mas antes se defende que estas devem estar previstas a um nível superior, também as normas constitucionais não podem ser alteradas apelando a si próprias¹⁹⁵⁴. Por conseguinte, a norma que prevê o processo de alteração da Constituição não é parte desta mas é uma norma pressuposta de natureza superior, não fazendo, neste sentido, parte do “sistema”¹⁹⁵⁵. Assim sendo, a sua alteração consubstancia um fenómeno extra-sistemático, um facto a-jurídico (“*alegal fact*”)¹⁹⁵⁶, um simples facto sociológico¹⁹⁵⁷.

Diferentemente, certas correntes normativo-analíticas – às quais tendencialmente aderimos –, de onde ressalta o nome de EUGENIO BULYGIN, advogam em sentido contrário, concluindo pela admissibilidade da auto-referencialidade (com efeitos vinculativos) das cláusulas de alteração. Parte-se aqui da consideração de que qualquer alteração da Constituição – que se pode materializar na revogação, modificação ou aditamento de normas constitucionais – significa, num certo ponto de vista (diacrónico), o surgimento de uma nova Constituição¹⁹⁵⁸, devendo-se assim distinguir uma Constituição originária e uma Constituição “resultante”. Consequentemente, se determinada Constituição (C1) que prevê uma norma que disciplina a sua revisão (Nr1) é alterada, alterando-se também esta última, em termos lógicos – não em termos estritamente normativos! –, C1 deixa de existir e passa a existir uma nova Constituição (C2). Simultaneamente, Nr1 deixa de existir e passa a existir uma nova norma de revisão: Nr2. Esta última disciplina a alteração, não da primeira Constituição (C1), mas da Constituição resultante (C2). Na verdade, quase se pode dizer que a contradição entre Nr1 e Nr2 é uma contradição extra-sistemática, pois as normas em causa não derivam a sua validade da mesma Constituição¹⁹⁵⁹.

Ora, o erro de ROSS, nesta perspectiva, é dizer que há uma contradição entre as normas de revisão, assumindo que ambas se referem à mesma Constituição, o que – insiste-se: do ponto de vista lógico – não acontece. Além disso, deve-se referir que é perfeitamente sustentável admitir a juridicidade

1954 V. ROSS, Alf, “*On law and justice*”, cit., 82. Refere a este respeito o autor dinamarquês: “*The Constitution, just like a statute, is equally unable to state the conditions for its own amendment*”.

1955 *Idem*, *ib.*

1956 Assim, ROSS, Alf, “*On law and justice*”, cit., 81.

1957 *Idem*, 83.

1958 Assim, BULYGIN, Eugenio, “*Tiempo y validez*”, cit., 207.

1959 V. BULYGIN, Eugenio, “*Tiempo y validez*”, cit., 208.

e a vinculatividade da auto-referencialidade das normas rigidificadoras do procedimento de alteração, desde que se aceite – como o fazemos – que a circularidade dá corpo a um autêntico nexó normativo e não a um mero nexó empírico ou de facto. Finalmente, cumpre assinalar – reiterando o que já tivemos ocasião de dizer – que apenas nas situações em que um raciocínio origine deduções paradoxais ou falaciosas é que, em rigor, se pode falar em ilogismo. Como vimos, não é o caso.

b) Normas ordinárias

No que diz respeito à circularidade entre as normas infra-constitucionais (ordinárias), a vinculatividade também parece não suscitar dúvidas, embora ela se possa afirmar por caminhos diversos. Porém, antes de nos debruçarmos sobre esta questão em particular, atentemos em algumas manifestações de reflexividade a este nível.

Desde logo, e no quadro do Direito internacional convencional, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CV) é um verdadeiro manancial de situações de auto-referencialidade normativa, seja num sentido abstracto, seja num sentido concreto, o que ressalta do facto de estarmos perante um “tratado sobre tratados”¹⁹⁶⁰. Atentemos apenas nos seguintes exemplos¹⁹⁶¹:

- no art.º 2.º, prevê-se uma norma de auto-referencialidade concreta (“para os fins da presente Convenção”) com objectivos linguísticos de fixação de terminologia, ao prever-se, designadamente, o que deve entender-se por “tratado”, “ratificação”, “aceitação”, “aprovação”, “adesão”, “plenos poderes”, “reserva”, etc.;
- no art.ºs 3.º e 5.º, consagram-se, respectivamente, normas auto-referentes concretas de delimitação material negativa (“acordos internacionais não compreendidos no âmbito da presente Convenção”) e positiva (“a presente Convenção aplica-se a qualquer tratado que seja...”);
- no art.º 4.º estipula-se uma norma de auto-referencialidade concreta delimitadora de eficácia temporal (“não retroactividade da presente Convenção”);
- no art.º 24.º estipula-se uma norma de auto-referencialidade abstracta delimitadora de eficácia temporal (entrada em vigor dos tratados em geral);

¹⁹⁶⁰ V. art.º 1.º da CV.

¹⁹⁶¹ Cfr., ainda, art.º 81.º e ss. da CV.

- no art.º 84.º estipula-se uma norma de auto-referencialidade concreta delimitadora de eficácia temporal (“a presente Convenção entrará em vigor...”)
- no art.ºs 26.º, 31.º e 32.º estão previstas normas auto-referentes materiais, simultaneamente abstractas e concretas, aplicando-se a todos os tratados e à própria CV (respectivamente, “*Pacta sunt servanda*”, e regras de interpretação).

Mas para além da Convenção referida, também outros textos normativos internacionais contêm disposições de alcance idêntico. Mais uma vez, a título meramente exemplificativo:

- o art.º 313.º do TCE além de estipular o modo de ratificação e de depósito de si próprio, consagra norma de auto-referencialidade concreta delimitadora de eficácia temporal (“o presente Tratado entrará em vigor...”);
- previsão idêntica – auto-referencialidade concreta delimitadora de eficácia temporal – podemos encontrar nos art.ºs 51.º e 52.º do TUE (“o presente Tratado tem vigência ilimitada” e “o presente Tratado entrará em vigor...”).

Também entre os actos legislativos é extremamente frequente o surgimento de nexos de circularidade, quer abstracta quer concreta, principalmente no que diz respeito a disposições normativas que determinam o modo de produção de efeitos no espaço e no tempo.

Auto-referencialidade ou circularidade abstracta podemos encontrar desde logo, por exemplo, nas disposições iniciais do Código civil. Contudo, como tais disposições se podem considerar aplicáveis a todas as normas internas integrantes do ordenamento – podendo mesmo falar-se em normas materialmente constitucionais –, deve-se assinalar que a circularidade, naturalmente, só se verifica em relação às normas que tenham natureza legislativa. Se estivermos perante material jurídico de diferente natureza (v.g., regulamentar) a relação a estabelecer será de escalonamento. Neste particular contexto, podemos apontar, nomeadamente, os artigos art.ºs 5.º e 9.º (que estipulam acerca da vigência – início e cessação – das normas em geral) ou 12.º (aplicação das leis no tempo). Ainda a título exemplificativo, podemos mencionar algumas disposições constantes da lei n.º 74/98, de 11 de Novembro (referente à publicação, identificação e formulário dos diplomas), nomeadamente o seu art.º 2.º, n.º 1, que determina que “os actos legislativos e os outros actos de conteúdo genérico entram em vigor no dia

neles fixado, não podendo, em caso algum, o início da vigência verificar-se no próprio dia da publicação”.

Já referir exemplos determinados de auto-referencialidade legislativa concreta — em que os efeitos se produzem em relação à própria norma que os estipula — será inútil e eventualmente fastidioso. Basta pensar nas numerosas situações em que o criador normativo utiliza a fórmula “a presente lei...” para efeitos de delimitação material, espacial ou temporal dos efeitos jurídicos a produzir.

E quanto à vinculatividade? Em que medida se pode afirmar que a circularidade entre normas ordinárias obriga¹⁹⁶²?

Pode-se fazer aqui referência a escalonamentos impróprios uma vez que, na realidade, a admitir-se que determinada norma pode vincular outras normas da mesma espécie — condicionando a sua produção e aplicação normativa futuras — está a aceitar-se a existência de uma verdadeira relação de proeminência, ainda que dissimulada e não subsumível aos tradicionais padrões de ordenação. Os termos em que tal proeminência se poderá estabelecer é que poderão variar.

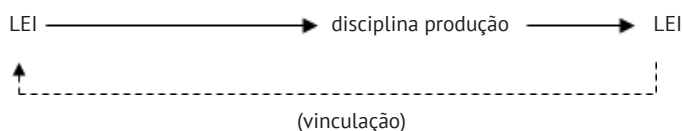
Por um lado, no que concerne aos vínculos de reflexividade abstracta importa distinguir consoante os seus destinatários sejam os (i) órgãos normadores ou (ii) os órgãos aplicadores. No primeiro caso, está-se em presença de normas sobre a produção normativa, ao passo que no segundo, está-se em presença de normas sobre a aplicação normativa.

- (i) No primeiro caso, e à primeira vista, parece que se pode afirmar que o normador actual não está subordinado aos condicionalismos pré-determinados pelo normador antigo, pelo que não lhe deve obedecer¹⁹⁶³. Assim sendo, e em rigor, a não subordinação aos requisitos impostos por este último não materializaria qualquer desconformidade ou violação, mas uma simples revogação tácita. Todavia, uma análise mais atenta parece levar a concluir em sentido diverso, pois, se assim fosse, a norma anterior não teria qualquer função normativa. A solução adequada, crê-se, passará por considerar as normas em causa como materialmente constitucionais (embora, recorde-se,

1962 Cfr., a propósito, GUASTINI, Riccardo, *“Lezioni di teoria costituzionale”* Giappichelli ed., Torino, 2001, 83 e ss.

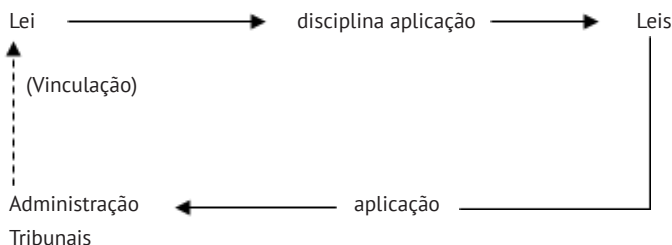
1963 Assim, ZAGREBELSKY, Gustavo, *“Manuale di diritto costituzionale”*, I, Torino, 1991, 40, onde diz: “La legge anteriore non può sottrarsi alla forza abrogativa delle leggi successive”.

formalmente ordinárias), o que transporta a consequência que a norma posterior desconforme não derroga nem revoga a norma anterior que disciplina a sua produção ou aplicação, antes se devendo com ela conformar (Rep. XXVII). Deste modo, em certa medida, e no seguimento do que acima se disse, impõe-se a consideração de que, na verdade, estamos mais perante uma situação de escalonamento do que de reflexividade¹⁹⁶⁴.



(Rep. XXVII)

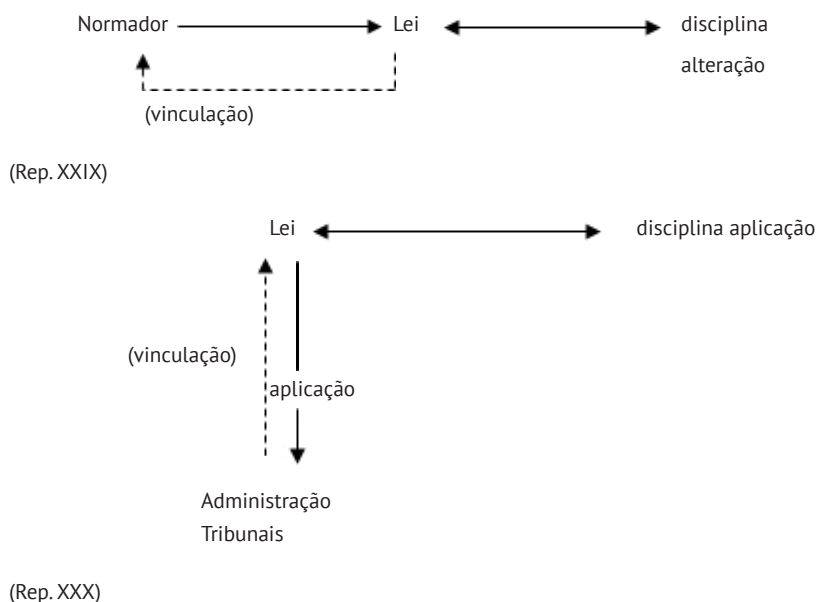
- (ii) No segundo caso — os destinatários serem a Administração ou os Tribunais — também parece que, sob o ponto de vista da produção dos efeitos, podemos reduzir o problema a um nexos de escalonamento, por meio da actuação do princípio da legalidade. Qualquer dos aplicadores de normas, como se sabe, está vinculado à lei, no sentido em que não pode actuar contra as suas determinações. Assim sendo, assumindo que se está perante uma norma legal que dispõe sobre a produção de outras normas legais, qualquer dos aplicadores está a ela subordinado (Rep. XXVIII). O mesmo se diga a propósito das normas não internas, na medida em que se admita — como o fizemos — a proeminência aplicativa destas.



(Rep. XXVIII)

1964 Naturalmente que o novo legislador, querendo-o, pode seguir um caminho "transverso": basta-lhe começar por revogar expressamente os limites ou requisitos impostos pelo legislador antigo para, em seguida, disciplinar a matéria em causa do modo que lhe aprovar. Esta forma será sempre admissível na medida em que se aceite que o princípio democrático tem como corolário a inexauribilidade da função legislativa (= normadora) e dificilmente toleraria que uma norma imponha limites à sua própria revogação, inibindo a produção do parlamento futuro.

Na reflexividade concreta, as conclusões não nos parecem ser substancialmente diferentes: ou se entende que a norma auto-referente é materialmente constitucional (quando vincular o normador – Rep. XXIX) ou se entende que o princípio da legalidade resolve a situação (quando vincular o aplicador – Rep. XXX).



Podemos assim concluir que ao nível das normas ordinárias, embora estruturalmente possamos estar em presença de nexos de circularidade, o que se constata é que, no âmbito mais preciso da produção de efeitos, estes acabam por se concretizar mediante o apelo a raciocínios de escalonamento.

Por fim, importa referir que os efeitos assinalados às normas auto-referentes produzir-se-ão nos termos gerais da produção de efeitos de qualquer norma, o que significa que estão dependentes da conformidade dessa norma auto-referente às normas do escalão superior que a vinculam. Assim, valem em relação a ela todas as considerações tecidas acerca da inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas em geral.

