

TEMPORALIDADE JURÍDICA E CONSTITUIÇÃO (*)

MIGUEL GALVÃO TELES

Queria, primeiro que tudo, agradecer à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e em especial ao meu querido amigo Doutor Joaquim Gomes Canotilho a honra que me deram de me convidar para este colóquio comemorativo dos 20 anos da Constituição. Senti-a de modo muito vivo, por razões várias, a menor das quais não é a de que, sendo eu um produto da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e nisso tendo muito orgulho, a esta casa onde hoje falo me ligarem laços fundos de amizade e de admiração pelas pessoas que a servem e de respeito pela instituição. Só tenho pena de, devorado por coisas menores, não haver disposto pelo menos do tempo suficiente para procurar corresponder.

Desejaria ainda exprimir a honra e o prazer que sinto em participar numa sessão presidida pelo meu queridíssimo amigo Doutor Jorge Figueiredo Dias e moderada pelo também meu querido amigo Doutor José Carlos Vieira de Andrade.

Permitam-me que aproveite para, tendo em conta o tema sobre o qual falarei, prestar homenagem a uma pessoa que nesta casa começou e a quem devo aquilo a que talvez pudesse chamar uma “obsessão pela temporalidade”. Falo de João Baptista Machado, que o tempo levou primeiro para a cidade onde nasci, não sei depois para onde. Conheci pouco Baptista Machado, mas li-o muito. Boa parte do que tenho pensado e escrito a propósito de temas conexos com a tem-

(*) As referências à Constituição de 1976 são feitas segundo a versão de 1992. Mas acrescentou-se, entre parêntesis recto, a indicação do preceito correspondente na versão de 1997. Coisa semelhante se fez para a legislação ordinária. Não se procedeu a actualização bibliográfica relativamente à data de redacção do texto (Novembro de 1996 e Junho de 1997), salvo no que toca à nota (67), que foi aditada.

poralidade jurídica nasceu do diálogo com textos de Baptista Machado, muito especialmente com o seu angustiado e deslumbrante livro que é o *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*. Baptista Machado foi um génio, com o ónus de escrever em português.

I — Introdução

1. Procedi a uma alteração no título que me foi proposto para tema da minha intervenção: em vez de “Dinamicidade temporal e Constituição”, chamar-lhe-ei “Temporalidade jurídica e Constituição”. A razão reside numa “hostilidade teórica”, digamos assim, relativamente à utilização, no pensamento jurídico, de uma distinção entre estática e dinâmica ⁽¹⁾. Ignoro se ela é hoje utilizável na física. Tenho para mim, por motivos que se revelarão na exposição, que não há consideração estática possível no domínio jurídico. É que a noção de dinâmica, para lá do seu excessivo mecanicismo, não dá conta de todos os nexos relevantes com “dimensão” temporal.

2. A adjectivação da temporalidade — temporalidade jurídica — não envolve a ideia de que haja um específico conceito jurídico de tempo ⁽²⁾. O adjectivo

(1) V. “Inconstitucionalidade Pretérita”, melhor identificado na nota 6. Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *Sobre o Poder de Revisão: o Problema da Auto-Revisão Constitucional*, Lisboa, 1995, cicl., I, pp. 233 ss.

(2) O tema da existência de um específico conceito jurídico de tempo foi objecto de consideração por Engisch (“Die Zeit im Recht”, *Vom Weltbild des Juristen*, C. Winter, Heidelberg, 1950, pp. 67 ss.), a partir de uma afirmação de Erik Wolf no sentido afirmativo (p. 73). Engisch distingue, porém, problemas que considera de *ontologia jurídica* — as questões da relação do direito com o tempo, portanto as questões do direito no tempo ou da temporalidade do direito, com as quais se encontram conexas as das historicidades do direito e da sua validade positiva —, nos quais se incluiria o próprio tema da retroactividade, e problemas que qualifica de *lógica jurídica*: que específico conteúdo possuem os conceitos com significado temporal utilizados pelo direito e pela ciência jurídica? (p. 69). Apenas se ocupa do segundo tipo de questões. As conclusões são, sumária e um pouco grosseiramente, as de que o conceito de tempo representa para os juristas, que lidam com “tempos”, apenas um conceito categorial (*Gattungsbegriff*); que a ideia de “tempo vazio” é juridicamente irrelevante; que as dimensões temporais não são tomadas pelo direito como absoluto, mas sempre em termos relativos; que a afinidade maior dos conceitos jurídicos temporais se estabelecerá com os da história; e que o único e mesmo “tempo” em que ocorrem os acontecimentos heterogéneos é um “tempo natural prático” pensado pré-cientificamente, a partir do qual os diversos ramos de conhecimento, incluindo o direito, formulam conceitos com as suas próprias particularidades. Uma distinção do mesmo tipo, entre duas ordens de problemas, é adoptada por Winkler (*Zeit und Recht*,

tivo jurídico é aposto não ao substantivo tempo, mas ao substantivo *temporalidade*. E o que com ele se quer significar é que se fala da temporalidade do direito ou com referência ao direito.

O conceito de temporalidade (que utilizo independentemente de qualquer conotação fenomenológica) é mais amplo que o de historicidade. Aquilo que pretendo acentuar é que em todos os fenómenos jurídicos há uma ineliminável “dimensão” temporal e que fora dela não podem ser apreendidos, sem prejuízo de certas questões apresentarem, digamos, uma “carga” temporal mais acentuada. Tal ineliminável “dimensão” temporal não é posta em causa por questões do género da de saber se não existem conteúdos ou formas jurídicas ditas intemporais ou de como se compatibiliza uma possível intemporalidade de valores ou pensamentos com a temporalidade da vigência jurídica ou ainda de saber se a transplantação de ideias jurídicas, com a redução a um núcleo de sentido, não envolve destemporalização, para referir temas de dois autores que especialmente se preocuparam com as relações entre direito e tempo ⁽³⁾. Os termos intemporalidade e destemporalização são equívocos. Utilizados com rigor, não podem significar

Springer V., Viena — N. I., 1995), ao considerar, por um lado, a *temporalidade do direito* (*die Zeitlichkeit des Rechts*) e, por outro, a *juridicidade do tempo* (*die Rechtlichkeit der Zeit*), mas sem colocar propriamente a questão de um específico conceito jurídico de tempo. Considera aliás o conceito de tempo simultaneamente como um conceito empírico de generalidade máxima (conceito *a posteriori*) e como uma categoria *a priori* (*ob. cit.*, pp. 411 ss.). V. ainda Gino Capozzi, *Temporalità e Norma*, 3.^a ed., Jovene, Nápoles, 1996, pp. 369 ss. Por mim, embora com alguma relutância em traçar uma linha divisória na base da distinção entre ontologia jurídica e lógica jurídica, será do tema da *temporalidade* jurídica e, por conseguinte, do primeiro tipo de questões que aqui me ocuparei. Não quero, no entanto, deixar de chamar a atenção para dois pontos. Primeiro, naquele tema inclui-se necessariamente a consideração de normas com “conteúdos temporais”: as normas sobre início e termo da vigência e as normas de direito transitório, pelo menos. Em segundo lugar, parece absurdo perguntar por um específico conceito jurídico de tempo. O que pode acontecer é, por um lado, que a consideração da temporalidade jurídica suscite problemas que não se colocam na consideração física da temporalidade ou na da temporalidade simplesmente social, ou que se colocam em termos diferentes, e vice-versa; e, por outro lado, que certos termos de denotação temporal (termos e não ainda conceitos, porque o objecto da interpretação são factos significativos e textos, não normas) utilizados por certas prescrições jurídicas tenham um significado diferente, porventura menos rigoroso e normalmente mais *complacente* que noutros domínios. Será, por exemplo, aquilo que se passará com o termo *simultâneo* ou seus derivados ou equivalentes (*vide*, p. ex., art. 428.º, n.º 1, do Código Civil).

⁽³⁾ António José Brandão, “Vigência e Temporalidade do Direito”, *BFDUC* (XIX) 1943, pp. 26-73 e 307-339, e (XX) 1944, pp. 132-158, e Gerhart Husserl, *Recht und Zeit*, V. Klostermann, Francforte/M, 1955, primeiro ensaio (com o título da colectânea), pp. 10 ss.

senão identidade em instantes diversos — ou em todos os instantes. Intemporal em sentido próprio, isto é, no de “ausência de tempo”, seria apenas a eternidade.