CONCLUSÕES

A partir das considerações da dissertação antecedente, é possível identificar um conjunto de ideias-chave que se podem, num esforço de sintetização, reduzir aos seguintes TÓPICOS CONCLUSIVOS:

A. Respeitantes aos pressupostos teóricos e discursivos

1. Num quadro de textura aberta do Direito muitos dos problemas jurídicos derivam do relativismo comunicativo e são problemas lógico-linguísticos.
2. Tais problemas são resolvidos mediante a busca de acordos interpretativos vinculativos, baseados num consenso linguístico e num sistema de referências globais.
3. Tais regras de consenso linguístico são as regras gramaticais, as regras de um jogo de linguagem, aplicáveis também ao discurso jurídico.
4. O recurso à linguagem como modo de análise do Direito pressupõe a necessária compreensão do seu uso prescritivo ou impositivo, através do qual o emissor dos actos de linguagem, mediante a formulação de um enunciado deontico, tem como objectivo dirigir comportamentos, induzindo a adoptar determinado curso de acção.
5. O estudo da linguagem da normatividade implica o chamamento de uma distinção estruturante entre Direito como linguagem-objecto e Direito como meta-linguagem.
6. O estudo da linguagem da normatividade busca apoio nos sectores de pensamento conotados como “analíticos”, ou próximos das “escolas analíticas”.
7. Uma das grandes marcas da filosofia analítica é a consideração de que o objecto da filosofia e do conhecimento é a linguagem e não a realidade não linguística, concebendo muitos dos problemas filosóficos e gnoseológicos como problemas derivados de mal entendidos linguísticos.
8. O pensador analítico é caracterizado pela tentativa de rejeição de toda a especulação e impositação metafísica.

9. O pensador analítico defende que a linguagem é convencional e construtivística, e não pictórica ou representativa, abraçando o convencionalismo e as definições estipulativas.
10. Em termos jurídicos, e em matéria de *modelo científico*, são de acolher as “teses de separação entre o Direito e a moral” e as concepções que encaram o Direito como uma ciência *neutral* e de pendor positivista, o que significa que o Direito é marcadamente a-valorativo.
11. Contudo, embora o Direito prescindia de um conteúdo determinado para se afirmar como Direito, tal não significa que o Direito prescindia totalmente de conteúdo (positivismo temperado). Os padrões de comportamento que constituem objecto do fenómeno jurídico não são padrões vazios ou em branco.
12. A partir da análise que a visão dos vários ordenamentos normativos permite efectuar, é possível individualizar alguns conteúdos-tipo que passam quase inevitavelmente pela protecção de valores ou de exemplos.
13. Existem, basicamente, duas formas de transmitir os padrões de comportamento, resultando daí dois possíveis esquemas comunicacionais: a comunicação exemplificativa e a comunicação conceptual.
14. Um estudo adequado do ordenamento jurídico português passa pela consideração de que ele assenta estruturalmente num modelo que privilegia quase em exclusivo um Direito estatuído (positivado) revelador de um conjunto de valores fundamentais
15. O ordenamento normativo, é composto pelas normas criadas de acordo com pressupostos determinados, independentemente de se saber se o seu conteúdo é valorado positiva ou negativamente e se tais normas são efectivamente aplicadas.

B. Respeitantes aos conceitos operativos

α) Conceito de fonte de Direito (núcleo de produção normativa)

16. Uma fonte de Direito é um núcleo inexaurível de criação de Direito objectivo, reconhecido pelo ordenamento.

17. O reconhecimento do Direito objectivo pode ser efectuado por via de uma norma genérica de reconhecimento, que deve estar expressamente consagrada no seu local próprio: a Constituição.
18. Sucede, porém, que no ordenamento constitucional português a referida norma de reconhecimento está deslocada do seu assento natural e encontra-se no Código civil. Contudo, é de defender a sua natureza materialmente constitucional.
19. Esta norma genérica de reconhecimento apenas identifica as fontes em abstracto, o que, no caso do nosso ordenamento, se limita a significar “lei”. Problemas diversos e posteriores são os de saber o que significa “lei” para estes efeitos e quem pode — e de acordo com que formas e procedimentos —, proceder à sua criação.
20. Para tal, é necessária a identificação e o auxílio de um outro tipo de normas: as normas sobre a produção.
21. As normas sobre a produção desempenham um triplo papel identificador, na medida em que devem ser elas a reconhecer o sujeito competente para a norma, o *nomen juris* a aplicar ao núcleo da produção normativa, e o procedimento adequado para a introdução do resultado normativo no agregado do qual fará parte.
22. Nas situações em que determinada competência, forma abstracta e procedimento se associam a uma determinada aptidão de produção de efeitos jurídicos (eficácia) desencadeada por uma fonte surge um tipo normativo.
23. Parece ser de aceitar o seguinte catálogo de fontes ou núcleos de produção normativa existentes no ordenamento português: Constituição, Lei, Norma internacional, Norma europeia e Regulamento.

β) Conceito de competência das competências

24. A percepção do complexo de ligações normativas que compõem um ordenamento e do seu carácter escalonado não pode ser feita se não for estabelecida, em termos inequívocos, a titularidade da competência das competências.

25. A pedra de toque reside na identificação de quem pode estabelecer o escalonamento, com que limites o poderá fazer e se o escalonamento previamente estabelecido poderá ser alterado.
26. O problema da titularidade da competência das competências é um problema de saber quem tem a *última palavra* em termos de decisão competencial e é um problema que assume uma relevância acrescida no quadro dos ordenamentos compostos e dos ordenamentos integrados.
27. Num Estado composto, a repartição das competências deve ser estabelecida a um nível superior e não pelo próprio órgão beneficiário da competência (*princípio da supra-atribuição competencial*).
28. Ao nível do ordenamento Europeu em particular, é de concluir que a União Europeia não é omnicompetente, pois só pode actuar onde os Tratados autorizam.
29. Enquanto se entender que a UE não tem *Kompetenz-Kompetenz*, nenhum dos seus órgãos pode ter a última palavra acerca da questão de saber se um determinado acto foi praticado debaixo da sua competência. Vigora, por conseguinte, a máxima de que a competência da União e dos seus órgãos é sempre uma competência limitada (*Prinzip der begrenzten Ermächtigung*).

χ) Conceito de ordenamento normativo

30. O ordenamento é um conjunto de normas correctamente criadas.
31. A concepção de ordenamento saída dos quadros mentais típicos da modernidade não consegue fugir à tendência de equiparação ao Direito positivo, entendido este como um Direito exclusivamente estadual. Uma correcta problematização da noção de ordenamento passa pela referência às questões da des-juridificação, des-estadualização, des-constitucionalização e des-legalização.
32. Um ordenamento é um conjunto autónomo de normas, agrupadas em relação de unidade e de uma forma sistemática, num corpo tendencialmente completo.
33. Um ordenamento jurídico não pode consistir num mero somatório de normas ou proposições jurídicas. Torna-se indispensável a existência

de um substracto ordenatório ou de um fundamento de unidade. Tal elemento deve ser uma *Norma fundamental*, que se assuma como um vértice ou um ponto aglutinador de uma multiplicidade normativa.

34. As normas devem estar agrupadas de uma forma sistemática.
35. O carácter sistémico não pretende significar a ausência de conflitos entre as normas.
36. A sistematicidade, assumindo que existem necessariamente confrontos entre normas, procura excluir as incompatibilidades entre elas, estabelecendo nas suas relações recíprocas um articulado de sentido.
37. Um ordenamento deve conter em si todos os elementos (ou, pelo menos, os elementos essenciais) necessários à resolução dos problemas que no seu interior se levantam, não se apresentando lacunoso ou incompleto.
38. Um ordenamento será um conjunto de normas, oriundas de uma pluralidade de fontes reduzidas à unidade pela Constituição como norma sobre a aplicação de normas.
39. Da Constituição de um ordenamento depende a validade das normas integradas no sistema por fontes internas, que são aquelas relativamente às quais ela se afirma como Norma fundamental. Quanto às normas integradas por meio de fontes externas, a Constituição assume-se como condição, não de validade, mas de aplicabilidade.

C. Respeitantes à teoria dos conflitos normativos

α) Conflitos intrasistemáticos

40. Tendo em vista atingir a coerência regulativa e a segurança na aplicação, torna-se indispensável a elaboração de formas de resolução das antinomias normativas (regras ou critérios) que, de uma forma pré-determinada, forneça ao aplicador de Direito coordenadas estáveis que lhe permitam afastar uma das normas e aplicar a outra.
41. Os critérios determinantes são o cronológico, da especialidade, da territorialidade e do escalonamento.

42. O critério cronológico determina que a vontade normativa mais recente impõe-se à vontade normativa anterior, seja do mesmo titular, seja de outro com competência homóloga.
43. A aplicação do critério cronológico implica a preterição (limitação de eficácia) da norma anterior e não a sua invalidade.
44. O efeito derogatório (revogação, derrogação, modificação ou suspensão de eficácia) só opera entre normas jurídicas qualitativamente equivalentes, quer quanto ao núcleo produtor, quer quanto ao valor (hierarquia) – nunca entre normas provenientes de fontes diversas ou com valor diverso.
45. O critério da especialidade implica a ideia de que deve ser estabelecida uma “relação de cabimento” de uma disposição normativa na previsão de outra, mais ampla.
46. A relação norma especial/norma geral, e a consequente preferência aplicativa da primeira – que implica não a revogação da segunda, mas a sua derrogação –, somente se torna operativa em situações de paridade ou equiordenação.
47. Enquanto critério regulador de conflitos normativos, a territorialidade tem o seu campo preferencial de aplicação nos ordenamentos onde se verifica a existência de núcleos produtores descentralizados.
48. A convocação do critério da territorialidade apenas tem efectiva aplicação quando se está perante uma relação acto universal/acto local, ambos competentes, ambos integrados no mesmo escalão normativo e ambos materialmente gerais ou especiais.
49. A utilização do critério da territorialidade pode resultar num de dois sentidos, consoante a decisão básica do ordenamento em causa: pode criar-se uma regra de preferência do Direito territorialmente menos abrangente em relação ao Direito territorialmente mais abrangente ou uma regra de sentido inverso.
50. O critério do escalonamento apela à presença de *qualidade jurídica relacional* emergente de um contacto de tensão entre normas de valor diverso e que, geometricamente, pressupõe a marcação de eixos verticais de sobreponibilidade.

51. A supraordenação consiste numa posição de vantagem atribuída a uma norma em face de outra ou outras, assente no consequente reconhecimento de um estatuto de parametricidade e de uma força normativa superior.
52. Materialmente, o estabelecimento de uma hierarquia pressupõe um requisito genético: entre as normas ordenadas deve existir alguma identidade, quer quanto ao seu fim quer quanto ao seu objecto.
53. A resistência derogatória constitui a característica marcante da graduação.
54. O ordenamento normativo português é um ordenamento fortemente escalonado.
55. A Constituição portuguesa demonstra que nem todo o Direito tem o mesmo valor jurídico em termos de projecção de efeitos, podendo-se com clareza revelar os distintos níveis que compõem uma escala de gradação que resulta do cruzamento das coordenadas *estatuto de parametricidade – poder derogatório – resistência derogatória*.
56. A graduação entre todas as normas é estabelecida com base na ideia de autorização e na correspondente proximidade em relação às decisões institutivas e fundacionais do ordenamento, em termos de o grau hierárquico ser directamente proporcional à proximidade em relação ao núcleo central da soberania.
57. Quanto aos conflitos negativos e ao problema da integração de lacunas, a analogia assume um papel de particular destaque.
58. A analogia consiste em assimilar um padrão de comportamento não qualificado normativamente a outro que o esteja e que tenha com ele em comum determinadas propriedades relevantes.
59. O juízo de assimilação pressupõe que, sob o ponto de vista material, ambas as hipóteses são identicamente valoradas, embora tal não signifique identificação valorativa.
60. As lacunas podem também ser integradas por via da referência a material jurídico proveniente de ordenamentos forasteiros (reenvios extra-sistemáticos), quer no sentido de serem efectuados tendo por referência

ordenamentos passados (“reenvio temporal”), quer no sentido de terem por referência ordenamentos actuais.

β) Conflitos extrasistemáticos

61. Para a correcta compreensão dos problemas inerentes aos conflitos entre normas provenientes de ordenamentos diversos, convém explorar as noções de *condição de validade* e de *condição de aplicabilidade*, bem assim como pesquisar as correspondentes possibilidades de aplicação.
62. Numa perspectiva normativista, uma norma será válida se criada de acordo com os procedimentos de produção normativa instaurados no ordenamento de que faz parte.
63. A validade assume-se como uma categoria que só é operativa no interior de cada conjunto ou complexo normativo, revelando-se como um critério inadequado para resolver os problemas resultantes das tentativas de articulação de normas provenientes de fontes diversas.
64. A aplicabilidade relaciona-se com a decisão constituinte de saber quais as normas aplicáveis num ordenamento em particular.
65. Cada ordenamento é soberano quer quanto à validade das normas nele criadas — e não quanto às normas criadas em outros ordenamentos —, quer quanto à decisão acerca de quais são as normas nele aplicadas.
66. Decididas quais as normas aplicáveis, as relações internormativas decidem-se por aplicação combinada dos critérios da validade e da aplicabilidade: a validade para resolver antinomias entre normas do mesmo agregado; a aplicabilidade para resolver antinomias entre normas de agregados diversos.
67. A Constituição de cada ordenamento desempenha uma dupla função: condição de validade das normas internas e condição de aplicabilidade das normas externas por si reconhecidas.
68. Em caso de conflito entre uma norma externa e uma norma interna, esta deve ceder, verificando-se um fenómeno de preferência aplicativa da primeira.

69. A preferência aplicativa da norma externa cede perante as normas do escalão fundante (decisões constituintes fundamentais) do ordenamento receptor.
70. São as normas constitucionais que autorizam a abertura do ordenamento, constituindo elas a plataforma (ponte) que o Direito não interno deve transpor para nele se considerar aplicável.
71. Caso a habilitação não se efectue, o Direito externo respectivo não é aplicável na ordem jurídica interna e não tem base legal para se legitimar e justificar (doutrina *ausbrechender Rechtsakt*).
72. O legislador constituinte condiciona a recepção do Direito Europeu ao “respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”. Por conseguinte, existem limites constitucionais ao *legislador de integração*, nomeadamente quando este incorre numa “alteração substancial” (*Gesamtänderung*) da ordem jurídica.
73. A contextura emprestada pelo TJCE ao edifício europeu comunitário não assenta em bases sólidas.
74. Não existe qualquer “transferência de soberania”.
75. Os órgãos da União não são omnícompetentes nem são titulares de qualquer competência das competências.
76. Não existe qualquer disposição genérica atributiva de competências – o que existem são competências por atribuição (*begrenzen Ermächtigung*).
77. Não é sustentável a ideia de auto-referencialidade da construção comunitária, na medida em que continua a haver limites jurídicos impostos pelos ordenamentos nacionais.
78. A construção jurídica em que a União Europeia se densifica não poderá deixar de reconhecer a preponderância da vontade dos seus Estados membros e de neles encontrar o seu fundamento jurídico de validade, pois são eles os verdadeiros actores da integração (*Herren der Verträge*).
79. A harmonização e ordenação das normas dos ordenamentos interno e não interno, ao contrário do que se passa no que diz respeito à ordenação das normas internas – onde se emprega o postulado da *preferência*

de validade (Geltungsvorrang)—, deve ser feita convocando a ideia de *preferência aplicativa (Anwendungsvorrang)*.

80. A solução dos conflitos entre o Direito europeu e as normas provenientes dos núcleos de produção normativa dos Estados-membros passa pela ideia de primado das normas europeias comunitárias.
81. A aceitação desta ideia de primado, não pode ser feita nos termos acrílicos e absolutos em que o tem sido, nomeadamente pelo TJCE, mas deve ser normativamente enquadrada no âmbito da teoria geral das relações entre ordenamentos jurídicos diversos.
82. O seu desenho deve ser feito tendo em atenção um carácter duplamente relativo: em primeiro lugar, trata-se de um primado de normas de Direito da UE emanadas no exercício das competências que lhe são atribuídas (sendo, por via disso, um primado *horizontalmente relativo*) e, em segundo lugar, trata-se de um primado sobre todas as normas que não tenham valor normativo constitucional (trata-se, por isso, de um primado *verticalmente relativo*).
83. Em abono da harmonia jurídica entre os ordenamentos interno e europeu, pode-se defender uma *identidade material* entre eles.
84. Neste contexto, pode-se falar em fundamentos constitucionais comuns da ordem jurídica comunitária — ou um Direito Constitucional Europeu (*Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*) —, cujo núcleo central estaria a cargo de um número restrito de princípios jurídicos fundamentais.
85. Além dos impulsos internacionalista e europeu-comunitário, é possível vislumbrar, no âmbito do ordenamento normativo português, outros importantes impulsos normativísticos, nomeadamente o confessional e o auto-regulatório.
86. Podemos identificar três tipos de normas de Direito confessional, em ordem ao respectivo modo de produção: normas de produção unilateral confessional, normas de produção unilateral estadual e normas de produção pactuada.
87. No domínio da auto-regulação, as normas técnicas constituem um particular produto normativo que encontra o seu âmbito privilegiado de aplicação nos domínios industrial e técnico e que tem por finalidade a

sua própria utilização comum e repetida, com vista a atingir um grau óptimo de ordem num dado contexto.

88. Com o passar dos tempos, os standards, meramente fácticos, podem ser juridificados e recebidos pelo ordenamento normativo através de determinados procedimentos qualificados que, por esta via, os transformam em standards jurídicos e os incorporam num agregado normativo.
89. A normalização técnica e meramente empírica, seja ela de nível nacional, regional ou internacional, não pode contradizer, nem derrogar a normação vinculativa existente (*princípio do primado da normação*). Quando muito possuem uma mera eficácia *inter partes*.

D. Respeitantes à análise normativamente orientada do ordenamento português

α) Relações normativas de escalonamento

90. A construção de um sistema normativo convoca dois problemas constitucionais: o da identificação das fontes e das normas e o da sua ordenação num complexo coerente.
91. É através da mediação das normas de reconhecimento que qualquer actor jurídico-normativo pode concluir pela existência (validade) ou não de determinada norma, bem assim como da respectiva aplicabilidade, em termos de poder dizer que ela pode ou não ser apta a resolver uma concreta situação jurídica.
92. As *normas normarum* identificam não apenas o sujeito competente para a produção, como o *nomen juris* que deve ser utilizado e ainda o respectivo procedimento de formação, contribuindo para a formação de um tipo normativo, ao qual está aliada uma determinada força jurídica activa (inovatória) e passiva (de resistência).
93. A construção gradualística clássica não está isenta de limitações.
94. O primeiro limite decorre da aplicação do princípio da competência, e significa que a graduação entre normas pressupõe a concorrência das possibilidades de produção normativa, ou seja a existência de Direito emanado por órgãos com prerrogativas constitucionalmente reconhecidas para tal.

95. O princípio da competência bloqueia a actuação do princípio do escalonamento – a norma competente prevalece sempre, seja sobre a norma incompetente superior seja sobre a norma incompetente inferior.
96. O segundo limite decorre da verificação de que, além das relações tradicionais de escalonamento outros tipos de relações se podem vislumbrar.
97. Por um lado, as relações de sucessão horizontais, que se estabelecem entre normas pertencentes aos mesmo escalão normativo, e que se situam em planos de paridade ou equiordenação.
98. Por outro lado, as relações circulares, que nascem da constatação de que algumas das normas assumem características autoreferentes, estipulando acerca da sua própria disciplina jurídica.
99. As relações de escalonamento têm na sua base um esquema de derivação em cascata que parte das dimensões constituintes fundamentais e se desdobra, sucessivamente, em normas com valor supra-legal, normas com valor legal e normas com valor infra-legal.
100. A Norma fundamental prossegue uma função unificadora, constitui a génese orgânica do ordenamento e confere legitimidade jurídica ao poder constituinte originário.
101. Posteriormente, esse mesmo poder constituinte cria e autoriza novos centros de produção jurídica, irradiando a *ideia de Direito* em todas as direcções.
102. *Norma fundamental e Constituição* não se confundem, embora se possam relacionar. A primeira constitui o ponto aglutinador da multiplicidade normativa, enquanto a segunda, embora a um nível superior, *faz parte* dessa multiplicidade normativa.
103. A Constituição atravessa um período de crise motivado por algum desespero que se tem manifestado, não apenas ao nível das suas finalidades intrínsecas, mas igualmente ao nível do seu *lugar no mundo*.
104. Com o “desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação”, irrompem os protótipos auto-referenciais e auto-poiéticos, legitimadores da existência de uma sociedade auto-erigida, equiordenada e desestadualizada.

105. Para muitos sectores de pensamento, o Poder Constituinte já se transferiu para as instâncias europeias. Para tal, muito terá contribuído a alteração do conteúdo das várias Constituições dos Estados-membros por via da força jurídica dos actos europeus comunitários.
106. Contudo, as Constituições nacionais devem ser compreendidas juntamente com a *Constituição Europeia*, que lhes é complementar (*komplementärverfassung*), e esta com aquelas, ambas como parte integrante de um unificado sistema constitucional europeu (*europäischen Verfassungssystem*s).
107. Não abandonamos nenhum dos pilares essenciais do pensamento jurídico moderno: nem a razão, nem o Estado pelo que a um e a outro ainda se deve reconduzir toda a elaboração da existência.
108. A referência a um escalão supra-legal significa o reconhecimento de que existem alguns tipos que são integrados por normas que, na realidade, seriam, sob o ponto de vista material, verdadeiras normas ordinárias de feição legislativa. Contudo, e apesar de continuarem a estar subordinados à Constituição e às normas de valor constitucional, constata-se que sob o ponto de vista da produção de efeitos jurídicos, tais tipos constituem um bloco com uma força superior e acrescida, estando revestidos de um invólucro protector que as comuns normas não possuem.
109. Não se está, contudo, face ao reconhecimento de um mero valor reforçado. Nesta última situação, um *determinado* sub-tipo normativo assume uma força acrescida em relação a outro *determinado* sub-tipo, mas, na realidade, não deixa de se integrar no mesmo escalão dele, estabelecendo-se somente uma relação de proeminência não hierárquica.
110. Os tipos normativos que se podem considerar supra escalonados em relação às normas legais ordinárias — sem deixar de se encontrar subordinado à Constituição — são compostos pelas leis constitucionais, pelas leis estatutárias, pelas normas de Direito internacional convencional, pelas normas emanadas das organizações internacionais de que Portugal faz parte, pelas normas de Direito europeu comunitário derivado e pelas decisões jurisdicionais com força obrigatória geral.

111. A corrosão de algum do substrato teórico que constituía os pilares da modernidade empurrou o conceito tradicional de lei para uma crise.
112. A lei deixa de ser produto exclusivo da vontade parlamentar para passar a afirmar-se também como o produto da vontade de outros órgãos estaduais que, com o tempo, vão assumindo competências legiferantes.
113. A lei passa a não ser necessariamente geral e abstracta, surgindo em cada vez maior número as leis-medida e as leis-providência. Este surgimento deve-se, em parte, à erupção das notas de *sensibilidade* e à descrença na razão enquanto motor fundamental da sociedade.
114. Assiste-se a uma relativização do papel superior da lei que se projecta em três distintas direcções: em primeiro lugar, é motivada pela defesa da necessária subordinação às normas constitucionais; em segundo lugar, esbate-se a supremacia da lei em relação ao poder jurisdicional, a ponto de se considerar este como um legislador negativo; em terceiro lugar, assiste-se a um desbancamento da lei motivado pela aplicação preferente do Direito externo, particularmente do Direito europeu comunitário.
115. Não existe um conceito universal material de lei, mas apenas um conceito formalmente adaptado para cada ordenamento e apenas uma análise localizada normativamente e que procure captar determinados traços essenciais de regime é que possibilita a identificação de um conceito operativo de lei.
116. No que diz particularmente respeito ao ordenamento normativo-constitucional português, os caracteres distintivos são, de um modo genérico, a generalidade e abstracção por um lado, e a recondução da manifestação normadora a uma vontade legisladora por outro.
117. No âmbito da CRP, é possível identificar leis ordinárias que vinculam outras leis ordinárias em razão de uma habilitação constitucional conferida para o efeito, sendo tal conseguido através de princípios tão diversos como o da competência, da função directiva ou do procedimento específico. Fala-se em tais casos em “leis com valor reforçado”.
118. O valor reforçado concretiza uma qualidade relacional entre actos legislativos, o que quer significar que dá corpo a uma particular relação de correspondência entre certas leis ou entre algumas leis e as demais.

119. Os atributos que caracterizam as leis com valor reforçado e os efeitos correspondentes à atribuição deste valor têm de derivar directamente da Constituição.
120. As leis com valor reforçado são-no no confronto com outras leis, não no confronto com outros actos que não leis.
121. O valor reforçado dá corpo a uma relação de proeminência não hierárquica, o que significa que não é criado mais um degrau no escalonamento normativo, apenas se distinguindo uma especial supremacia dentro do mesmo escalão.
122. O reconhecimento constitucional do estatuto de valor reforçado a uma determinada lei coloca-a numa posição de vantagem em relação às demais, na medida em que lhe são reconhecidos determinados efeitos jurídicos que, de outra forma, ela não poderia, em potência, desencadear. Tais efeitos não são uniformes e variam em função do tipo legal em questão.
123. O Governo, conservando ainda algumas reminiscências da sua natureza de órgão administrativo assume-se cada vez mais como um poder legislativo autónomo e normal. Tal opção encontra diversos critérios justificativos, ressaltando de entre eles, por um lado, motivos de racionalidade técnica e, por outro lado, motivos de racionalidade política.
124. A tendência para a governamentalização da actividade legislativa encontra a sua mais acabada expressão na autonomia legislativa de que goza o Governo, em termos de a correspondente competência para a prática de actos com força e valor de lei ser, na sua essência, uma competência exercida de forma livre.
125. A produção legislativa regional, mais não é, do ponto de vista do legislador constituinte, do que uma das manifestações da denominada “descentralização política”.
126. Todas as competências legislativas das regiões são competências derivadas e específicas, constitucionalmente ancoradas e estadualmente reconhecidas e têm sempre por referência o *interesse regional*.

127. Em relação às restantes normas legais, as normas legislativas regionais estão numa posição de paridade não estando hierarquicamente subordinadas às normas legais do Estado.
128. A referência aos actos normativos com valor de lei não se esgota com o elenco dos actos legislativos constitucionalmente previstos. Além destes, é possível identificar outras manifestações de vontade de órgãos públicos que, em virtude do especial regime jurídico que lhes é reconhecido, podem ser caracterizadas como leis em sentido amplíssimo, como é o caso das as resoluções normativas e dos resultados das consultas referendárias.
129. Sendo certo que nem todas as normas às quais deve ser reconhecido valor subordinado à lei procedem geneticamente da Administração, não deixa de ser patente que a grande maioria aí encontra o seu ancoramento.
130. Os quadros clássicos que serviram de substracto às concepções oitocentista e novecentista de Administração já não se mostram satisfatórios, pois os seus espaços de actuação revelam-se manifestamente alargados e diversificados.
131. A actuação administrativa deixa de se caracterizar pela referência exclusiva à estadualidade, em termos de às funções administrativas estaduais ou domésticas se adicionarem as funções administrativas globais.
132. A precedência da lei pode dar lugar a uma precedência do acto internacional ou comunitário.
133. As convenções colectivas e as normas de produção unilateral confessional possuem carácter normativo infra-legal.

β) Relações normativas de equiordenação

134. Embora seja uma situação teleologicamente a evitar, pode acontecer que duas normas que integram a mesma Constituição prevejam um conteúdo normativo que, ao menos aparentemente, seja conflitual.
135. Nestes casos, a solução deverá passar sempre pela tentativa de superação do conflito mediante a harmonização das disposições em dissídio

sem afastar ou considerar inválida qualquer uma delas, apelando ao princípio da *unidade hierárquico-normativa da Constituição*.

136. O problema dos dissídios entre normas constitucionais não contemporâneas ou da sua sucessão temporal parece ser plenamente resolvido mediante a convocação do critério cronológico e, consequentemente, do princípio *lex posteriori*.

137. Na situações em que se verifique uma contradição entre uma norma de Direito Internacional geral ou comum ou uma norma de Direito europeu primário e uma norma constitucional interna, parece ser de empregar o arsenal metodológico utilizável nos conflitos entre normas constitucionais; em particular, deve-se convocar os princípio da unidade da Constituição (aqui em sentido material).

χ) Relações normativas de reflexividade

138. “Reflexividade” constitui o termo genérico para pretender significar todos os tipos de circularidade lógica.

139. No plano exclusivamente normativo a auto-referência constitui um arquétipo interrelacional que tem em consideração a circunstância de que algumas normas possuem características de *interioridade*, estipulando acerca da sua própria disciplina jurídica, seja num sentido directo – determinando como, ela própria, é apta a produzir os seus efeitos – seja num sentido indirecto – determinando como as outras normas da mesma categoria assumem relevância jurídica.

140. O raciocínio reflexivo não é necessariamente ilógico.

141. As alternativas à justificação reflexiva dos raciocínios ora é a auto-afirmação (autoritária e porventura carente de legitimidade) do mesmo, ora é a justificação *ad infinitum*.