3. Não tomo como ponto de partida nenhum entendimento filosófico específico relativamente ao tempo — se é forma pura da intuição sensível ou outra qualquer coisa. Não porque não fosse ao menos conveniente, para os fins ora em causa, mas muito simplesmente porque não saberia qual ponto de partida adoptar. Limitar-me-ei a observar que a consideração temporal implica a relação entre “antes de” e “depois de” ou “simultaneamente”. “Antes de”, “depois de” ou “simultaneamente” podem referir-se a fenómenos (tomando a palavra sem compromissos) ou “acontecimentos”, na relação de uns com os outros — A é anterior a B e B posterior a A ou A e B são simultâneos — ou a um outro ponto, ou instante, ou momento, de referência. Um momento de referência possível é o do instante em que se pensa ou fala temporalmente. É a referência a esse instante — o presente (que imediatamente se torna passado) — que distingue passado e futuro. Outros instantes de referência podem ser tomados, mas sempre cumulativamente com aquele — e passados ou futuros relativamente a ele (4).

(4) Não pretendo assumir aqui posição formal sobre a controvérsia, muito viva na filosofia anglo-saxónica, entre as teorias do tempo chamadas “tensed” e “tenseless” e suas variantes (v. a obra colectiva L. Nathan Oaklander e Quentin Smith [ed.], *The New Theory of Time*, Yale Univ. Press, New Haven e Londres, 1994). Numa síntese muito grosseira, segundo uma visão “tensed” as “noções” fundamentais serão as de *passado*, *presente* e *futuro* e, de acordo com uma visão “tenseless”, as de *antes de*, *depois de* e *simultaneamente* (lembre-se que, conforme o *Oxford Concise Dictionary*, a palavra “tense”, intraduzível com essa acepção em português, significa a “forma tomada pelo verbo para indicar o tempo... da acção...”). À concepção “tensed” do tempo propenderá a associar-se a ideia agostiniana de que só o presente tem existência em sentido próprio e aquela tenderá a caracterizar a “posição temporal” como uma propriedade dos “acontecimentos”. A concepção “tenseless”, que critica a imagem do “rio do tempo” e que pode pôr em causa a própria noção de presente, tenderá a atribuir existência aos acontecimentos passados e mesmo futuros. Já me parece absurdo — até por contradição nos termos — qualificar, como faz Keith Seddon, numa obra aliás interessante (*Time — A Philosophical Treatment*, Croom Helm, Londres *et al.*, 1987), a concepção “tenseless” como estática (sempre a obsessão da distinção entre estática e dinâmica!). No texto, dou por adquirido que a “qualificação originária” poderá ser *tenseless*, mas que se torna possível, e necessário, a partir de um segundo sistema de referência, o qual supõe a introdução de um sujeito “temporalmente situado” no primeiro sistema, a qualificação de presente, passado e futuro (e até a construção, para certos efeitos, de presentes, passados e futuros “supostos”), sem que a essa qualificação tenham de corresponder exactamente “propriedades” dos acontecimentos; e dou ainda por adquirido que pelo menos o passado tem existência (relativamente ao presente?).

Prescindirei da consideração de qualquer relação específica entre espaço e tempo ⁽⁵⁾. E uso sem compromisso a expressão “sistema jurídico” cujo conceito precisa de ser submetido a revisão.

Ponto que suscita pelo menos curiosidade, mas no qual não consegui avançar suficientemente, consistiria na comparação entre o paradoxo de McTaggart e o regresso infinito das atribuições (proposições) temporais na chamada série A (passado, presente e futuro), de um lado, e, de outro lado, situações de regresso infinito no domínio das proposições jurídicas, designadamente no das proposições autoreferentes (note-se que a temporalidade jurídica implica proposições jurídico-temporais, pelo que a distinção entre as duas categorias de proposições envolve alguma simplificação). Suponho que o tipo de regresso infinito das atribuições temporais nem se traduz, ao contrário do que acontece com certas proposições (e questões) jurídicas, numa série infinita de questões e soluções (ou correspondentes proposições), que torne as primeiras, a partir de certo ponto, questões necessariamente *em aberto* por referência a um sistema, nem contende com o princípio da razão suficiente. Tudo exigiria, de qualquer modo, a revisão de um conjunto de articulações que não são para mim claras. E as coisas complicar-se-iam ainda se se introduzissem outros paradoxos, designadamente o paradoxo da onipotência, a que adiante se fará menção.

⁽⁵⁾ Julgo saber (mas, neste domínio, a minha fonte de informação resume-se a uma obra, um pouco antiga embora excelente, de Lawrence Sklar, *Space, Time and Spacetime*, Univ. of California Press, Berkley *et al.*, 1974, completada por alguns textos de divulgação da autoria de Einstein, incluídos em *Mein Weltbild*, trad. port. com o título *Como vejo o Mundo*, ENP, Lisboa, 1961, pelas obras de Stephan Hawking, *A Brief History of Time*, Bantam Press, Londres *et al.*, 1988, e de Ilya Prigogine, *La Fin des Certitudes — Temps, Chaos et les Lois de la Nature*, Odile Jacob, Paris, 1996, e por alguns poucos artigos incluídos em *L’Espace et le Temps*, Actes du XXIIème Congrès de l’Association des Sociétés de Philosophie de Langue Française, Vrin, Paris, 1988) que as teorias post-newtonianas do espaço-tempo, no domínio da física, em especial nas formulações de Einstein e Minkowsky, estiveram ligadas não só aos problemas da relação entre a matéria e espaço e tempo, e das propriedades físicas destes, como (do mesmo modo que sucedia na física de Newton) ao do movimento (e, em conexão com ele, aos da velocidade e da aceleração), relativamente aos quais dificilmente se encontra paralelo no domínio jurídico. É evidente, porém, que ainda neste há conexões entre espaço e tempo mercedoras de análise: a vigência e a aplicabilidade das normas referem-se a *determinados espaços* (se bem que o apuramento do significado da delimitação espacial de vigência e de aplicação ou regulação requeira sofisticação); e as próprias normas de direito transitório e de direito internacional privado têm, respectivamente, âmbitos espaciais e temporais — sem discutir se há propriamente um direito internacional privado (autónomo) do direito transitório ou um direito transitório do direito internacional privado (sobre a segunda questão, registe-se a posição negativa de Baptista Machado, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Almedina, Coimbra, 1970, pp. 93 ss.). Certo é, em qualquer caso, que, conforme sublinha este autor (p. 114), “o contacto de uma lei com os factos tem necessariamente de ser espaço-temporal”.

II — Temporalidade jurídica

4. Importa procurar fixar alguns pontos no âmbito do tema da temporalidade jurídica. Terei de ser brevíssimo e socorrer-me-ei, no essencial, para além de ideias correntes, daquilo que tentei estabelecer em escritos anteriores ⁽⁶⁾. Cingir-me-ei, em princípio, ao domínio dos factos normativos e das normas (como quer que uns e outros se definam), apenas por conexão com eles aludindo a factos jurídicos sem carácter normativo. Permitam-me que, de início, utilize um estilo quase telegráfico.

a) Os factos normativos (ou fontes de direito, em certo sentido da expressão) são factos empíricos significativos que ocorrem no tempo e cujo sentido, obtível por interpretação, se traduz em normas jurídicas. A “produção” normativa pressupõe, na conceptologia da teoria do facto jurídico e do acto jurídico, a *eficácia jurídica* do facto normativo e, pelo menos se estiver em causa um acto jurídico, aquela eficácia jurídica pode depender, e dependerá sempre em alguma medida, da validade do acto.

b) Pelo menos quando a fonte não seja originária, a sua eficácia jurídica depende de norma dela autónoma. E ao menos quando a fonte se traduza em acto jurídico, aquela outra norma institui um *Können* (*poder de determinação jurídica*), que o acto normativo exerce.

c) A conexão normativa mencionada, e a caracterização de uma fonte como derivada, não dependem apenas da circunstância de existir uma norma habilitante. Dependem ainda de a fonte fazer, ou ser entendido que faz, uma *referência reversa* à norma habilitante, tomando-a como justificação, e de a prática jurídica assim considerar as relações. A fonte originária caracteriza-se por reclamar uma justificação pura e não uma justificação mediada por outra norma positiva.