142. Em termos estruturais, a auto-referencialidade normativa pode-se expressar de uma forma abstracta ou de uma forma concreta. Neste último caso, a norma auto-referente estipula uma consequência jurídica que aplica a si própria directamente, sem referência a qualquer outra norma integrante do agregado. Diversamente, na auto-referencialidade abstracta, as consequências jurídicas estipuladas por certa norma têm por referência outras normas da mesma natureza, sucedendo que os

efeitos produzidos determinam o retorno a si mesma ou ao mesmo espaço que ela ocupa (*efeito boomerang*).

143. Delimitação conceptual, delimitação de eficácia, e delimitação de modo de produção normativa são as finalidades principais que subjazem à existência de conexões de auto-referencialidade entre normas jurídicas, sendo igualmente os principais efeitos que delas sobressai.

Lista das principais abreviaturas utilizadas

1. AdLRw: *Administrative Law Review*
2. AnFD: *Anuario de Filosofía del Derecho*
3. AöR: *Archiv des öffentlichen Rechts*
4. ArchPhD: *Archives de Philosophie du Droit*
5. ARSP: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*
6. ASLP Bulletin: *Bulletin of the Australian society of legal philosophy*
7. AustrJLF: *Australian Journal of legal Philosophy*
8. BVerGE: *Bundesverfassungsgerichtentscheidungen*
9. B-VG: *Bundesverfassungsgesetze*
10. CC: Código civil
11. CPTA: Código de processo nos tribunais administrativos
12. CDE: *Cahiers de Droit européen*
13. CEsp: *Constitución Española*
14. CIC: *Codex Iglesia Canonici*
15. Cital: *Costituzione Italiana*
16. CMLR: *Common Market Law Review*
17. CoLRw: *Columbia Law Review*
18. CRF: *Constitution da la Republique française*
19. CRP: Constituição da República Portuguesa

20. CV: Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
21. Der Staat: *Der Staat (Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, Deutsches und Europäisches öffentliches Recht)*
22. Droits (RFTP): *Droits (Revue Française de Théorie, de philosophie et de culture juridiques)*
23. EstRAA: Estatuto da Região autónoma dos Açores
24. EstRAM: Estatuto da Região autónoma da Madeira
25. ETAF: Estatuto dos Tribunais administrativos e fiscais
26. GG: *Grundgesetze*
27. GRW: *Grundlagen der Rechtswissenschaft (Mohr Siebeck)*
28. HdbStR: *Handbuch des Staatsrecht* (org. INSENSEE e KIRCHHOF)
29. JhbRsRt: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*
30. JuS: *Juristische Schulung (Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung)*
31. JZ: *Juristen Zeitung*
32. KJ: *Kritische Justiz*
33. LQR: *The Law quarterly review*
34. OxfJLS: *Oxford Journal of legal studies*
35. ÖJZ: *Österreiches Juristenzeitung*
36. Rechtstheorie: *Rechtstheorie (Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts)*
37. REDC: *Revista española de Derecho Constitucional*
38. REDT (Civitas): *Revista española de Derecho del trabajo*
39. RDES: *Revista de Direito e estudos sociais*

- 40. RFDC: *Revue française de droit constitutionnelle*
- 41. RFDGran: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*
- 42. RLJ: Revista de legislação e jurisprudência
- 43. RTDP: *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*
- 44. STA: Supremo Tribunal administrativo
- 45. STJ: Supremo tribunal de justiça
- 46. TC: Tribunal constitucional
- 47. TCA: Tribunal central administrativo
- 48. TCE: *Tribunal constitucional (España)*
- 49. TJCE: Tribunal de justiça das Comunidades europeias
- 50. TUE: Tratado da União europeia
- 51. VfGH: *Verfassungsgerichtshof*
- 52. VNB: *Verfassung des Norddeutschen Bundes*
- 53. YLJ: *The Yale Law Journal*
- 54. ZöR: *Zeitschrift für öffentlichen Rechts*
- 55. ZPol: *Zeitschrift für Politikwissenschaft*
- 56. ZfRV: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Int. Privatrecht und Europarecht*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS utilizadas*

ADAMOVICH, Ludwig “*Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*”, 6.^a edição, Springer Verlag, Wien, 1971.

AFONSO QUEIRÓ, “Teoria dos regulamentos”, RDES, ano XXVII, n.ºs 1-4.

AFONSO VAZ, Manuel, “Lei e reserva da Lei. A causa da Lei na Constituição portuguesa de 1976”, UCP, Porto, 1992.

AGOSTINO d’AVACK, Pietro, “*Tratatto di Diritto canonico*”, Giuffrè ed., Milano, 1980.

AGOSTINO d’AVACK, Pietro, “*Tratatto di Diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*”, 2.^a ed., Giuffrè ed., Milano, 1978.

ALBINO, Luca, “*La costruzione di un sistema europeo delle fonti tra unicità e pluralità degli ordinamenti*”, in *Costituzione Italiana e Diritto Comunitario*, GAMBINO, Silvio (org.), Giuffrè ed. Milano, 2002.

ALBUQUERQUE CALHEIROS, J.M., e MEDEIROS, Rui, “As Regiões autónomas e a aplicação das directivas comunitárias”, in *Estudos de Direito regional* (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.

ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Definiciones y normas*”, in *El lenguaje del derecho (Homenaje a Genaro Carrio)*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1977.

ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Normative Systeme*”, Karl Alber Vlg., Freiburg / München, 1994.

ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Sobre el concepto de orden jurídico*”, in *Análisis Logico y Derecho* (org. Eugenio Bulygin e Carlos Alchourrón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ALEX, Robert, “*Theorie der Grundrechte*”, (trad. Espanhola: “*Teoria de los derechos fundamentales*”, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993).

ALEX, Robert, “*Begriff und Geltung des Rechts*”, Albert StudienAusgabe, Vlg. Karl Alber, Freiburg/München, 2002.

ALEX, Robert, “*Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*”, ARSP, 14 (*Argumentation und Recht*), 1980.

* A presente lista compreende apenas as referências científicas efectivamente utilizadas e mencionadas, de forma genérica ou específica, ao longo da investigação. As referências não científicas (como artigos publicados em obras de diferente natureza ou estudos de carácter institucional) não são aqui incluídas.

ALEXY, Robert, "On the structure of legal principles", *Ratio Juris*, 13, 3, 2000.

ALEXY, Robert, "Recht und Richtigkeit", in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

ALEXY, Robert, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *ARSP*, 25 ("Conditions of validity and cognition in modern legal thought"), 1985.

ALEXY, Robert, "Zur Kritik des Rechtspositivismus", *ARSP*, 37, (*Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*), 1991.

ALFONSO, L. P. (org), JIMÉNEZ-BLANCO, ORTEGA ÁLVAREZ, "Manual de Derecho administrativo – parte general", 4.ª ed., Ariel, Barcelona, 1996.

ALLAND, Denis, "De l'ordre juridique international", *Droits (RFTP)*, 35, 2002.

ALMEIDA COSTA, M. J., "Direito das Obrigações", 8.ª ed.ª, Almedina, Coimbra, 2000.

ALTENBORN, Markus, "Rahmengesetzgebung im Bundesstaat und im Staatenverbund", *AöR*, 128, 3, 2003.

AMARAL, Maria Lúcia, "Questões regionais e jurisprudência constitucional: para o estudo de uma actividade conformadora do Tribunal Constitucional", in *Estudos de Direito regional* (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.

AMOROSINO, Sandro, "Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio", in *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*, Giuffrè Ed., Milão, 1995.

ANDRADE, Manuel, "Teoria geral da relação jurídica", II, reimp., Almedina, Coimbra, 1998.

ARNAUD, André - Jean, "Entre modernité et mondialisation: cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'état", *LGDJ*, col. *Droit et société*, 1998.

AUSTIN, J. L. "How to do things with words (*The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*)", Clarendon Press, Oxford, 1975.

AUSTIN, John, "Lectures on jurisprudence (or the philosophy of positive law)", I e II, John Murray, London, 1885.

BACELAR GOUVEIA, Jorge, "Manual de Direito Internacional", Almedina, Coimbra, 2003.

BACH, Albrecht, "Direkt Wirkungen von EG-Richtlinien", *JZ*, 1990, 23.

BACHOF, Otto, "Verfassungswidrige Verfassungsnormen", in *Recht und Staat*, 163/164.

BACIGALUPO, Mariano, "El impacto del Tratado de la Union europea en la reforma constitucional alemana de 21 de Diciembre de 1992: El nuevo articulo 23 de la Ley fundamental de Bonn", *REDC*, 39, 1993.

BADURA, Peter, "Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Strukturen in den internationalen Gemeinschaften", VVDStRL, 23, 1966.

BADURA, Peter, "Staatsrecht", 3.ª ed., C. H. Beck, München, 2003.

BANKOWSKI, Zenon e MacCORMICK, Neil, "Legality without legalism", in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

BAPTISTA MACHADO, João, "Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis", Almedina, Coimbra, 1970.

BARBERIS, Mauro, "Di cosa parliamo, quando parliamo di filosofia analitica?" in *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè ed., Milano, 1997.

BARILE, Giuseppe, "Costituzione e Diritto internazionale", RTDP, 1986, 4.

BATTINI, Stefano, "Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un Diritto amministrativo globale?", RTDP, 2005, 2.

BELL, Daniel, "Die nachindustrielle Gesellschaft" in "Wege aus der Moderne (Schlüsseltexte der Postmoderne-Diskussion)" (org. de WELSCH, Wolfgang.), Akademie Vlg., Berlin, 1994.

BENTIVOGLIO, Ludovico, "Ordinamento giuridico o sistema di Diritto?", RTDP, 1976, 3.

BERGHOLTZ, Gunnar, "Rationality and reasonableness of judicial decisions (Some thoughts from the swedish point of view on judge's decision-making)", in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

BERLVEDERE, Andrea, "I Poteri semiotici del legislatore", in *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè ed., Milano, 1997.

BERNHARDT, Rudolf, "Völkerrechtskonforme Auslegung der Verfassung? Verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge?", in *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer Vlg., Heidelberg, 2002.

BERTI, Giorgio, "Il regolamento come atto normativo regionale", RTDP, 1973.

BERTI, Giorgio, "Stato di Diritto informale", RTDP, 1992, 1.

BESSELINK, Leonard, "Becoming a party to treaties which diverge from the Constitution", *European Public Law (EPL)*, 9, 4, 2003.

BEYER, Thomas, "Die Ermächtigung der europäischen Union und ihrer Gemeinschaften", *Der Staat*, 35, 2, 1996.

BIEBER, Roland e SALOMÉ, Isabelle, "Hierarchy of norms in european law", VMLR, 1996, 33.

BJARUP, Jes, "Authority and roles", in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

BLACK, Julia, "*Critical reflexions on Regulation*", *AustrJLF*, 27, 2002.

BLANCO de MORAIS, Carlos, "As leis reforçadas. As leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos", Coimbra editora, Coimbra, 1998.

BLANCO de MORAIS, Carlos, "O modelo de repartição da função legislativa entre o Estado e as Regiões autónomas", in *Estudos de Direito regional* (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.

BLANK, Michael, FANGMANN, Helmut, HAMMER, Ulrich, "*Grundgesetze – Basiskommentar*", 2.ª ed., Bund Vlg, Köln.

BLECKMANN, Albert, "*Das europäische Demokratieprinzip*", *JZ*, 2001, 2.

BLECKMANN, Albert, "*Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*", Crl Heymanns Vlg, Köln, 1993.

BLECKMANN, Albert, "*Zu Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG*", *JuS*, 2002, 10.

BOBBIO, Norberto, "*Il positivismo giuridico*", Giappichelli ed., Torino, 1996.

BOBBIO, Norberto, "*Teoria dell'ordinamento giuridico*" in *Teoria generale del Diritto*, Giappichelli ed., Torino, 1994.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "*Menschenwürde als normatives Prinzip*", *JZ*, 2003, 17.

BODO PIEROTH, "*Die Verfassung als Gesellschaftsvertrag*", in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

BONAVIDES, Paulo, "O artigo 45 da Constituição federal e a inconstitucionalidade de normas constitucionais", *Rev. FDUL*, 1995, 36.

BOROWSKI, Martin, "*Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl*", GRW, 3.

BOSCO, Giacinto, "*Lezioni di Diritto Internazionale*", 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 1992.

BOURCIER, Danièle e TAUZIAC, Véronique, "*Du standard technique a la norme juridique impacts et enjeux*", in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/normtech.htm>.

BOY, Laurence, "Normes", in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boy1.htm>.

BREGER, Marshall e EDLES, Gary, "*Established by practice: the theory and operation of independent federal agencies*", *AdLRw*, 2000, 4.

BREUER, Rüdiger, "*Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*", *AöR*, 101, 1, 1976.

BROWNLIE, Ian, "*Principles of Public International Law*" (Trad. Portuguesa: "Princípios de Direito internacional público", Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997).

BRUGGER, Winfried, "Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes", AöR, 126, 3, 2001.

BRUGGER, Winfried, "Grundlinien der Kantischen Rechtsphilosophie", JZ, 1991, 19.

BRYDE, Brun-Otto, "Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts", Der Staat, 42, 1, 2003.

BUCHWALD, Delf, "Zur Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union", Der Staat, 37, 2, 1998.

BULYGIN, Eugenio, "Alexy's thesis of the necessary connection between law and morality", Ratio Juris, 13, 2, 2000.

BULYGIN, Eugenio, "Das problem der Geltung bei Kelsen", in Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts (org. Paulson e Sttoleis), GRW, 3.

BULYGIN, Eugenio, "Kant y la Filosofía del Derecho contemporánea", in Analisis Logico y Derecho (Eugenio Bulygin e Carlos Alchourrón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BULYGIN, Eugenio, "On norms propositions", in The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio), Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

BULYGIN, Eugenio, "Sentencia judicial y creación de Derecho", in Analisis Logico y Derecho (org., Eugenio Bulygin e Carlos Alchourrón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BULYGIN, Eugenio, "Sobre la estructura logica de las proposiciones de la ciencia del Derecho", in Analisis Logico y Derecho (Eugenio Bulygin e Carlos Alchourrón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BULYGIN, Eugenio, "Teoría y técnica de legislación", in Analisis Logico y Derecho (org., Eugenio Bulygin e Carlos Alchourrón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BULYGIN, Eugenio, "Tiempo y validez", in Analisis Logico y Derecho (org., Eugenio Bulygin e Carlos Alchourrón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BUND, Elmar, "Juristische Logik und Argumentation", Vlg. Rombach, Freiburg i. B., 1983.

BURDEAU, Georges, "Manuel de Droit Constitutionnel", 21.ª ed., LGDC, Paris, 1988.

CAETANO, Marcello, "Manual de Direito administrativo", I e II, Almedina, Coimbra, 1990.

CALLIESS, Christian, "Europa als Wertgemeinschaft – Integration oder Identität durch europäisches Verfassungsrecht?", JZ, 2004, 21.

CALVO GARCÍA, Manuel, "Teoría del Derecho", 2.ª edición, Tecnos, Madrid, 2000.

CARRÉ de MALBERG, R., "Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés (avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation)", Recueil Sirey, Paris, 1933.

CARVALHO FERNANDES, L. A., "Teoria geral do Direito civil", II, 3.^a ed., Universidade Católica ed., 2001.

CASSESE, Sabino, "*Der Einfluss des Gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsrecht auf die nationale Verwaltungsrechtssysteme*" *Der Staat*, 33, 1, 1994.

CASSESE, Sabino, "*Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici*", RTDP, 1999, 2.

CASSESE, Sabino, "*Il Diritto amministrativo globale: una introduzione*", RTDP, 2005, 2.

CASSESE, Sabino, "*Introduzione allo studio della normazione*", RTDP, 1992, 2.

CASTANHEIRANEVES, "Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros", 2. Vol., Coimbra editora, Coimbra, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, "Teoria do Direito" (lições proferidas ao ano lectivo de 1998/1999 (policop.), Coimbra, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, A. "Curso de introdução ao estudo do direito – Fontes do Direito", Coimbra, 1976.

CASTIGNONE, Silvana, "*Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*", Giappichelli ed., Torino, 1995.

CATELANI, Alessandro, "*Aspetti e attualità delle circolari normative della pubblica amministrazione*", RTDP, 1993, 4.

CHAMBERLAIN, "*The doctrine of stare decisis as applied to decisions of constitutional questions*", HarvLRev., 125, 1889.

CHAMBOREDON, Anthony-Patrice, "*Language theory, semiotics: criticism of legal positivism?*", in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/anthony2.htm>.

CHEMERINSKY, Erwin, "*The rhetoric of Constitutional law*", Michigan Law review, 100, Agosto de 2002.

CHITI, Edoardo, "*La disciplina procedurale della regolazione*", RTDP, 2004, 3.

CHITI, Mario, "*I signori del Diritto comunitario: La Corte di giustizia e lo sviluppo del Diritto amministrativo europeo*", RTDP, 1991, 3.

CONTE, Amedeo, "*In margine all'ultimo Kelsen*", in *Filosofia del linguaggio normativo*, I, Giappichelli ed., Torino, 1989.

CORNILS, Matthias, "*Art 23 Abs. 1 GG: Abwägungsposten oder Kollisionsregel? (Zur Frage «vorbeugenden» Grundrechtsschutzes gegenüber der Mitwirkung der deutschen Vertreter an Rechtsetzungsakten des Rats der Europäischen Union)*", AöR, 129, 3, 2004.

CORSO, Guido, "*Attività economica privata e deregulation*", RTDP, 1998, 3.

CRAIG, Paul, “*Gran Bretaña en la Unión Europea*”, in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

CRISAFULLI, Vezio “*Atto normativo*”, EDD, IV, Giuffrè, Milano.

CRISAFULLI, Vezio, “*Fonti del Diritto(diritto costituzionale)*”, EDD, XVII, Giuffrè, Milano.

CRISAFULLI, Vezio, “*Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*”, RTDP, 1960, 4.

CRISAFULLI, Vezio, “*La legge regionale nel sistema delle fonti*”, RTDP, 1960, 2.

CUESTA, Rafael, “*Curso de Derecho administrativo*”, I, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 1983.

CUGURRA, Giorgio, “*Considerazioni sull’attuale sistema degli atti pubblici*”, RTDP, 1972, 1.

CUOCOLO, Fausto, “*Gli atti dello Stato aventi «forza di legge»*”, RTDP, 1961, 1.

CUOCOLO, Fausto, “*Rapporti fra leggi statali e leggi regionali nelle materie di competenza ripartita*”, RTDP, 1970, 1.

CZERMAK, Gerhard, “*Rechtsnatur und Legitimation der Verträge zwischen Staat und Religionsgemeinschaften*”, *Der Staat*, 39, 1, 2000.

D’ATENA, Antonino, “*El advenimiento del semifederalismo a la italiana*”, in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

D’ORAZIO, Giustino, “*Contributo allo studio delle funzioni costituzionali delle regioni*”, RTDP, 1972, 2.

DABIN, Jean, “*La philosophie de l’ordre juridique positif*”, Rec. Sirey, Paris, 1929.

DAHM, Georg, “*Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*”, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Köln, 1951.

DALBERG-LARSEN, Jørgen, “*Changing conceptions of legal rationality*”, in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

DE OTTO, Ignacio, “*Derecho Constitucional - Sistema de fuentes*”, 2.ª ed., 7.ª reimp., Ariel, Barcelona, 1999.

DEGENHART, Christoph, “*Staatsrecht I (Staatsorganisationsrecht)*”, 17.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2001.

DENNINGER, Erhard, “*Vom Ende nationalstaatlicher Souveranität in Europa*”, JZ, 2000, 22.

DI FABIO, Udo, “*Der neue Art. 23. Des Grundgesetzes (Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?)*”, *Der Staat*, 32, 2, 1993.

DI FABIO, Udo, “*Grundrechte als Werteordnung*”, JZ, 2004, 1.

DI LUCIA, PAOLO, "Teorie dei rapporti tra diritto e linguaggio", in *Scritti per Uberto ScarPELLi*, Giuffrè ed., Milano, 1997.

DICIOTTI, Enrico, "Il concetto e i criteri della validità normativa", in *Scritti per Uberto ScarPELLi*, Giuffrè ed., Milano, 1997.

DITTGEN Herbert, "Grenzen im Zeitalter der Globalisierung. Überlegungen zum These vom Ende des Nationalstaates", *ZPol*, 1999, 1.

DOMINICIS, Mario, NATALI, Antonio, "Il percorso costituzionale italiano dell'ordinamento comunitario", Ed. Scientifica, Napoli, 2001.

DÖRR, Oliver, "Privatisierung des Völkerrechts", *JZ*, 2005, 19.

DREHER, Meinrad, "Wettbewerb oder vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?", *JZ*, 1999, 3.

DREIER, Horst, "Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat", *JZ*, 2002, 1.

DURRIEU, Carine, DIEBOLT, Serge, "Logiques non standard et droit", in <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/logique1.htm>.

EGGER, Alexander, "Bundesstaat und EU- Recht: verfassungsrechtliche Probleme der Durchführung in Deutschland", *Der Staat*, 38, 3, 1999.

EGGERT, Marco, "Licht im Dschungel der Kompetenzen? Zur Ordnung der Zuständigkeiten in der EU", in *Verfassungsexperimente. Europa auf dem Weg zur transnationale Demokratie?*, LIT Vlg., Münster, 2003.

EHRlich, Thomas, "Legal pollution", in *New York Times Magazine*, 08 de Fevereiro de 1976.

EKINS, Richard, "Judicial supremacy and the rule of law", *LQR*, 119 (Jan 2003).

ENG, Svein, "Does the doctrine of precedent apply to judicial arguments concerning the doctrine of sources of law", in *The reasonable as Racional? On legal argumentation and justification (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

ENGLISH, "Einführung in das Juristische Denken" (trad. Portuguesa "Introdução ao pensamento jurídico", fundação Calouste Gulbenkian, 6.^a ed., Lisboa).

ENGLÄNDER, Armin, "Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts", Mohr Siebeck, Tübinge, 2002.

ENOCH ROVIRA, "Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana", Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986.

ERVELING, Ulrich, "Zur konsensualen Willensbildung in der föderal verfassten Europäischen Union", in "Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel (Festschrift für Peter Badura zum siebenzigsten Geburtstag)" (org. Brenner, Huber, Möstl), Mohr Siebeck, 2004.

ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando, “*La relación entre ley y convenio colectivo: a proposito de la vigencia de la ley de jornada máxima de 29 de Junio de 1983*”, Civitas, (REDT), 16, 1983.

FAVOREU, Louis (coord.), “*Droit constitutionnel*”, 3.^a ed., Dalloz, Paris, 2000.

FAVRET, Jean-Marc, “*L’intégration européenne et la France: quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté*”, *Revue du Droit Publique*, 1999, 6.

FELIX, Dagmar, “*Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur*”, Mohr Siebeck (*Jus Publicum* 34), Tübingen, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, “*Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica*”, in Scritti per Uberto Scarpelli, Giuffrè ed., Milano, 1997.

FERRARA, Francesco, “*Interpretação e aplicação das leis*” (trad. De Manuel de Andrade), 4.^a edição, Arménio Amado suc., Coimbra, 1987.

FERREIRA de ALMEIDA, Francisco, “*Direito internacional público – Parte I*”, Coimbra editora, Coimbra, 2001.

FERRER CORREIA, A., “*Lições de Direito internacional privado*”, policop., Coimbra, 1973.

FISAHN, Andreas, “*Die europäische Verfassung – ein zukunftsöffener Entwurf*”, KJ, 37, 4, 2004.

FORSTHOFF, Ernst, “*Der Staat der Industrie-Gesellschaft*”, C.H. Beck Vlg., München, 1971.

FORSTHOFF, Ernst, “*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*”, I, C. H. Beck, München, 1966.

FRANCHINI, Claudio, “*I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria*”, RTDP, 2002, 3.

FRANCHINI, Claudio, “*Le autorità amministrative indipendenti*”, RTDP, 1988, 3.

FRÄNDBERG, Åke, “*The relation between norm and reality as a key to the understanding of law*”, in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

FROMONT, Michel, “*Le contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux en Espagne et en France*”, in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

FROSINI, Vittorio, “*Ordinamento giuridico (dottrine)*”, EDD, XXX, Giuffrè, Milano.

FUNK, Bernd-Christian, “*Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*”, Leykam, Graz, 2000..

GALVÃO TELES, Miguel, “*A competência das competências do Tribunal constitucional*”, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional* (colóquio no 10.^o aniversário do Tribunal constitucional), Coimbra editora, Coimbra, 1995.

GAMPER, Anna, “*Direkte Demokratie und Bundestaatliches Homogenitätsprinzip*”, ÖJZ, 2003, 12.

GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, “*Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la unión europea*”, RTDP, 1999, 1.

GARCÍA de ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, T., “*Curso de Derecho administrativo*”, I, 10.ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

GAROFOLI, Roberto, “*Sulla sindacabilità in sede di giudizio di legittimità dei regolamenti della Corte costituzionale*”, RTDP, 1997, 3.

GAST, Wolfgang, “*Juristische Rhetorik*”, 3.ª ed., R. v. Decker’s Vlg., Heidelberg, 1997.

GAUDIN, Hélène, “*Amsterdam: l’échec de la hierarchie des normes?*”, RTDEur, 1999, 35 (1).

GIANNINI “*Diritto Amministrativo*”, I, 3.ª ed., Giuffrè Ed., Milão, 1993.

GIANNINI, “*Gli elementi degli Ordinamenti Giuridici*”, RTDP, 1958.

GIANNINI, Massimo Severo, “*Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*”, RTDP, 1951, 4.

GIANNINI, Massimo Severo, “*Le relazioni tra gli elementi degli Ordinamenti Giuridici*”, RTDP, 1990, 4.

GIANNINI, Massimo Severo, “*Profili di un Diritto amministrativo delle Comunità Europee*”, RTDP, 2003, 4.

GIZBERT – STUDNICKI, Tomasz, “*Types of vagueness*”, in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

GLAESER, Alexander, “*Souveränität und Vorrang*”, in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)* (org. Von Bogdandy), Springer Vlg., Heidelberg, 2003.

GOETHE, J. W., “*Naturwissenschaftliche Schriften*”, I – IV, R. Steiner Vlg., Stuttgart, s.d.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “*Constituição da República Portuguesa anotada*”, 3.ª ed., Coimbra editora, Coimbra, 1993.

GOMES CANOTILHO, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003.

GOMES CANOTILHO, “*Novos questionamentos da teoria da Constituição*”, in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

GONÇALVES de PROENÇA, J. J., “*Direito internacional privado (Parte geral)*”, Universidade Lusíada, Lisboa, 1992.

GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, “*Manual de Direito internacional público*”, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997.

GONÇALVES, Pedro, “*A Concessão de Serviços Públicos*”, Almedina, Coimbra, 1999.

GÖRLER, Maurizio P. "*Le fonti del Diritto (Lezioni)*", CEDAM, Milano, 1995.

GOY, Raymond, "*Sur l'origine extranationale de certaines constitutions*", in *Mélanges Patrice Gélard, Droit Constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 1999.

GRABENWARTER, Christoph, "*Staatliches Unionsverfassungsrecht*", in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)* (org. Von Bogdandy), Springer Vlg., Heidelberg, 2003.

GRASSO, Pietro, "*Prime osservazioni sulla potestà regolamentare della corte costituzionale*", RTDP, 1961, 4.

GRILLER, Stefan, "*Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft*", ZfRV, ano 36, 1995, 3.

GRIMM, Dieter, "*Braucht Europa eine Verfassung?*", JZ, 1995, 12.

GRIMM, Dieter, "*Die Verfassung im Prozeß der Entstaatlichung*", in "*Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel (Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag)*" (org. Brenner, Huber, Möstl), Mohr Siebeck, 2004.

GROßFELD, Bernhard, "*Sprache und Recht*", JZ, 1984, 1.

GROTE, Rainer, "*Rechtskreise im öffentlichen Recht*", AöR, 126, 1, 2001.

GRZESZICK, Bernd, "*Staatlicher Rechtsschutz und Kirchliches Selbstbestimmungsrechts (Kollidierendes Verfassungsrecht als alleinige Schranke des Kirchlichen Selbstbestimmungsrechts)*", AöR, 129, 2, 2004.

GUASTINI, Ricardo, "*Ordinamento Giuridico*", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X.

GUASTINI, Riccardo, "*Lezioni di Teoria costituzionale*", Giappichelli ed., Torino, 2001.

GUIBOURG, Ricardo, "*Formalization of competence*", in *Normative systems in legal and moral theory (Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1997.

GUIBOURG, Ricardo, "*La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional*", in *El lenguaje del derecho (Homenaje a Genaro Carrio)*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1977.

GUIBOURG, Ricardo, "*The concept of reasonability and the argumentative tree*", in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

HÄBERLE, Peter, "*Die Vorbildlichkeit der spanischen Verfassung von 1978 aus Gemeineuropäischer Sicht*", in *The Spanish Constitution in the European constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

HÄBERLE, Peter, "*Rechtsquellenprobleme im Spiegel neuerer Verfassungen – ein Textstufenvergleich*", in *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, Nomos Vlg., Baden-Baden, 1996.

HAENEL, Albert, "*Deutsches Staatsrecht*", I ("*Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt*"), Duncker & Humboldt, Leipzig, 1892.

HAENEL, Albert, "*Die Vertragsmäßigen Elemente der Deutschen Reichesverfassung*", Vlg von H. Haessel, Leipzig, 1873.