⁽⁶⁾ “O Problema da Continuidade da Ordem Jurídica e a Revolução Portuguesa”, *BMJ*, 345, 1985, pp. 11 ss.; “Inconstitucionalidade Pretérita”, in Jorge Miranda (ed.), *Nos Dez Anos da Constituição*, Imp. Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1987; “A Revolução Portuguesa e a Teoria das Fontes de Direito”, in Mário Baptista Coelho (ed.), *Portugal — O Sistema Político e Constitucional (1974-1987)*, Lisboa, 1988, pp. 561 ss. (versão castelhana na *Revista de Estudios Políticos*, 60-61, Madrid, 1988, pp. 521 ss.); “Revolution, *Lex Posterior* and *Lex Nova*”, in Elspeth Attwool (ed.), *Shaping Revolution*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1991, pp. 69 ss.

d) As relações entre as fontes (e também com outros actos jurídicos de função determinante) estabelecem uma cadeia de *causalidade* ou de *determinação justificativa*: os factos determinantes produzem efeitos jurídicos enquanto os justificam e uns factos determinantes são justificados pela determinação justificativa de outros.

e) As normas jurídicas têm um *âmbito* ou um *tempo de vigência*, que é um fragmento temporal, um *intervalo*, entre um início e um fim (ainda quando o termo final não se encontre determinado) (7).

f) O âmbito de vigência de uma norma ou de um conjunto de normas pode ser fixado pela própria fonte que cria as normas ou resultar de outras normas (8). Normalmente, as regras jurídicas têm vigência por tempo indeterminado, a qual cessa, no todo ou em parte, por revogação, segundo o princípio correntemente afirmado *lex posterior derogat priori*. Reconhece-se que este princípio cede (ou pode ceder) perante a hierarquia das fontes, segundo — acrescentaria — o regime estabelecido para os vícios materiais dos actos normativos.

g) O “âmbito da vigência”, todavia, não delimita, por si só, o círculo temporal de “factos” e “questões” regulados pela norma (9). A delimitação desse cír-

(7) Ao âmbito ou tempo de vigência chama Bulygin *tempo externo* da norma (“Tiempo y Validez”, C. Alchourron e E. Bulygin [ed.], *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 199). Uma norma pode, *qua tale*, ter mais de um tempo de vigência, por suspensão e sua cessação ou por repristinação.

(8) Entre nós as regras quanto ao início de vigência resultam actualmente e em parte da própria Constituição, mesmo quanto à publicação (art. 122.º [119.º]), combinada com a lei ordinária (Código Civil, art. 5.º, e Lei n.º 6/83, de 29 de Julho, com a redacção dada pela Lei n.º 1/91, de 2 de Janeiro [Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro]). Todavia, a própria existência de *vacatio legis* e o seu prazo geral dependem de o diploma em causa (ou outro, especial) não disporem diferentemente. No caso de regulação pelo próprio diploma, haverá uma norma que entra em vigor, pelo menos logicamente, antes das demais (chame-se, de passagem, a atenção para a autoreferência que pode estar envolvida...). Também se admite que a fonte criadora fixe, explícita ou implicitamente, o termo da vigência das normas que cria ou que o faça outra fonte que determine a caducidade.

(9) Conforme tive ocasião de dizer, “poderá talvez afirmar-se que, da perspectiva em que a noção de vigência se lhes refere, as normas serão tomadas em si mesmas, independentemente das suas relações com os factos ou com as questões de direito” (“Inconstitucionalidade Pretérita”, p. 278, nota 14). Por isso, o “âmbito de vigência” é um elemento necessário à determinação dos factos abrangidos ou das questões reguladas, visto como o “âmbito de aplicação” se define por referência a ele, mas em si mesmo não define (ou não define sózinho) os factos e questões abrangidos.

culo, a que, com Baptista Machado, poderíamos chamar *âmbito de aplicação* ⁽¹⁰⁾ (ou *âmbito de regulação*), implica a intervenção de uma norma ou de normas habitualmente ditas de direito intertemporal ou transitório. Perante factos ou questões que tenham relação com tempos de vigência de diversas normas, a questão do direito aplicável é uma questão deontologicamente necessária.

5. Com isto chegamos a um ponto fundamental, que venho acentuando há algum tempo ⁽¹¹⁾: **as normas revogadas não “desaparecem”, nem deixam necessariamente de fazer parte do sistema jurídico.** Muitas delas são ainda hoje — um qualquer hoje que se considere — directamente aplicáveis a situações da vida, segundo as regras gerais ou segundo normas especiais de direito transitório. E muitas delas ainda definem ou condicionam o concreto regime jurídico relevante. Não se dá por isso normalmente, porque as situações não são questionadas. Sei a quem comprei a casa que tenho e o terreno onde está implantada. Sei até que os vendedores tinham adquirido o prédio por herança de seus pais. Se consultar o registo predial, descobrirei provavelmente proprietários precedentes. Mas antes de existir registo predial houve seguramente outros proprietários que foram encadeando os seus títulos uns nos outros e houve possivelmente outros estatutos jurídicos do prédio. Apurá-lo seria um trabalho histórico fatigante, incerto e inútil, porque, para além da presunção registral, bastaria usucapião para fundar a propriedade e para ela seria suficiente contar apenas algum tempo de posse. Mas isso não exclui pluralidade de títulos e que um deles, que vale também, entronque sei lá em quê e quando. Tão pouco sei, de resto, de quando vem a posse e como se terá ido transmitindo.

O que se disse vale igualmente para as normas que instituem poderes normativos, não só aqueles no exercício dos quais hajam sido emitidas normas não vigentes já, mas ainda aplicáveis, no momento de referência que se considere, mas também aqueles ao abrigo dos quais tenham sido emitidas normas nesse momento em vigor. Muitas normas em vigor num certo momento resultam do exercício de poderes normativos fundados em normas já não vigentes, mas aplicáveis segundo os critérios de direito transitório. E mesmo quando as normas fundantes ainda se encontram em vigor, não é a sua vigência presente que se mostra relevante, sim a sua vigência no momento pertinente segundo os critérios de direito transitório.

⁽¹⁰⁾ A este respeito fala Bulygin de *tempo interno da norma* (*lug. cit.*).

⁽¹¹⁾ *Vide*, em especial, “Inconstitucionalidade Pretérita”, *passim*, e “Revolução...”, p. 71.

6. A justificação da modificação normativa é imputada à regra *lex posterior derogat priori*. Esta corresponde a uma óbvia necessidade prática de “actualização” dos regimes jurídicos e talvez por isso é frequentemente tida por axiomática, não se sentindo necessidade de lhe procurar fundamentação, nem de lhe fixar estatuto ⁽¹²⁾. Mas, se há regra que suscite dificuldades, se não mesmo aporias, é ela.

A fundamentação clássica tem natureza imperativista-voluntarista e traduz-se na ideia de prevalência da vontade actual do soberano ou do Estado ⁽¹³⁾. Ainda que lhe haja sobrevivido longamente, o imperativismo voluntarista, como teoria jurídica, corresponde originariamente à monarquia absoluta, em versão laica, com vista à qual Hobbes o moldou. Já em face dela, porém, encontrava dificuldades insuperáveis: para além de outras, talvez mais importantes do que as que a seguir se referem, mas que agora não vêm ao caso, lembrem-se as observações

⁽¹²⁾ Manuel de Andrade, nas notas explicativas do seu anteprojecto sobre os preceitos iniciais do Código Civil, assinalava que “nos arts. 6.º e 7.º só se pensou em sintetizar a doutrina corrente sobre os pontos aí versados” (*BMJ*, 102, p. 149). V. ainda, p. ex., Inocêncio Galvão Telles, *Introdução ao Estudo do Direito*, reimp. com notas de actualização, Lisboa, 1988, I, pp. 201 ss.; Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1972, pp. 263 ss.; Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 165 ss.; Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, Ed. Danúbio, Lisboa, 1984, pp. 114 ss.; Oliveira Ascensão, *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1993, pp. 284 ss.

⁽¹³⁾ Ainda aqui as coisas são tidas de tal modo como evidentes, que não encontrei praticamente referência ao tema nos clássicos do imperativismo: nem em Bentham, salvo no aspecto analítico e, consequentemente, classificativo (*Of Laws in General*, ed. H. Hart, The Athlone Press, Londres, 1970, em particular pp. 110-111 e 128-129); nem em Austin, a não ser para sustentar que as leis revogatórias não são verdadeiros comandos, mas revogações de comandos, e que, em rigor, deveriam, juntamente com as leis “declarativas” e as leis imperfeitas, ser classificadas como leis metafóricas ou “figurativas”, mas que, dada a sua íntima conexão com as leis positivas, constituem (todas elas) objectos apropriados da jurisprudência (*Lectures on Jurisprudence*, incluindo *Province of Jurisprudence Determined*, reimp. 1977 da 12.ª imp., 1913, Scholarly Press, Michigan, pp. 17 e 51); nem em Bergbohm (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1892), nem em Somló (*Juristische Grundlehre*, reimp. 1973 da 2.ª ed., 1927, Scientia Verlag, Aalen). Mas atente-se nas palavras de Bobbio, que não pode aliás ser tido por um modelo de imperativismo: “O critério cronológico, dito também da *lex posterior*, é aquele na base do qual de duas normas incompatíveis prevalece a última: *lex posterior derogat priori*. Este critério não tem necessidade de comentário particular. É regra geral em direito que a vontade subsequente abroge a precedente, que, de dois actos de vontade da mesma pessoa, o válido seja o último no tempo” (*Teoria dell’Ordinamento Giuridico*, Giappichelli, Turim, 1960, p. 96).

de Hart e Raz acerca da obediência a soberanos precedentes (na ausência da ideia de Estado como pessoa jurídica) e das regras de sucessão no trono ⁽¹⁴⁾.

A situação complica-se com a passagem para o Estado constitucional. A ideia britânica de um parlamento complexo, formado por Rei ou Rainha, Câmara dos Comuns e Câmara dos Lordes, ou mais exactamente do Rei ou Rainha em Parlamento ⁽¹⁵⁾, procura manter a unidade de um soberano último, embora se torne notório que a figura do parlamento pressupõe, pelo menos, “normas constitutivas”. No continente, o elemento unificador virá a consistir na personalização jurídica do Estado — não já somente para efeitos internacionais, como ainda para efeitos internos. À vontade do “soberano” sucedeu a vontade do Estado. Simplesmente, a prática da separação dos poderes, seja na formulação “clássica”, seja com consciência já da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, introduzirá uma *diferenciação* nas manifestações de vontade do Estado, que torna pelo menos insuficiente a pura e simples referência a esta. A noção de tal diferenciação e da variedade de estatutos dos actos do Estado cristalizou na formulação, por Bierling ⁽¹⁶⁾, do que viria a ser chamada a teoria da hierarquia das fontes. Tinha de reconhecer-se que, para lá dos problemas que poderiam ser suscitados pelas leis especiais, a regra da *lex posterior* estava submetida à da *lex superior*. Não era já qualquer manifestação de vontade do Estado que poderia revogar manifestação anterior, mas apenas manifestação que pudesse ser considerada de valor pelo menos equivalente ao da manifestação precedente. Porém, o valor das diversas manifestações dependia de (outras) normas jurídicas.

7. Neste estado, e completada que ficou, no continente, com os *Hauptprobleme* ⁽¹⁷⁾, a crítica do imperativismo voluntarista, veio a Teoria Pura encon-

⁽¹⁴⁾ Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, reimp. 1988, ed. 1961, pp. 50 ss., e Raz, *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 2.ª ed., 1980, pp. 33 ss.

⁽¹⁵⁾ Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10.ª ed., MacMillan, Londres et al., 1967, pp. 39 ss.; Sir Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 6.ª imp. da 5.ª ed., Univ. of London Press, Londres, 1967, p. 137; Wade e Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, 10.ª ed., Longman, Londres e N. I., 1985, p. 1445; Stanley de Smith e R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 6.ª ed., 1989, Penguin Books, Londres, 1989, p. 64.

⁽¹⁶⁾ *Juristische Prinzipienlehre*, I, 1894, reimp. 1979, Scientia Verlag, Aalen, pp. 107 ss. Merkl, que, ao contrário de Kelsen, era rigoroso nestas matérias, reconhece a paternidade, hoje por regra esquecida, da doutrina que inspirou a sua teoria do *Stufenbau* (*Die Lehre von der Rechtskraft*, pp. 194 e ss., e *Prolegomena*, p. 139 — *vide* adiante, nota 18, para identificação completa destas obras).

⁽¹⁷⁾ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2.ª ed., 1923 (a 1.ª ed. é de 1911), reimp. Scientia Verlag, Aalen, 1984, pp. 97 ss.

trar o problema da *lex posterior*. Foi Merkl quem o enfrentou, em algumas das mais notáveis páginas que na doutrina jurídica se escreveram ⁽¹⁸⁾. Tive já oportunidade, noutro texto, de analisar a posição de Merkl ⁽¹⁹⁾. Restringir-me-ei, por isso, aqui, a um brevíssimo apontamento. O autor sustenta — e demonstra — que o princípio da *lex posterior* não corresponde a nenhuma necessidade lógica. Tão pouco a prioridade temporal oferece título de prevalência. Mas, a partir de um princípio de *impenetrabilidade* (*Undurchdringlichkeit*), segundo o qual nenhuma norma poderia, sem autorização do sistema, ingressar num “espaço” deste já ocupado, formulou a tese que chamei da *inderrogabilidade originária*: salvo determinação em contrário do próprio acto, qualquer norma é estabelecida para sempre; e só poderá ser revogada se houver norma com estatuto suficiente que o autorize. A regra da *lex posterior* só vale assim se se encontrar positivamente estabelecida e a revogabilidade é *relativa* (as normas podem ser revogadas por actos de certos escalões, não de outros). Com isto procurou Merkl, antes de mais, oferecer a base para a inderrogabilidade da Constituição, salvo nos termos em que ela própria autorizasse a modificação. Mas a sua tese permitiu-lhe a formulação de uma doutrina geral da *Rechtskraft* (que também significa caso julgado), abrangendo todos os actos de produção jurídica, incluindo sentença e acto administrativo.

O princípio da *impenetrabilidade* é insustentável e o recurso a uma norma originária ou fundamental, de carácter hipotético, para fundar a Constituição, reabre o problema da alterabilidade desta por vias não constitucionalmente previstas, pois fica por saber se tal modificabilidade não pode fazer parte do conteúdo da norma fundamental. O problema desloca-se para a formulação desta.

De Merkl ficou, porém, como adquirido, a ausência de necessidade lógica da regra da *lex posterior*. E da sua crítica resulta igualmente a ausência de necessidade lógica de uma regra contrária de “prevalência” da *lex prior*. Foi esta, aliás, a conclusão a que, no final da vida, Kelsen se ateve ⁽²⁰⁾, associando-a embora a

(18) «Die Unveränderlichkeit von Gesetzen — ein normlogisches Prinzip» (1917), hoje em Hans Klecatsky et al. (ed.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Europa Verlag, Viena et al., 1968 (doravante, *WrS*), I, pp. 1079 ss.; “Die Rechtseinheit des österreichischen Staates — Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der lehre von der *lex posterior*” (1918), *WrS*, I, pp. 1115 ss.; *Die Lehre von der Rechtskraft*, Franz Deuticke, Leipzig e Viena, 1923.

(19) “Revolution...” cit., pp. 70-72.

(20) Especialmente, “Derogation” (1962), *WrS*, II, pp. 1429 ss., e *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche V., Viena, 1979, pp. 84 ss. Já antes, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, reimpr. 1966, V. Max Gehlen, Bad Homburg et al., pp. 148-149. Sobre outras posições de Kelsen, v. o meu artigo “Revolution...” cit., pp. 71-72.

um tratamento do princípio da não-contradição no domínio jurídico que se afigura inaceitável (21).