HAGE, Jaap e PECZENIK Aleksander, "*Law, moral and defeasibility*", *Ratio Juris*, 13, 3, 2000.

HALTERN, Ulrich, "*Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende*", *AöR*, 128, 4, 2003.

HART, Herbert L. *The concept of law*, (trad. Portuguesa: "O conceito de direito", Fundação Calouste Gulbenkian., Lisboa).

HARTLEY, Trevor C., "*The constitutional foundations of the European Union*", *LQR*, 117 (Abr 2001).

HARTMUT MAURER ao acórdão do BVerwG de 25 de Novembro de 2004 JZ, 2005.

HAVERKATE, Görg, "*Materiale und formale Hierarchien im Recht. Anmerkungen zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht*", in *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Spinger Vlg., Heidelberg, 2002.

HECKEL, Martin, "*Zur ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts im säkularen Kultur- und Sozialstaat*", *JZ*, 1994, 9.

HECKER, Jan, "*Grundgesetz und horizontale Öffnungen des Staates*", *AöR*, 127, 2002.

HECKER, Wolfgang, "*Staats-und Verfassungsrecht (Hessisches Landesrecht)*", *Nomos vlg*, Baden-Baden, 2002.

HEINEMANN, Fritz, "*Die Philosophie im XX Jahrhundert*", (trad. Portuguesa: "A filosofia no século XX", 4.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993).

HEINZ, Karl Eckhart, "*Delegation und Mandat (Eine rechts-und verfassungstheoretische Untersuchung)*", *Der Staat*, 36, 4, 1997.

HERBST, Tobias, "*Legitimation durch Verfassungsgebung (Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt)*", *Nomos Vlg.*, Baden-Baden, 2003.

HERDEGEN, Matthias, "*Verfassungsinterpretation als metodische Disziplin*", *JZ*, 2004, 18.

HERZOG, Roman, "*Allgemeine Staatslehre*", Athenäum Vlg., Frankfurt a. M., 1971.

HESSE, Konrad, "*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*", 20.ª edição, C. F. Müller, Heidelberg, 1999.

HESSEN, Johannes, "*Erkenntnistheorie*", (trad. Portuguesa: "Teoria do Conhecimento", 7.ª Edição, Arménio Amado ed., Coimbra, 1987).

HILLGRUBER, Christian, "*Souveranität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs*", *JZ*, 2022, 22.

HOERSTER, Norbert, “*Grundthesen analytischer Rechtstheorie*”, JhbRsRt, 2 (*Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*).

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, “*Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch (Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen)*”, AöR, 130, 1, 2005.

HOFMANN, Hasso, “*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*”, *Der Staat*, 44, 2, 2005.

HOOFT, Visser’t, “*La philosophie du langage ordinaire et le Droit*”, in ArchPhD, XIX, 1974.

HORN, Hans-Detlef, “*Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung (Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates)*”, AöR, 127, 2002.

HORN, Norbert, “*Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*”, 2.^a ed., C. F. Müller Vlg., Heidelberg, 2001.

IGLESIAS, Rodríguez, “*Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung*”, NJW, 1999, 1

INSENSEE, “*Verfassungsrecht als politisches Recht*”, in HdbStR (org. INSENSEE e KIRCHHOF), VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992.

INSENSEE, Joseph, “*Der Bundestaat – Bestand und Entwicklung*”, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.

IPSEN, Hans-Peter, “*Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*”, in HdbStR (org. INSENSEE e KIRCHHOF), VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992.

ITURRALDE, Victoria, “*Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law: El caso español*”, AnFD, XII, 1995.

JARASS, Hans, “*Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe (Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Sachgesetzgeber und Abgabengesetzgeber)*”, AöR, 126, 4, 2001.

JARASS, Hans, “*Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung*”, JZ, 2003.

KALTENBORN, Markus, “*Rahmengesetzgebung im Bundesstaat und im Staatenverbund*”, AöR, 128, 3, 2003.

KARPEN, Ulrich, “*Die verfassungsrechtliche Grundordnung des Staates – Grundzüge der Verfassungstheorie und politischen Philosophie (Überblick: Das Grundgesetz und der Typus des westlichen Verfassungsstaates)*”, JZ, 1987, 9.

KATZ, Alfred, “*Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht*”, 15.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2002.

KAUFMANN, Marcel, “*Permanente Verfassungsgebung und Verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund*”, *Der Staat*, 36, 4, 1997.

KELSEN, Hans, "28.7.1959", in KELSEN, Hans e KLUG, Ulrich, *"Rechtsnormen und logische Analyse (Ein Briefwechsel 1959 bis 1965)"*, Franz Deuticke Vlg., Wien, 1981.

KELSEN, "Was ist ein Rechtsakt?", in *"Die Wiener rechtstheoretische Schule"*, Europa Vlg., Wien, 1968.

KELSEN, Hans, "Der Begriff der Rechtsordnung", in *"Die Wiener rechtstheoretische Schule"*, Europa Vlg., Wien, 1968.

KELSEN, Hans, "Derogation", in *"Die Wiener rechtstheoretische Schule"*, Europa Vlg., Wien, 1968.

KELSEN, Hans, "Zur Theorie der juristischen Fiktionen", in *"Die Wiener rechtstheoretische Schule"*, Europa Vlg., Wien, 1968.

KELSEN, *Reine Rechtslehre* (trad. Portuguesa: Teoria pura do Direito, 6.ª edição, Arménio Amado editora, Coimbra, 1984.

KELSEN, "Zur Theorie der Interpretation", in *"Die Wiener rechtstheoretische Schule"*, Europa Vlg., Wien, 1968.

KIRCHHOF, Paul "Der Deutsche Staat in Prozeß der europäischen Integration", in HdbStR (org. INSENSEE e KIRCHHOF), VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992.

KIRCHHOF, Paul "Staat und Verfassung vor der Zukunft", in *"Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft" (Dokumentation zum Verfassungskongreß «50 Jahre Grundgesetze / 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland»)*, Lesche und Budrich, Opladen, 1999.

KIRCHHOF, Paul, "Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht", in *EuR*, 1991, 1.

KIRCHHOF, Paul, "Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen", *JZ*, 1998, 20.

KIRCHHOF, Paul, "Die Zukunft der Demokratie im Verfassungstaats", *JZ*, 2004, 1.

KIRCHHOF, Paul, "Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung", C.F. Müller, Heidelberg, 1978.

KISCHEL, Uwe, "Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz", *AöR*, 1999, 124, 2.

KLEIN, Eckart, "Der Einfluss der Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten", *Der Staat*, 33, 1, 1994.

KLUG, "27.4.1959", in KELSEN, Hans e KLUG, Ulrich, *"Rechtsnormen und logische Analyse (Ein Briefwechsel 1959 bis 1965)"*, Franz Deuticke Vlg., Wien, 1981.

KNEALE, Wiliam, e KNEALE, Marta, "The development of logic" (trad. Portuguesa "O desenvolvimento da lógica", 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa).

KOENIG, Christian, e LORZ, Alexander, "Stärkung des Subsidiaritätsprinzips", *JZ*, 2003, 4.

KOLLER, Peter, “*Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues*”, GRW, 3.

KRAUTZBERGER, Michael, “*Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private*”, Duncker & Humboldt, Berlin, 1971.

KRYGIER, Martin, “*The concept of law. Analytical jurisprudence and social theory*”, *ASLP Bulletin*, 18, 1981.

KUMM, Matias, “*Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*”, in *CMLR*, 1999, 36.

LA TORRE, Massimo, “*Legal argumentation and concepts of law*”, in *Normative systems in legal and moral theory (Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1997.

LABAND, Paul, “*Deutsches Reichstaatsrecht*”, 7.ª edição, J.C.B. Mohr Vlg., Tübingen, 1919.

LABRIOLA, Silvano, “*I regolamenti parlamentari tra teorie sulla sovranità e demoestica giurisdizione*”, *RTDP*, 1986, 2.

LABRIOLA, Silvano, “*Le garanzie istituzionali per la protezione della costituzionalità*”, *RTDP*, 1990, 1.

LADEUR, Karl- Heinz, “*Postmoderne Rechtstheorie (Selbstreferenz- Selbstorganisation- Prozeduralisierung)*”, 2.ª ed., Duncker & Humboldt, Berlin, 1992.

LARENZ, Karl, “*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*”, (trad. Portuguesa: *Metodologia da ciência do Direito*, Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa).

LEBEN, Charles, “*De quelques doctrines de l’ordre juridique*”, *Droits (RFTP)*, 33, 2001.

LEE, Steven, “*A puzzle of sovereignty*”, *California Western International Law Journal*, vol 27, n.º 2, 1997.

LEGE, Joachim, “*Pragmatismus und Jurisprudenz*” (*Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht*), Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.

LEISNER, Walter, “*«Werteverlust», «Wertewandel» und Verfassungsrecht*”, *JZ*, 2001, 7.

LEITE, António, “*Natureza e oportunidade das concordatas*”, in *Concordata entre a Santa Sé e a República portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2001.

LENAERTS, Koen, “*Le principe de subsidiarité et son contexte: etude de l’article 3 B du Traité CE*”, *CDE*, 1994, 1-2.

LEPA, M., “*Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung*”, *AöR*, 105, 1980.

LINDAHL, Hans, "Sovereignty and the institutionalization of Normative order", *OxfJLS*, 21, 1, 2001.

LINDAHL, Lars, "Norms, meaning postulates and legal predicates" in *Normative systems in legal and moral theory (Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1997.

LINDSETH, Peter, "Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism: The example of the European Community", *CoLRw*, 99, 3, 1999.

LODDER, Arno, "Dialaw (On legal justification and dialogical models of argumentation)", *Kluwer academic pub*, Dordrecht, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl, "Political power and the governmental process" (trad. Espanhola: "Teoria de la Constitucion", Barcelona, Ariel, 1979).

LOMBARDÍA, Pedro, "Ley, costumbre y actos administrativos en el nuevo Derecho canónico", *Prudentia Iuris*, 10, 1983.

LORENZ, Norbert, "Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften", *Europäische Hochschuleschriften*, 993, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1990.

LUCAS PIRES, Francisco, "«Competência das competências»: competente mas sem competências?", *RLJ*, 3885.

LUCHAIRE, François, "La souveraineté", *RFDC (revue française de droit constitutionnelle)*, 43, 2000.

LÜCKE, Jörg, "Die Weimarer Kirchengutsgarantie als Bestandteil des Grundgesetzes", *JZ*, 1998, 11.

LUHMANN, Niklas "Closure and openness: on reality in the world of law", in "Autopoietic law: a new approach to law and society" (org. Gunther Teubner), De Gruyter, Berlin, 1987.

LUHMANN, Niklas, "The self-reproduction of the law and its limits" in "Dilemmas of the law in the welfare state" (org. Gunther Teubner), De Gruyter, Berlin, 1985.

LUHMANN, Niklas, "Die Einheit des Rechtssystems", in *Rechtstheorie*, 14, 2, 1983.

LUHMANN, Niklas, "Rechtssoziologie II" (trad. Brasileira "Sociologia do Direito II", Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1985).

LUHMANN, Niklas. "Politische Theorie in Wohlfahrtsstaat" (trad. espanhola Alianza Universidad: "Teoría política en el Estado de bienestar", reimp., Madrid, 1994).

LUHMANN, Niklas, "The self-reproduction of law and its limits", in "Essays on self-reference", Columbia University Press, New York, 1990.

LUKES, Rudolf, "Industrielle Normen und Standards – Grundzüge und Bedeutung", in "Technische Regeln im Binnenmarkt" (org. Müller-Graff), Nomos Vlg., Baden- Baden, 1991.

LUZZATI, Claudio, "La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico", Giuffrè ed., Milano, 1990.

LYOTARD, Jean-Francois, "*La condition Postmoderne*" (trad. Portuguesa: "A condição pós-moderna", Gradiva, Lisboa, 1989).

MacCORMICK, Neil, "*Das Maastricht- Urteil: Souveranität heute*", JZ, 1995, 17.

MacCORMICK, Neil, "*Law as institutional fact*", in "*An institutional theory of law (New approaches to legal positivism)*" (org. MacCormick e Weinberger), D. Reidel P. C., Dordrecht, reimp., 1992.

MACHADO, Jónatas, "Direito internacional. Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro", Coimbra editora, Coimbra, 2003.

MACHETE, Pedro, "Elementos para o estudo das relações entre os actos legislativos do Estado e das Regiões Autónomas no quadro da Constituição vigente", in Estudos de Direito regional (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.

MANZELLA, Andrea, "*Stati e ordinamento nell'unione europea*", in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

MARBURGER, Peter, "*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme der Bezugnahme gesetzlicher Regelung auf industrielle Normen und Standards*", in "*Technische Regeln im Binnenmarkt*" (org. Müller-Graff), Nomos Vlg., Baden- Baden, 1991.

MARCOLUNGO, Claudia, "*Gli effetti degli atti del WTO sugli operatori economici privati*", RTDP, 2003, 4.

MARÍN, R. HERNÁNDEZ, "*Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross*" in PATTARO, E., "*Contributi al realismo giuridico*", Giuffrè Milano, 1982.

MARÍN, Rafael Hernández, "*Definiciones en el Derecho*", AnFD, XI, 1994, 367 e ss.

MASING, Johannes, "*Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: die Verfassungsänderung*", *Der Staat*, 44, 1.

MATURANA, H., "*Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*", Vieweg, Braunschweig, 1982.

MATURANA, H., "*Autopoiesis and cognition*", Reidel, Boston, 1980.

MAUNZ, Theodor, ZIPPELIUS, Reinhold, "*Deutsches Staatsrecht*", 30.^a ed., C.H.Beck, München, 1988.

MAZIAU, Nicolas, "*Le costituzioni internazionalizzate. Aspetti teorici e tentativi di classificazione*", in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2002, IV.

MEDEIROS, Rui "Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional", O Direito, ano 121, 1989, III.

MENÉNDEZ, Fernando, "*Derecho Internacional Público. Parte general*", ed. Trotta, Madrid, 1993.

MERKL, Adolf, "*Hans Kelsen System einer reinen Rechtstheorie*", in "Die Wiener rechtstheoretische Schule", Europa Vlg., Wien, 1968.