Isto significará que as regras da *lex posterior* e da *lex prior* valerão na medida em que se encontrem positivamente consignadas. Fora do nível constitucional não se suscitarão, em princípio, dificuldades insuperáveis, visto como será pos-

(21) A tese de Kelsen parte da distinção, que fizera na 2.^a ed. da Teoria Pura do Direito (1960, reimp. 1983, F. Deuticke, Viena, pp. 73 ss.), entre normas jurídicas (*Rechtsnormen*) e proposições ou juízos jurídicos (*Rechtssätze*). Só aos segundos, que podem ser verdadeiros ou falsos, é aplicável o princípio da não-contradição. Entre normas pode haver oposição (*Gegensatz*) ou colisão (*Widerstreit*), mas não contradição. E, se o juízo A e o juízo B afirmarem que a norma A e a norma B, em colisão, são ambas válidas, tais juízos são ambos verdadeiros. O obstáculo reside em que afirmar que a norma A, que permite a conduta X, e a norma B, que proíbe a mesma conduta X, são válidas, significa afirmar que, segundo a ordem jurídica Y, X é simultaneamente permitido e proibido. Ou — e a situação é aqui ainda mais complexa —, se uma norma tiver por única função revogar outra (conforme Kelsen reconhece que pode ter), afirmar que a norma B é válida implica, em caso de colisão normativa, afirmar que, segundo a ordem jurídica Y, a norma A é simultaneamente válida e não válida (no sentido kelseniano). Possua ou não a questão natureza lógica ou estritamente lógica, o problema reside em saber se normas em colisão podem ser tidas como fazendo parte do *mesmo sistema jurídico* (como normas de *vigência simultânea*). Assinale-se que, na 2.^a edição da Teoria Pura, Kelsen resolvia o problema das colisões normativas de modo diverso, alegando que com a prescrição ou proibição de uma conduta apenas se prescreve a consequência da conduta oposta, isto é, a sanção, e que nada obsta logicamente a que duas condutas opostas tenham ambas sanção (pp. 26-27). Deixando de fora a crítica da concepção kelseniana do dever-ser como nexo de imputação (*Vergeltung und Kausalität*, reimp. ed. 1941, Böhlall, Viena *et al.*, 1982, e, p. ex., *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., cit., pp. 79 ss.) — e nexo de imputação entre uma conduta e uma sanção — observar-se-á aqui apenas que, também por esse modo e de um lado, não fica resolvida a questão, atrás suscitada, da lei simplesmente revogatória, e que, de outro lado, o problema passa a ser o de saber se se podem considerar como pertencendo ao mesmo sistema jurídico, com vigência simultânea, normas que prescrevem sanções para uma conduta e a conduta oposta. Por mim, diria que pode haver normas em colisão, mas que, em princípio, para que ambas pertençam ao mesmo sistema, apenas uma delas pode valer. De outro modo, teremos uma colisão extra-sistemática, como aquela que é possível entre direito internacional e direito interno ou entre costume e lei. Os meios que o sistema jurídico oferece permitirão resolver as colisões intra-sistemáticas. As colisões extra-sistemáticas — que se podem suscitar no nível constitucional — envolvem *conflitos de legalidade*, os quais, de certa perspectiva pelo menos, transcendem o sistema ou sistemas e se traduzem em conflitos de pretensões de validade (v. “A Revolução Portuguesa...” cit., pp. 588 ss., e “Revolution...” cit., pp. 77-78). A situação pode, porém, complicar-se (daí o “em princípio”), por virtude da possibilidade de *graus diversos de sistematicidade*.

sível encontrar solução, por via interpretativa ⁽²²⁾ ou, em última análise, por via integradora.

8. O funcionamento da regra da *lex posterior* — e continuando sem considerar o nível constitucional — pressupõe assim a atribuição de um *Können*.

A validade da afirmação é manifesta no que toca ao acto simplesmente revogatório: a produção do efeito que corresponde ao conteúdo do acto requer que quem o pratica tenha o *poder de revogar* a norma ou as normas em causa (e que haja observado os requisitos de exercício do poder de que dependa a eficácia jurídica do acto). Quando se trate de acto de conteúdo (explicitamente) apenas dispositivo, pode perguntar-se se o efeito revogatório (ou derogatório) das normas “contrárias” não é mero efeito *ex lege* (entre nós e actualmente por força do art. 7.º do Código Civil, naquilo para que tenha autoridade suficiente, antes deste, e para além dele, por força de norma obtida por integração). Ainda que assim seja, pressupõe-se pelo menos o *poder de dispor em contrário de normas vigentes* e com efeito revogatório (ou derogatório) destas ⁽²³⁾. O problema do *poder de revogar* ou do

(22) Era tradição portuguesa que as Constituições, ao aludirem ao poder legislativo das assembleias, fizessem referência expressa ao poder de revogar e ao de interpretar (e ainda, a partir da Carta Constitucional, ao de suspender) — Const. de 1822, art. 102.º, Carta, art. 15.º, par. 6.º, Const. de 1838, art. 37.º, I, Const. de 1911, art. 26.º, n.º 1, Const. de 1933, art. 91.º, n.º 1. A menção não aparece na Constituição actual (art. 164.º, al. *d*) [161.º, al. *c*]). Mas ninguém contesta que a competência para “fazer leis” (ou “decretos-leis” — art. 201.º, n.º 1 [198.º, n.º 1]) abranja a possibilidade de revogar, suspender ou interpretar, e a possibilidade geral da revogação ou suspensão são de algum modo pressupostas pelo art. 172.º [169.º], a propósito da ratificação [apreciação parlamentar] de decretos-leis. É claro que os arts. 7.º e 13.º do Código Civil também pressupõem a possibilidade de revogação e de interpretação autêntica. Mas resta saber se o Código teria estatuto suficiente para fundar a revogação ou interpretação no domínio dos actos legislativos em sentido formal. Já a revogação de normas constitucionais se encontra explicitamente prevista, nos termos e com os limites dos arts. 284.º e seguintes (revisão constitucional).

(23) Por processo de simplificação, deixou-se de fora, no texto, a hipótese de acto dispositivo que contenha, de forma expressa, prescrição revogatória (ou derogatória). Julgo que ainda haverá que distinguir modalidades. Poderá tratar-se da célebre e tão criticada, noutros tempos, por supérflua, e por isso praticamente abandonada, “fórmula expressa de revogação tácita” (do tipo “fica revogada toda a legislação em contrário”), mas que não deixava de eventualmente dar duplo título ao efeito revogatório. A modalidade alternativa é a de se identificar o que fica revogado. Uma vez essa identificação tem uma função clarificadora, mas ainda aí haverá duplo título possível. Outras vezes, acrescentar-se-á algum efeito revogatório ao que decorreria das regras gerais (e o possível segundo título será apenas parcial). Melindrosa, no plano interpretativo, será a situação na qual se faça revogação expressa, mas não se declare expressamente revogado tudo quanto ficaria abrangido pela regra geral.

poder de dispor com efeito revogatório relaciona-se com o estatuto hierárquico das fontes. Atribuir a uma fonte um determinado estatuto hierárquico significa conferir-lhe susceptibilidade de eficácia revogatória de normas provindas de fonte do mesmo escalão ou de escalões inferiores ⁽²⁴⁾.

9. O que se disse a propósito da revogação vale — deixando, por ora, sempre de lado o nível constitucional — igualmente para as normas ditas de “direito intertemporal” ou “direito transitório” ou relativas à “aplicação das normas no tempo”. Também aquelas, quando resultantes de acto jurídico determinante, representam o exercício de um *Können* — e, quando faltam, o *Können* em última análise exercido será o poder dos chamados “órgãos de aplicação” de integram lacunas.

As normas de direito transitório são gerais, como as dos arts. 12.º e 13.º do Código Civil, ou especiais (porventura excepcionais). Abstenho-me de considerar aqui a questão de saber se pode haver questões de direito transitório entre normas de direito transitório e, portanto, se cabe um direito transitório de segundo grau (ou de grau n) ⁽²⁵⁾.

10. Deste modo se atinge um segundo ponto fundamental na teoria da temporalidade jurídica, embora este bem melhor conhecido que o anteriormente mencionado: o sistema jurídico não só inclui o passado, como procura regular e condicionar o futuro. Fá-lo por duas vias: uma é o das normas relativas ao *licere* (normas primárias, na linguagem de Hart ⁽²⁶⁾) que regulam condutas futuras, per-

⁽²⁴⁾ Prescindo aqui da distinção estabelecida por Merkl (*Prolegomena...*, pp. 1340 ss.) e desenvolvida por Robert Walter (*Der Aufbau der Rechtsordnung*, Viena, 1974, pp. 55 ss.) entre um escalonamento segundo o condicionamento jurídico (*der Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit*) e um escalonamento segundo a força revogatória (*der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft*), que noutros estudos analisei (“A Revolução Portuguesa e o Problema da Continuidade...” cit., p. 31, “Revolution...” cit., p. 74). Chamo apenas a atenção para que na doutrina do *Stufenbau*, sobretudo na versão que Kelsen lhe atribuiu, se confundem vários tipos de relações: além dos dois referidos, o de individualização. Quando se fala de *hierarquia das fontes* (e não de outro tipo de relações) tem-se em vista a eficácia revogatória.

⁽²⁵⁾ Em sentido negativo, Baptista Machado, “*Âmbito da Eficácia...*” cit., p. 152. Por mim, tenho reserva quanto a essa posição. É curiosa a situação a que se referiram os Acs. do Tribunal Constitucional n.ºs 307/90 e 339/90 (*Acs. TC*, 17.º vol., pp. 221 e 333), onde parecia haver retroactividade de uma disposição transitória respeitante indirectamente a custas judiciais (art. 5.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 92/88, de 17 de Março). Mas não foi dessa perspectiva que o Tribunal considerou o problema da inconstitucionalidade.

⁽²⁶⁾ *The Concept of Law* cit., pp. 77 ss.

mitindo-as como condutas livres, proibindo-as ou impondo-as (lembrem-se os deveres de produção normativa e em particular os que se encontram ligados às chamadas normas programáticas ou à Constituição dirigente) (27); outra é a das normas relativas ao *Können*, ou ao *posse*, que conferem poderes de determinação jurídica ou *potestates*, normas secundárias na linguagem de Hart.

11. Autorize-se-me ainda uma observação. No domínio do *licere*, e desconsiderando aqui a questão do “juridicamente indiferente”, as qualificações jurídicas — pelo menos quando se combinem os comportamentos, como possibilidade, em alternativas ou opções —, podendo ter conteúdo negativo, são positivas em si mesmas. O oposto de *lícito* é *ilícito*. É certo que o oposto de *devido* consiste em *não-devido*. Mas este implica a licitude do comportamento alternativo, que gera a dupla permissão, idêntica ao conceito de conduta *livre*, numa acepção da palavra, e oposta ao de *conduta proibida*.

Já o oposto de *Können*, de *posse*, de *potestas*, é a mera ausência: *Nicht Können*, *non posse*, *non potestas* — a pura e simples *impossibilidade jurídica*.

12. Característica que se costuma apontar ao tempo — ou aos acontecimentos no tempo ou aos acontecimentos enquanto temporalmente relacionados — é, para além da unidimensionalidade ou linearidade, a *unidireccionalidade* (28), no sentido (as palavras são minhas) da *impossibilidade de retorno* (de um momento T2, posterior a T1, ao momento T1, ou a qualquer momento anterior a T2) ou sequer *de paragem* ou *retenção* (impossibilidade de T2, de que “imediatamente” se passa a T3, T4, Tn, “durar”).

Muito à primeira vista, a unidireccionalidade do tempo poderia considerar-se posta em causa por um fenómeno como o da retroactividade. Mas, conforme tem sido assinalado, com ela não se volta ao passado. O que muda é o significado jurídico deste, relativamente àquele que possuía quando era “presente” ou, mais rigorosamente (porque o presente constitui apenas um ponto de referência

(27) V. a obra fundamental de Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

(28) A unidireccionalidade não é posta em causa pelas hipóteses científicas ditas de “evolução temporalmente reversa” (“time-reversed evolution”), porque em tais hipóteses o que está em causa é a possibilidade de uma “evolução inversa” (como que fazendo repassar um filme do fim para o princípio), que conduza, em momento posterior, a uma situação idêntica àquela que se tenha verificado em momento anterior (v. L. Sklar, *ob. cit.*, pp. 351 e ss.). O que aí está em causa é apenas a reversibilidade ou irreversibilidade dos processos, sem prejuízo da diferenciação e conexão temporais.

e de “passagem”), quando era passado menos distante. E com tal modificação do significado do passado alteram-se ainda as projecções no futuro. Não há retorno. Mas fenómenos como o da retroactividade introduzem tipos de conexões temporais a que uma teoria jurídica não pode deixar de oferecer lugar.

13. Sem prejuízo da necessidade de muito maior afinação na análise das conexões temporais, dois pontos ficaram do que se disse.

O primeiro consiste em que são inadmissíveis as distinções feitas por Raz ⁽²⁹⁾ entre *sistema jurídico momentâneo* e *sistema jurídico não momentâneo*, como conjunto de sistemas momentâneos, ou por Bulygin ⁽³⁰⁾ entre *sistema jurídico*, enquanto conjunto de normas válidas em certo momento, e *ordem jurídica*, enquanto sequência de sistemas jurídicos ⁽³¹⁾. O conjunto das normas vigentes em certo momento não oferece sequer os nexos de fundamentação e de habilitação. O sistema jurídico é uma *totalidade temporal*, onde o regresso sobre o passado tem como único limite a relevância deste ⁽³²⁾.

O segundo ponto traduz-se na necessidade de um *momento de referência* (ou, se se tomarem vários, de um momento de referência *dominante*).

Consideração momentânea do sistema jurídico apenas pode valer como consideração a partir de um momento de referência. *Nesse sentido, e só nele, a consideração momentânea é não só possível como indispensável — mas reportando-se à totalidade temporal.*

III — Temporalidade jurídica e Constituição

14. Chegou a altura de introduzir a Constituição. De novo terei de simplificar, porventura em excesso. E de novo recorrerei, com variantes e acrescentos, a ideias que noutros escritos tentei estabelecer.

Procurei, há tempos, estabelecer uma distinção entre dois paradigmas ou porventura dois tipos de sistema jurídico (baseados num princípio de heteronomia), que não coincide necessariamente com aquela entre sistemas de rigidez e sistemas de flexibilidade constitucional, ainda que os casos exemplares numa e nou-

⁽²⁹⁾ *The Concept...* cit., 2.^a ed., pp. 34-35, e “The Identity of Legal Systems”, *The Authority of Law*, Clarendon P., Oxford, 1979, p. 81.

⁽³⁰⁾ Est. cit., p. 197.

⁽³¹⁾ V. já o meu artigo “Revolution...” cit., nota 14, p. 81.

⁽³²⁾ V. “Inconstitucionalidade Pretérita” cit., pp. 284-285.

tra sejam os mesmos: os Estados Unidos da América e o Reino Unido. Falo da distinção entre paradigma *fundacional* e *não-fundacional* ou entre sistemas jurídicos *fundacionais* e *não-fundacionais*. Formulei-a a partir do conteúdo da norma fundamental, enquanto constituída por mera referência reversa: segundo o paradigma fundacional, a norma fundamental é constituída como norma individual (no que toca ao seu objecto), referida a determinado ou a determinados actos constituintes; segundo o paradigma não-fundacional, é constituída como norma geral, sendo a competência reclamada por e para todos os actos de certa natureza (33).

Permitam-me uma afirmação, feita ainda a tactear e por isso provisoriíssima: na consideração (necessariamente) temporal de um sistema jurídico, enquanto sistema tido como válido em relação a um momento de referência (seja o presente), poderão tomar-se, além dele, os momentos de referência temporais que se quiserem; todavia, enquanto a consideração de um sistema jurídico não-fundacional é possível a partir apenas do presente, a de um sistema fundacional requer, no mínimo, um duplo momento de referência — o do presente e o do momento constituinte.

Restringir-me-ei de seguida, e em princípio, aos sistemas de tipo fundacional, como é o nosso. Prescindirei ainda, em princípio, da relação entre revolução e constituição, e da pluralidade constituinte que lhe pode estar associada, que noutro estudo analisei (34).

15. O acto constituinte (penso apenas no acto constituinte originário) caracteriza-se precisamente por ser *originário*, *lex originaria* por oposição a *lex derivata*, isto é, por não ser reconduzível a uma determinação justificativa *positiva* precedente (35). É *genesis* pura ou palingenésia (36).

(33) “Revolution...” cit., p. 76. V. ainda “A Competência da Competência do Tribunal Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 123, nota 28.

(34) “A Revolução Portuguesa...” cit.

(35) Prescindo aqui da questão da possibilidade de fundar o acto constituinte (ou a revolução de que resulte) no direito internacional — darei simplesmente por adquirido que, no estágio actual deste último, a recondução a si da fundamentação do acto constituinte não é possível.

(36) Kant disse que a insurreição não conduz à modificação da constituição civil, mas à dissolução desta, “não é metamorfose mas palingenésia, que exige um novo contrato social sobre o qual o anterior (agora revogado [abolido] [*aufgehobene*]) nenhuma influência tem” (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, A 211, B 240-241).

O acto constituinte ⁽³⁷⁾ ou a revolução ou ruptura que o hajam precedido — e que representam também, em si próprios, actos constituintes ⁽³⁸⁾ — encontram, porém, um direito precedente. O primeiro problema reside em saber como configurar a relação, ou as relações possíveis, do acto constituinte — antes de mais do acto constituinte de ruptura — com esse direito e designadamente com a Constituição anterior.