- MICHAEL, Lothar, "*Verbote von Religionsgemeinschaften*", JZ, 2002, 10.
- MICHEL, Valérie, "*Le défi de la répartition des compétences*", CDE, 2003, 1-2.
- MIGUEL REALE, "Lições preliminares de Direito", Almedina, Coimbra, 10.^a edição, 1982.
- MILNER, Jean- Claude, "*La règle de langue ou l'automaticité du littéral*", Droits (RFTP), 24, 1996.
- MIRANDA, Jorge, "A autonomia legislativa regional e o interesse específico das Regiões autónomas", in Estudos de Direito regional (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.
- MIRANDA, Jorge, "A concordata e a ordem constitucional portuguesa", in Concordata entre a Santa Sé e a República portuguesa, Almedina, Coimbra, 2001.
- MIRANDA, Jorge, "Direito internacional público – I", policop., Lisboa, 1995.
- MIRANDA, Jorge, "Estatutos das Regiões autónomas", in Estudos de Direito regional (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.
- MIRANDA, Jorge, "Manual de Direito Constitucional", tomo III (estrutura constitucional do Estado), 3.^a ed., Coimbra editora, Coimbra, 1996.
- MIRANDA, Jorge, "Manual de Direito Constitucional", tomo V (actividade constitucional do Estado), 3.^a ed., Coimbra editora, Coimbra, 2004.
- MIRANDA, Jorge, "O interesse específico das Regiões autónomas", in Estudos de Direito regional (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.
- MIRANDA, Jorge, "Teoria do Estado e da Constituição", Coimbra editora, Coimbra, 2002.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, "Constituição portuguesa anotada", tomo I, Coimbra editora, Coimbra, 2005.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, "Constituição portuguesa anotada", tomo II, Coimbra editora, Coimbra, 2006.
- MODUGNO, Franco, "*Norma giuridica (teoria generale)*", in EDD, XXVIII.
- MODUGNO, Franco, "*Sulla posizione costituzionale dei Patti lateranensi*", RTDP, 1969, 3.
- MÖLLERS, Christoph, "*Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa*", in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)* (org. Von Bogdandy), Springer Vlg., Heidelberg, 2003.
- MONTEIRO FERNANDES, António, "Direito do trabalho", 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto, "*La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento*", AnFD, XVIII, 2001, 30.

MÖRSDORF, Klaus e EICHMANN, Eduard, "*Lehrbuch des Kirchenrechts (auf Grund des Codex Iuris Canonici)*", 11.ª ed., Vlg. Ferdinand Schöningh, München, 1964.

MOREIRA, Vital, "Auto-regulação profissional e administração pública", Almedina, Coimbra, 1997.

MOREIRA, Vital, MAÇAS, Fernanda, "Autoridades reguladoras independentes. Estudo e projecto de lei-quadro", Coimbra editora, Coimbra, 2003.

MORESO, José Juan, "*La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica*", AnFD, XII, 1995.

MOUNIN, Georges, "*La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques*", ArchPhD, XIX, 1974.

MOURA RAMOS, Rui, "Direito internacional privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações", Coimbra editora, Coimbra, 3.ª reimpr., 1994.

MÜLLER, Friedrich, "*Richterrecht (Elemente einer Verfassungstheorie)*", *Schriften zur Rechtstheorie*, 119, Duncker & Humboldt, Berlin, 1986.

MUSACCHIA, Giuseppe, "*Gerarchia e teoria delle norme sulla produzione giuridica nel sistema costituzionale delle fonti*", RTDP, 1970, 1.

NACCI, Paolo Giocoli, "*Appunti sulle fonti normative (dalle lezioni)*", Cacucci, Bari, 1992.

NETTESHEIM, Martin, "*Kompetenzen*", in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)* (org. Von Bogdandy), Springer Vlg., Heidelberg, 2003.

NETTESHEIM, Martin, "Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz", in "*Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel (Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag)*" (org. Brenner, Huber, Möstl), Mohr Siebeck, 2004.

NIEDOBITEK, Matthias, "*Völker- und europarechtliche Grundfragen des EU-Beitrittsvertrages*", JZ, 2004, 8.

NIINILUOTO, Ilkka, "*Is is rational to be rational*", in *The reasonable as Racional? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

NITSCH, Nicolas, "*L'inflation juridique et ses conséquences*", ArchPhD, 27, 1982K.

NOLTE, Georg, "*Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung (Lehren aus der deutschen und der amerikanischen Erfahrung)*", AöR, 118, 3, 1993.

OETER, "Föderalismus", in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)* (org. Von Bogdandy), Springer Vlg., Heidelberg, 2003.

OETER, Stefan, "*Souveränität – ein überholtes Konzept?*", in *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Spinger Vlg., Heidelberg, 2002.

ÖHLINGER, Theo, "*Die Einheit des Rechts. Völkerrecht, Europarecht und staatliches Recht als einheitliches Rechtssystem?*", GRW, 3.

ÖHLINGER, Theo, "*Die Transformation der Verfassung*" in *Juristische Blätter*, 124, 1, 2002.

ÖHLINGER, Theo, "*Verfassungsrecht*", 2.ª edição, WUV – Universitätsverlag, Wien, 1995.

OLIVECRONA, Karl, "*Law as fact*", 2.ª ed., Stevens & Sons, London, 1971.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José, "O Direito – Introdução e teoria geral (uma perspectiva luso-brasileira)", 7.ª edição. Almedina, Coimbra, 1993.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José, "Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal constitucional como fontes do Direito", in *Nos dez anos da Constituição* (org. Jorge Miranda), INCM, Lisboa, 1986.

ORESTANO, Riccardo, "*Dietro la consuetudine*", RTDP, 1963, 3.

OTERO, Paulo, "A competência legislativa das Regiões Autónomas", in *Estudos de Direito regional* (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.

OTERO, Paulo, "Conceito e fundamento da hierarquia administrativa", Coimbra editora, Coimbra, 1992.

OTERO, Paulo, "O desenvolvimento de leis de bases pelo Governo", Lex, Lisboa, 1997.

PACE, Alessandro, "*La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*", RTDP, 2002, 3.

PALADIN, Livio, "*Sulla natura dei «regolamenti presidenziali», disciplinanti il segretariato generale della Presidenza della Repubblica*", RTDP, 1991, 4.

PAPIER, Hans-Jürgen, "*Europäische Verfassungsgebung*", in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

PAPIER, MÖLLER, "*Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung*" AöR, 122, 2, 1997.

PAREJO, Luciano, "*La prevalencia de derecho estatal sobre el regional*", Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1981.

PASSICOS, Jean, "*Approches pour une épistémologie et pour une herméneutique du Droit canonique*", ArchPhD, 38, 1993.

PATTARO, Enrico, "*Language and behaviour: an introduction to the normative dimension*", in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

PATTARO, Enrico, "*Per una critica della dottrina pura*", in "*Contributi al Realismo giuridico*" (Org. Enrico Pattaro) *Seminario Giuridico della Università di Bologna*, Miscellanea 1, Giuffrè, Milano, 1982.

PATTARO, Enrico, "*Filosofia del Diritto*", CLUEB, Bologna, 1998.

PAULSEN, Michael Stokes, "Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of *Roe* and *Casey*?", *YJL*, 109, 7, 2000.

PAULSON, Stanley, "Four phases in Hans Kelsen's legal theory? Reflections on a periodization", in *OxfJLS*, 1998, 18, 1.

PAULSON, Stanley, "On the puzzle surrounding Hans Kelsen's Basic norm", *Ratio Juris*, 13, 3, 2000.

PECZENIK, Aleksander, "Certainty or coherence", in *The reasonable as Racional? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

PEÑA FREIRE, Antonio, "Las normas sobre la producción jurídica", *RFDGran*, 6, 2003.

PEÑA FREIRE, Antonio, "Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales", *AnFD*, XVI, 1999.

PENSKI, Ulrich, "Rechtsgundsätze und Rechtsregeln – Ihre Unterscheidung uns das Problem der Positivität des Rechts", *IJZ*, 1989, 3.

PEREIRA COUTINHO, J. L., "Lei regional", in *Estudos de Direito regional* (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.

PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, L. "Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique", 2.^a ed., *Université Libre de Bruxelles (Institut de Sociologie)*, Bruxelles, 1970.

PERLINI, Francesco, "La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: momenti di collegamento tra ordinamento intersindacale e ordinamento statale", *RTDP*, 1982, 2.

PERNICE, Ingolf, "Die Europäische Verfassung", in *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer Vlg., Heidelberg, 2002.

PERNICE, Ingolf "Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: european constitution-making revisited?", *CMLR*, 1999, 36.

PERNICE, Ingolf, "Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund", *IJZ*, 2000, 18.

PETRONCELLI, Mario, "Diritto canonico", 7.^a ed., Casa editrice Eugenio Jovene, Napoli, 1980.

PFORDTEN, Dietmar, "Was ist und wozu Rechtsphilosophie?", *IJZ*, 2004, 4.

PHILLIPS O. Hood, "Self-Limitation by the United Kingdom Parliament," *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2, 1975.

PINTO, Luzia Cabral, "Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição", *Studia Iuridica* 7, Coimbra editora, Coimbra, 1994.

PIRSON, Dietrich, "Wechselwirkungen zwischen staatlicher und kirchlicher Verfassung", in "Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel (Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag)" (org. Brenner, Huber, Möstl), Mohr Siebeck, 2004.

PIZZORUSSO, Alessandro, “*Fonti*”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI.

PIZZORUSSO, Alessandro, “*Modificazione tacite di una Costituzione rigida*”, in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

PIZZORUSSO, Alessandro, “*Sistema istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*”, 2.^a ed., Jovene ed., Napoli, 1992.

POSCHER, Ralf, “*Totalität – Homogenität – Zentralität – Konsistenz (Zum Verfassungsrechtlichen Begriff der Religionsgemeinschaft)*”, *Der Staat*, 39, 1, 2000.

PRISCO, Salvatore, “*Sui regolamenti parlamentari come «atti aventi forza di legge»*”, RTDP, 1980, 2

PÜTTNER, Günter, “*Lo Stato di Diritto informale*”, RTDP, 1992, 1.

QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, “*Droit International Public*”, 3.^a ed., LGDJ, Paris, 1987.

RANACHER, Christian, “*Grundsatzgesetzgebung und Gemeinschaftsrecht*”, *ÖJZ*, 2003, 3.

REBELO de SOUSA, Marcelo e ALEXANDRINO, José de Melo, “*Constituição da república portuguesa comentada*”, LEX, Lisboa, 2000.

REGLA, Josep, “*La derogación en pocas palabras*”, in *AnFD*, XI, 1994.

REGO PINHEIRO, Duarte, “*Revogação e derrogação em direito regional*”, in *Estudos de Direito regional* (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.

RENGELING, Hans-Werner, “*Die Kompetenzen der Europäischen Union: Inhalte, Grenzen und Neuordnung der Rechtsetzungsbefugnisse*”, in “*Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel (Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag)*” (org. Brenner, Huber, Möstl), Mohr Siebeck, 2004.

REQUEJO PAGÉS, J. L., “*Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*”, *Centro de estudios politicos y constitucionales*, Madrid, 1998.

REQUEJO PAGES, Juan Luís, “*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*”, McGraw- Hill, Madrid, 1995.

ROCHA, Joaquim Freitas da, “*Um estado de bem estar? Constituição impositiva, direitos a prestações e omissões inconstitucionais. Problemas do controlo*”, in revista *Lusiada*, série de direito, 1, 1999.

RÖDIG, Jürgen, “*Axiomatisierbarkeit juristischer System*”, in *Schriften zur juristischen Logik* (org. Bund, Schmiedel e Thiel-Mevissen), Springer Vlg., Berlin, 1980.

RODRIGUES, Samuel, “*Personalidade jurídica da Igreja católica*” in *Concordata entre a Santa Sé e a República portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2001.

RODRÍGUES-ZAPATA, Jorge, “*Teoría y práctica del Derecho Constitucional*”, Tecnos, Madrid, 1996.

ROMANO, SANTI, "*L'Ordinamento Giuridico (Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto)*", tipografia editrice Cav. Mariotti, Pisa, 1917.

ROSS, Alf, "*On law and justice*", University of California Press, Berkley, Los Angeles, reimp., 1974

ROSS, Alf, "*On Self-Reference and a Puzzle of Constitutional Law*" *Mind*, 78, 1969, 1.

ROSS, ALF, "*Theorie der Rechtsquellen. (Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen)*", Leipzig/Wien, 1929.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "*El bloque de constitucionalidad*", REDC, 27, 1989.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "Prologo" a "*Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*" (Requero Pages), McGraw-Hill, Madrid, 1995, XIII.

RUGGERI, Antonio, "*Circolare amministrative e circolari di indirizzo politico*", RTDP, 1973, 4.

SAGÜÉS, Nestor, "*Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución*", in Anuario de Derecho Constitucional Latino-Americano 2001, Konrad – Adenauer Stiftung A.C., Montevideo, 2001.

SALEMA, Margarida, "Autonomia regional", in Estudos de Direito regional (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.

SAMPER, Christophe, "*Argumentaire pour l'application de la systématique au droit*", ArchPhD, 43.

SANTIAGO GUERRA FILHO, Willis, "Notas em torno ao princípio da proporcionalidade", in Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976, I, Coimbra editora, Coimbra.

SANTIAGO NIÑO, Carlos, "*Introducción al análisis del Derecho*", 9.ª edição, Ariel, Barcelona, 1999.

SCAPERLLI, Uberto, "*Filosofia analitica e giurisprudenza*", Instituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1953.

SCARPELLI, Uberto, "*Contributo alla semantica del linguaggio normativo*", Giuffrè ed., Milano, 1985.

SCHAMBECK, Herbert, "*Die Bundestaatlichkeit als historische Erbe und Zukunftsaufgabe*", in *Der Staat und seine Ordnung (Ausgewählte Beiträge zur Staatslehre und zu Staatsrecht)*, Verlag Österreich, Wien, 2002.

SCHAMBECK, Herbert, "*Österreichs Föderalismus und Subsidiaritätsprinzip*", in *Der Staat und seine Ordnung (Ausgewählte Beiträge zur Staatslehre und zu Staatsrecht)*, Verlag Österreich, Wien, 2002

SCHAPP, Jan, "*Die Menschenrechte als Grundlage der nationalen und europäischen Verfassungen*", JZ, 2003, 5.

SCHAPP, Jan, "*Grundrechte als Wertordnung*", JZ, 1998, 19.

SCHAUB, Renate, “Grundlagen und Entwicklungstendenzen des europäischen Kollisionsrechts”, JZ, 2005, 7.

SCHILLING, Theodor, “Artikel 24, absatz 1 des Grundgesetzes, Artikel 177 des EWG-Vertrags und die Einheit der Rechtsordnung”, *Der Staat*, 29, 2, 1990.

SCHILLING, Theodor, “Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen”, Berlin Vlg e Nomos Vlg., Berlin, Baden-Baden, 1994.

SCHILLING, Theodor, “Staatsreich Revolution und Höchstgericht”, in ZöR, 57, 2002.

SCHILLING, Theodor, “The autonomy of the community legal order: an analysis of possible foundations” in “Who is the ultimate Judicial Umpire of european community competences? The Schilling-Weiler/Halter debate”, Harvard Jean Monnet working paper 10/96, <http://www.jeanmonnet-program.org/papers/96/9610.html> (ou HarvIntLJ, 37, 1996).

SCHMIDT, Rolf, “Staats-organisationsrecht”, 2.^a edição, R.S. Verlag, Bremen, 2001.

SCHMITT, Carl, “Verfassungslehre”, Duncker & Humboldt, Berlin, 8.^a ed., 1993.

SCHNEIDER, Hans Peter, “Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht”, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1969.

SCHNEIDER, Hans-Peter, “Föderative Gewaltenteilung in Europa. Zur Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten”, in *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer Vlg., Heidelberg, 2002.

SCHÖNBERGER, Christoph, “Die Europäische Union als Bund (Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund – Bundestaats Schemas)”, AöR, 129, 1, 2004.

SCHRÖDER, Meinhard, “Vertikale Kompetenzverteilung und Subsidiarität im Konventsentwurf für eine europäische Verfassung”, JZ, 2004, 1.

SCHRÖDER, Meinhard, “Wirkungen der Grundrechtscharta in der europäischen Rechtsordnung”, JZ, 2002, 18.

SCHROEDER, Werner, “Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung”, AöR, 129, 1, 2004.

SEIDLER, Gustav, “Theorie und Methode im Staatsrecht”, Springer, Wien, 1997.

SERRANO, José Luis, “De las fuentes del sistema al sistema de fuentes”, RFDGran, 6, 2003.

SESMA, Victoria Iturralde, “Derogación innominada, acto de habla y condiciones de satisfacción”, AnFD, XIX, 2002.

SILVESTRI, Enzo, “Le leggi- cornice”, RTDP, 1970, 4.

SILVESTRI, Gaetano, “Il potere costituente come problema teorico-giuridico”, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999.

SINNOT- ARMSTRONG, Walter, “A perspectival theory of law”, *AustrJLF*, 24, 1999.

SODAN, Helge, “Das prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung”, *JZ*, 1999, 18.

SOMMERMANN, Karl-Peter, “El federalismo cooperativo”, in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

SORRENTINO, Federico, “L’abrogazione nel quadro dell’unità dell’ordinamento giuridico”, *RTDP*, 1972, 1.

SORRENTINO, Federico, “L’influenza del diritto comunitario sulla costituzione italiana”, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999.

SORRENTINO, Federico, “La nascita della Costituzione Europea: un’istantanea”, in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

SOSA, Ernst, “Normative objectivity”, in *Normative systems in legal and moral theory (Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1997.

SOUSA FRANCO, “Finanças públicas e Direito financeiro”, I, 4.ª ed., 3.ª reimp., Almedina, Coimbra, 1996.

SPRENGER, Gerhard, “Recht und Werte (Reflexionen über eine philosophische Verlegenheit)”, *Der Staat*, 39, 1, 2000.

STARCK, Christian, “Staat und Religion”, *JZ*, 2000, 1.

STEIGER, Heinhard, “Geht das Zeitalter des Souveränen Staates zu Ende?”, *Der Staat*, 41, 3, 2002.

STERN, Klaus, “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland” (trad. Espanhola: “Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana”, Centro de estudos constitucionales, Madrid, 1987).

STEWART, Richard, “Il Diritto amministrativo nel XXI secolo” (tradução), in *RTDP*, 2004, I.

STORR, Stefan, “Staats-und Verfassungsrecht (Thüringer Landesrecht)”, *Nomos vlg*, Baden-Baden, 1998.

STREINZ, Rudolf, “Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrecht durch deutsche Staatsorgane” in *HdbStR* (org. INSENSEE e KIRCHHOF), VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992.

SUBER, Peter, “The Paradox of Self-Amendment”, in <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/23674879/Suber%20-%20Paradox%20of%20Self-Amendment%20.pdf?isAllowed=y&sequence=1>.

SUMMERS, Robert, “The formality of rules”, in *The reasonable as Racional? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

SWAINE, Eduard, “The constitutionality of international delegations”, *CoLRw*, 104, 6, 2004.

SZÉKESSY, Lilja, "*Gerechtigkeit und inklusiver Rechtspositivismus*", Duncker und Humboldt, Berlin, 2003.

TAMMELLO Ilmar, "*The Antinomy of Parliamentary Sovereignty*" *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 44 (1958).

TARUFFO, Michele, "*Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*", in Scritti per Uberto Scarpelli, Giuffrè ed., Milano, 1997.

TERRÉ, François, "*La «crise de la loi»*", *ArchPhD*, 25, 1980.

TEUBNER, Gunther "*Recht als autopoietisches system*", (trad. Portuguesa: "O direito como sistema autopoietico", Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, s.d.).

TEUBNER, Gunther, "*Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*" (trad. Portuguesa de José Engrácia Antunes, e Paula Freitas: "Juridificação – Noções, características, limites, soluções", RDE, XIV, 1988).

THIELE, Leslie Paul, "*Timely meditations: Martin Heidegger and post-modern politics*" (trad. Portuguesa: Martin Heidegger e a política pós-moderna: meditações sobre o tempo, Piaget, Lisboa, 1998).

TOMUSCHAT, C., "*Wer hat höhere Hoheitsgewalt? (Zur beilegung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedsstaaten. Anmerkung zu Paul Kirchhof...)*", *Humboldt Forum Recht (HFR)*, 4, 1997.

TORGAL, Lino, "Da lei-quadro na Constituição portuguesa de 1976", in *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, II, Coimbra editora, Coimbra.

TOURAINE, Alain, "*Critique de la modernité*", ed. Fayard, Paris, 1992.

TREMPS, Pérez, "*Constitution española y Comunidad Europea*", Civitas, Madrid, 1994.

TRIANTAFYLLOU, "*Des competences d'attribution au domaine de la loi*", Bruylant, Bruxelas, 1997.

TRÜE, Christiane, "*EU-Kompetenzen für Energierecht, Gesundheitsschutz und Umweltschutz nach dem Verfassungsentwurf*", *JZ*, 2004, 15-16.

TUCCARI, Emanuele, "*Appunti per una teoria sulla normazione negoziale*", *RTDP*, 1986, 1.

TURNER, Bryan, "*Periodization and politics in the postmodern*" in *Theories of modernity and post-modernity*, Sage Publications, London, 1990.

UERPMANN, Robert, "*Internationales Verfassungsrecht*", *JZ*, 2001, 11.

UEXKÜLL, J. Von, "*Umwelt und Innenwelt der Tiere*", Berlin, 1909.

URBANO, Maria Benedita, "O referendo (Perfil histórico-evolutivo do instituto. Configuração jurídica do referendo em Portugal)", *Studia Iuridica*, 30, Coimbra editora, Coimbra, 1998.

UWE KISCHEL, "*Delegation of legislative power to agencies: a comparative analysis of United States and German law*", AdLRw, 1994, 2.

VALENTI, Angelo, "*L'evoluzione della potestà normativa degli enti internazionali*", RTDP, 1961, 2.

VARELA, F, "*Autonomy and autopoiesis*", in "*Self-organizing systems*" (org. G. Roth), Campus, Frankfurt, s.d.

VERDROSS, Alfred, "*Die Rechtstheorie Hnas Kelsen's*", in "*Die Wiener rechtstheoretische Schule*", Europa Vlg., Wien, 1968.

VERDROSS, Alfred, "*Eine Antinomie der Rechtstheorie*", in "*Die Wiener rechtstheoretische Schule*", Europa Vlg., Wien, 1968.

VESTING Thomas, "*Erosionen staatlicher Herrschaft (Zum Begriff des politischen bei Carl Schmitt)*", AöR, 117, 1, 1992.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. "O ordenamento jurídico-administrativo português", in *Contencioso administrativo*, Braga, 1986.

VIEWEG, Klaus, "*Technische Normen im EG- Binnenmarkt*", in "*Technische Regeln im Binnenmarkt*" (org. Müller-Graff), Nomos Vlg., Baden-Baden, 1991 [Trad. portuguesa: "Normas técnicas europeias e nacionais no mercado interno da Comunidade Europeia", RDES, XVI a XIX, 1990-1993, 323 e ss.].

VILLA, Vittorio, "*Interpretazione giuridica e teorie del significato*", in *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè ed., Milano, 1997.

VILENAS, Vadapalas e JARUKAITIS, Irmantas, "*Constitution of the republic of Lithuania, international law and accesion to the european union*", in *The spanish Constitution in the european constitutional context* (org. Francisco Segado), Dykinson, Madrid, 2003.

VITORINO, António, "As Autorizações Legislativas na Constituição Portuguesa", ed. policopiada, II, Lisboa, 1985.

VITORINO, António, "Os poderes legislativos das Regiões autónomas na segunda revisão constitucional", in *Estudos de Direito regional* (org. de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva), Lex, Lisboa, 1997.

VLACHOS, Georges, "*«La tentative de reconstruction de l'ordre politique-juridique» par Jürgen Habermas*", in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 48, Mohr Siebeck.

VOIGT, Rüdiger, "*Gegentendenzen zur Verrechtlichung – Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat*", JhbRsRt, 9 ("*Gegentendenzen zur Verrechtlichung*").

VON BOGDANDY, Armin, "*Europäische Prinzipienlehre*", in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)* (org. Von Bogdandy), Springer Vlg., Heidelberg, 2003.

VON BOGDANDY, Armind, "Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht (Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union)", *Der Staat*, 40, 1, 2001.

VON BOGDANDY, Armind, "Europäische Verfassung und europäische Identität", *JZ*, 2004, 2.

VON BOGDANDY, Armind, "Europäische Verfassungspolitik als Identitätspolitik (Theoretische Verortung und Kritik)", *KJ*, 38, 2, 2005.

VON BOGDANDY, Armind, "Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation (Erste Teil: Entkoppelung von Recht und Politik)", *KJ*, 34, 3, 2001.

VON WRIGHT, Georg, "On norms and norm-propositions", in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

VON WRIGHT, Georg, "Valuations – or How to say the Unsayable", *Ratio Juris*, 13, 4, 2000.

WAHL, Rainer, "Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates", *Der Staat*, 40, 1, 2001.

WAHL, Rainer, "Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen", *JuS*, 43, 12, 2003.

WAHL, Rainer, "Die Zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland (Die Europäisierung des öffentlichen Rechts)", *Der Staat*, 38, 4, 1999.

WAHL, Rainer, "Elemente der Verfassungsstaatlichkeit", *JuS*, 41, 11, 2001.

WAHL, Rainer, "Erklären staats-theoretische Leitbegriffe die Europäische Union?", *JZ*, 2005, 19.

WALDECKER, Ludwig, "Deutsches Verfassungsrecht", Ferdinand Hirt in Breslau, 1926.

WALTER, Robert, "Das Problem des Verhältnisses von Recht und Logik im Lichte von Rechtsdogmatik und Rechtsanwendung", in *Normative systems in legal and moral theory (Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulgyn)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1997.

WALTER, Robert e MAYER, Heinz, "Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrecht", Manz-sche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996.

WEILER J. e HALTERN, U., "The autonomy of the community legal order – Trough the looking glass", in "Who is the ultimate Judicial Umpire of european community competences? The Schilling-Weiler/Halter debate", Harvard Jean Monnet working paper 10/96, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9610.html>, (ou *HarvIntLJ*, 37, 1996).

WEINBERGER, Ota, "Rechtslogik (Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken)", Springer Vlg., Wien, 1970.

WEINBERGER, Ota, "The norm as thought and as reality", in "An institutional theory of law (New approaches to legal positivism)" (org. MacCormick e Weinberger), D. Reidel P. C., Dordrecht, reimp., 1992.

WELTI, Felix, "Rechtliche Aspekte von Generationengerechtigkeit", *KJ*, 37, 3, 2004.

WIEDERIN, Ewald, “*Die Verfassunggebung im wiedervereinigten Deutschland (Versuch einer dogmatischen Zwischenbilanz zu art. 146 GG n. F.)*”, AöR, 117, 3, 1992.

WILKE, D., “*Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen*”, AöR, 98, 1973.

WILKE, D., “*Der Zusammenhang von Rechtsnormen und technischen Normen*”, in *Verweisung auf technischen Normen in Rechtsvorschriften*, DIN – Normungskunde, Band, 17, Beuth Vlg., Beuth, 1982.

WINKLER, Roland, “*Integrationsverfassungsrecht*”, Springer Vlg., Wien, 2003.

WINTGENS, Luc, “*On coherence and consistency*”, in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig, “*Philosophical Investigations*”, (trad. Portuguesa Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1987).

WITTGENSTEIN, Ludwig, “*Tractatus Logico-Philosophicus*” (trad. Portuguesa Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1987).

ZAGREBELSKY, Gustavo, “*El Derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*”, ed. Trotta, Madrid, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo, “*La giustizia costituzionale*”, Il Mulino, Bologna, 1977.

ZAGREBELSKY, Gustavo, “*Manuale di Diritto Costituzionale (vol. I: Il sistema delle fonti del Diritto)*”, UTET, Torino, 1987.

ZIEMBINSKI, Zygmunt, “*Le langage du Droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement*”, ArchPhD, XIX, 1974.

ZIMMERLI, Ulrich, “*Neue Bundesverfassung und föderalistische Strukturen*”, in *Die neue Bundesverfassung* (org. Gauch, Thurer), SchulthessZürich, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold, “*Deutsche Staatslehre*” (trad. Portuguesa “Teoria geral do Estado”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993).

ZIPPELIUS, Reinhold, “*Kleine deutsche Verfassungsgeschichte*”, C. H. Beck, München, 1996.

ZIPPELIUS, Reinhold, “*Juristische Methodenlehre*”, C.H. Beck Vlg., München, 2004.

ZULEEG, Manfred, “*Die Vorzüge der Europäischen Verfassung*”, in *Europäisches Verfassungsrecht (Theoretische und dogmatische Grundzüge)* (org. Von Bogdandy), Springer Vlg., Heidelberg, 2003.

ZUMBANSEN, Peer, “*Die vergangene Zukunft des Völkerrechts*”, KJ, 34, 1, 2001.



UMinho Editora



Universidade do Minho

As fontes de Direito são frequentemente perspectivadas de um ponto de vista gradual, piramidal e hierárquico, com base num enfoque clássico, tipicamente Kelseniano. Porém, procura-se aqui demonstrar que os ordenamentos jurídicos contemporâneos devem ser perspectivados de acordo com um enfoque multinível, considerando diferentes tipos de relações e interações normativas (não apenas hierárquicas ou de escalonamento, mas igualmente relações de paridade e de circularidade ou auto-referencialidade).

Sources of law are often presented from a hierarchical and pyramidal point of view, based on a traditional Kelsenian approach. However, in this book (doctoral thesis), I argue that contemporary legal orders shall be considered multi-level arrangements, comprising several types of legal links, relations and interactions (not only hierarchy, but also parity and self-reference).

ISBN 978-989-8974-73-0



9 789898 974730 >