A resposta aparente e fácil consiste em fazer apelo ao princípio *lex posterior derogat priori*, especificado como *constitutio posterior derogat priori*. O primeiro obstáculo reside em que tal princípio não corresponde a necessidade lógica ⁽³⁹⁾. E, se pode haver razão deontológica justificativa da actualização de regimes, quando tal razão seja referida à Constituição contrária o sentido desta, que nos sistemas fundacionais só se tem por modificável nos termos que ela própria prescreve e nos sistemas não fundacionais nos termos que pressupõe. Há evidentemente um problema que se coloca quando a Constituição é questionada — e a ele mais tarde me referirei. Mas dar por pré-estabelecido um princípio *constitutio posterior derogat priori* — onde o único critério possível seria o da efectividade — implicaria pôr ilimitadamente em causa o autoentendimento constitucional. Um dos pontos críticos da Teoria Pura, na formulação de Kelsen, reside precisamente em se mostrar incapaz de impedir a construção de uma norma fundamental em cujo conteúdo caiba um princípio ilimitado *constitutio posterior derogat priori* ⁽⁴⁰⁾.

Poderia ainda perguntar-se se não há que supor uma norma acima das normas fundamentais, sobre a sucessão destas, segundo o cânone da *lex posterior* ⁽⁴¹⁾. Tal norma, porém, traduziria, mais uma vez, a simples legitimação da

⁽³⁷⁾ Considerarei no texto, e em princípio, apenas o acto constituinte a que chamaria integral ou total. O acto constituinte (originário) parcial implica sempre algum reconhecimento (que não se confunde com simples continuação de vigência) da Constituição precedente, distinguindo-se, por outro lado, da revisão constitucional inconstitucional por nesta não se reclamar um fundamento puro. A caracterização em concreto será frequentemente difícil e na ruptura parcial existe sempre alguma ambiguidade.

⁽³⁸⁾ “A Revolução Portuguesa...” cit., pp. 597 ss.

⁽³⁹⁾ *Supra*, n.ºs 6 e 7.

⁽⁴⁰⁾ V. o meu artigo “Revolution...” cit., pp. 70-73.

⁽⁴¹⁾ Em Portugal, a seguir ao 25 de Abril (sobre rupturas anteriores não fiz indagação), não encontrei decisão em que um qualquer tribunal se questionasse sobre se devia “reconhecer” a nova ordem constitucional ou em que um juiz, designado ao abrigo do direito anterior, se pusesse a questão da fidelidade. Mas sobretudo na doutrina anglo-saxónica fenómenos como a declaração unilateral de independência da Rodésia e rupturas constitucionais no Uganda e no Paquistão estiveram na origem de muita perplexidade e de interessante literatura, na qual

efectividade. Converter esta, não já sequer em condição de validade, mas em fundamento dela, representaria pura falácia naturalística. Por mim diria, de resto — e de certo modo di-lo-ei adiante —, que a questão não é de validade mas de pretensão de validade. A efectividade apenas distingue — com relevância prática, evidentemente — pretensões de validade que são efectivas, e mais ou menos efectivas, das que o não são — já não o são, ainda não o são, ou não o foram, não o são, nem porventura jamais o serão.

16. Ao reclamar uma justificação pura, o acto constituinte não se legitima por nenhum *Können* pré-estabelecido.

O poder que exerce é poder que se arroga. Institui, por referência reversa constitutiva, o próprio *Können*. De uma perspectiva *ex ante*, não há continuidade. Por isso, não existe igualmente *comparabilidade* com as normas precedentes. Como noutro estudo tive oportunidade de dizer, o acto constituinte não é, na origem, *lex posterior*, mas *lex nova*, perante a qual — e da sua perspectiva — as normas precedentes se tornam *vetera leges* ⁽⁴²⁾.

Em nome da justificação pura que reclama e da autoafirmação que faz, cabe-lhe — sempre da sua perspectiva — decidir sobre a relevância futura do passado jurídico. E, conforme tive ocasião de defender ⁽⁴³⁾, está em jogo aí não apenas a sobrevivência das normas pretéritas, com ainda a própria *atendibilidade da sua vigência passada* — atendibilidade da vigência passada tanto das normas “ordi-

o problema da norma fundamental e da sua modificação foi frequentemente trazido à colação. V., p. ex., J. M. Eekelaar, “Splitting the Grundnorm”, *The Modern Law Review*, (30) 1967, pp. 156 ss., “Rhodesia: the Abdication of Constitutionalism”, *The Modern Law Review*, (32) 1969, pp. 19 ss., e “Principles of Revolutionary Legality”, A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Clarendon P., Oxford, 1972, pp. 22 ss.; A. M. Honoré, “Reflections on Revolutions”, *The Irish Jurist*, 1967, pp. 268 ss.; R. S. Welsh, “The Constitutional case in Southern Rhodesia”, *The Law Quarterly Review*, (83) 1967, pp. 64 ss.; Leslie MacFarlane, “Pronouncing on Rebellion: the Rhodesian Courts and U.D.I.”, *Public Law*, 1968, pp. 325 ss.; Stanley de Smith, “Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations”, *Western Ontario Law Review*, 1968, pp. 93 ss.; R. W. M. Dias, “Legal Politics: Norms behind the Grundnorm”, *Cambridge Law Journal*, (26) 1968, pp. 233 ss.; P.M. Brookfield, “The Courts, Kelsen and the Rhodesian Revolution”, *University of Toronto Law Journal*, (19) 1969, pp. 326 ss.; J.W. Harris, “When and why does the Grundnorm change”, *Cambridge Law Journal*, 29 (1971), pp. 103 ss.. V. ainda a nota de Wengler a propósito do caso paquistanês, irónica mas com a qualidade de sempre, “Richter, Revolution, Notstand und kein Ende — Oder: Kelsen in der Dritten Welt”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, (99) 1974, pp. 64 ss.

(42) “Revolution...” cit., pp. 73 ss.

(43) “Inconstitucionalidade Pretérita” cit.

nárias” como das normas constitucionais, tanto das normas imediatamente anteriores como do “direito remoto”, sem outro limite no regresso sobre o passado que não seja o da sua relevância prática.

17. O acto constituinte pode interpretar o passado jurídico — ou da sua perspectiva pode este ser interpretado — de modos diversos. As modalidades serão essencialmente duas e poderão funcionar uma ou outra consoante os troços do passado que estejam em causa. Decisivo será, em princípio, um juízo sobre a legitimidade política precedente. Pode haver *negação*; pode haver, nalguma medida pelo menos, e a partir de certa distância temporal por *indiferença histórica, reconhecimento*. No primeiro caso, o direito novo terá de *retitular* a vigência passada do direito pretérito, no que toca à sua relevância futura. Seja como for, retitulada ou reconhecida essa vigência pretérita, passam a poder pôr-se problemas de revogação, porque a vigência pretérita de certas normas justifica potencialmente a vigência presente ou futura de outras. Em tais termos, a *lex nova* pode de algum modo converter-se em *lex posterior*, mas à luz de um critério por ela própria instituído — nesse sentido se mantendo estritamente *lex nova* e nesse sentido funcionando de certo modo como meta — norma relativamente às normas, mesmo constitucionais, passadas⁽⁴⁴⁾. E será da sua perspectiva que, quando mais não seja por integração, haverão ser definidos os critérios de direito transitório.

18. Não só assim o sistema jurídico inclui normas passadas, como a relevância destas e a sua contextura e interrelação mudam com a introdução de uma *lex nova*. E, se bem que esta envolva sempre ruptura da continuidade, a unidade do sistema, com outra configuração, reconstrói-se *ex post*, a partir dela⁽⁴⁵⁾.

Mostra-se ainda, a benefício de melhor análise futura, que o fenómeno da retroactividade não será senão uma modalidade de um fenómeno mais amplo, a que poderia chamar-se *retrospecção jurídica*⁽⁴⁶⁾.

(44) “Revolution...” cit., pp. 79-80.

(45) “O Problema da Continuidade...” cit., pp. 42-43; “Revolution...” cit., p. 80.

(46) Sem confundir retrospecção jurídica *hoc sensu* com aquilo a que o Tribunal Constitucional alemão, numa jurisprudência que fortemente influenciou o nosso Tribunal Constitucional em matéria de princípio da confiança, chamou “*unechte retrospektive Rückwirkung*”, ou, mais recentemente, “*Rückanknüpfung*” (anote-se que Baptista Machado usava já o termo *retroconexão*, embora com um sentido mais amplo — *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Almedina, Coimbra, 1968, p. 49). Acerca da distinção entre retroactividade autêntica e inautêntica, v., entre nós, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 1991, pp. 382-383.

19. O acto constituinte não tem uma dimensão apenas virada para o passado. Pretende também, e a título principal, comandar e condicionar o futuro e designadamente a produção jurídica futura.

O que há de característico no acto constituinte é arrogar-se a competência de todas as competências, pelo menos estaduais, e ver-se pois a si próprio como génese de todo o *Können* (estadual), ao qual a produção jurídica se haverá de reconduzir. Normalmente (mas não necessariamente) isso vem acompanhado da afirmação da Constituição como fonte supra-ordenada. Note-se que a Constituição não é génese última da produção jurídica nem fonte suprema pela “natureza das coisas”. Arroga-se tal estatuto e, normalmente, a prática jurídica reconhece-lhe essa qualidade, designadamente pelas referências reversas na produção jurídica.

A autoafirmação da Constituição como génese última da criação do Direito conduz a que a mesma se considere em posição de definir as condições da sua própria modificação. Da perspectiva da Constituição de um sistema fundacional, o princípio *lex posterior derogat priori* só vale na medida em que ela o instituir (mesmo que não haja supremacia hierárquica da Constituição ou sequer rigidez). Existindo rigidez constitucional, e salvo imutabilidade absoluta, a actuação da regra da *lex posterior* é limitada pelo procedimento de revisão constitucional. E, sem discutir aqui se haverá limites imanentes ou limites implícitos (não serão a mesma coisa), limites materiais à revisão constitucional têm sido estabelecidos.

20. Neste domínio, foram suscitadas especialmente duas questões: uma, descoberta por Alf Ross em 1929⁽⁴⁷⁾, respeita à aplicabilidade das normas de revisão constitucional à sua própria alteração; outra concerne à possibilidade de limites materiais e, no caso de resposta afirmativa, à sua alterabilidade por via, igualmente, de procedimento de revisão.

Não vou aqui discutir extensamente os dois problemas, o segundo dos quais foi largamente debatido entre nós. Quereria antes de mais assinalar dois pontos. O primeiro é que há traços comuns entre as duas questões e o mérito de as haver aproximado pertence a Miguel Nogueira de Brito, num livro que espero ver publicado muito brevemente⁽⁴⁸⁾: alterar (segundo o chamado duplo processo de revi-

(47) Ao contrário do que, por regra, se supõe, não foi em *On Law and Justice* (Stevens & Sons, Londres, 1958, pp. 80-81) que Ross pela primeira vez suscitou o problema, mas sim na *Theorie der Rechtsquellen* (Franz Deuticke, Leipzig e Viena, 1929, pp. 261-262 e 365). O que aí fazia era, em vez de utilizar a questão lógica da autoreferência (de cuja relevância apenas se terá apercebido na sequência do trabalho de J. Jørgensen), referir (o que julgo, aliás, ter um valor mais profundo) o paradoxo da autovinculação.

(48) *Sobre o Poder de Revisão...* cit., II, pp. 164 ss.

são, de que o grande teorizador entre nós é, conforme se sabe, Jorge Miranda ⁽⁴⁹⁾) normas que consignem limites materiais de revisão significa modificar as normas de revisão, pretendendo utilizá-las a elas próprias (embora, e essa é uma diferença, pretendendo utilizar outras normas que não aquelas que são o objecto da alteração). O que as normas que estabelecem limites materiais, e que apresentam uma maior densidade problemática, trazem como acréscimo consiste em abrirem a questão de saber se são ou não normas impeditivas da própria alteração das normas de revisão. A resposta que se dê distingue as concepções ditas do carácter absoluto e do carácter relativo dos referidos limites.

Outro ponto que gostaria de sublinhar traduz-se na necessidade de distinguir questões de possibilidade, questões de justificação e questões de interpretação. Um primeiro problema é o de saber se podem ser estabelecidos limites à alteração constitucional, procedimentais ou materiais, e, no caso afirmativo, se esses limites podem ser absolutos; um segundo é o de saber se pode justificar-se, e com que tipo de justificação, que um poder de revisão constitucional altere as próprias regras a que está submetido; o último consiste em saber como devem ser interpretados os preceitos estabelecidos numa fonte constitucional de um certo sistema jurídico (sejam, p. ex., os 287.º a 290.º da nossa Constituição, no texto originário, hoje arts. 284.º a 289.º).

21. Deixemos de parte o último problema. A segunda questão veio a ser, nos anos 50, associada por Alf Ross ao problema da autoreferência e dessa perspectiva constituiu objecto de vivo debate ⁽⁵⁰⁾. A verdade, porém, é que a questão lógica da autoreferência, porventura solúvel em si mesma, esconde uma outra, de que Ross teve alguma consciência ⁽⁵¹⁾, e que resulta de o fundamentado vir

⁽⁴⁹⁾ V., em especial, *A Constituição de 1976*, Petrony, Lisboa, 1978, pp. 234 ss., e *Manual de Direito Constitucional*, T. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 129 ss. e, particularmente, pp. 175 ss.

⁽⁵⁰⁾ V. as indicações bibliográficas constantes da nota 25 de “A competência da Competência...” cit., p. 121. Acrescente-se Bulygin, “Das Paradoxon der Verfassungsreform”, in Ota Weinberger e W. Krawietz (ed.), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, Springer V., Viena — N.I., 1988, pp. 307 ss.; Christopher B. Gray, “Amendment: Legal continuity and ongoing Revolution”, in E. Attwooll (ed.), *Shaping Revolution*, cit., pp. 47 ss.; Nikolas Roos, “The Identity of Legal Systems in the Light of Some Paradoxes of Constitutional Law”, *ibid.*, pp. 56 ss.; e Miguel Nogueira de Brito, *ob. cit.*, I, pp. 200 ss.

⁽⁵¹⁾ V. o meu artigo “Revolution...” cit., pp. 73-74. A ideia fundamental de Alf Ross era a de que, porque se referiam às normas constitucionais, as regras sobre revisão constitucional não poderiam fazer parte da Constituição, tendo de ser reconduzidas à norma funda-

a decidir sobre o próprio fundamento ou de o justificado vir a decidir sobre a sua própria justificação. A questão é de razão suficiente — ou de ausência dela.

22. A intensidade problemática agrava-se se passarmos à primeira questão: a da possibilidade de limites, designadamente limites materiais, à alteração constitucional. Constituições de tipo fundacional pressupõem a possibilidade desses limites e mesmo de limites absolutos. Julgo que neste ponto tinha inteira razão Gomes Canotilho⁽⁵²⁾, na polémica que entre nós se estabeleceu a propósito dos limites materiais da revisão constitucional. Mas, se se observarem os termos em que também entre nós foi defendida a posição extrema contrária, seja por Baptista Machado⁽⁵³⁾, seja por Marcello Caetano⁽⁵⁴⁾, seja por Barbosa de Melo, Cardoso da Costa e Vieira de Andrade⁽⁵⁵⁾, seja ainda, em face da Constituição de 1911, por Magalhães Collaço⁽⁵⁶⁾, encontra-se⁽⁵⁷⁾, embora com variantes e tonalidades diferentes, como ideia final, a invocação da contradição entre a imposi-

mental. Por isso, quando, no artigo da *Mind* de 1969 (“On self-reference and a ‘puzzle’ in Constitutional Law”), Ross quis solucionar o “puzzle constitucional”, fê-lo mediante uma reformulação da norma fundamental: “Obedece à autoridade estabelecida pelo art. 88.º [pelas normas de revisão constitucional], até que esta autoridade indique um sucessor; então obedece a essa autoridade, até que ela própria indique um sucessor; e assim indefinidamente” (p. 24). O problema está, além do mais, em saber como e porque é que se deslocam para norma fundamental regras que foram postas pela Constituição. O que procurei mostrar, no meu citado artigo, foi que a existência de normas de revisão constitucional, em sistemas fundacionais, implica que a norma fundamental não se traduza numa “delegação de competência”, nos termos concebidos pela Teoria Pura, mas no resultado de uma “arrogação” (perdoe-se o neologismo) de uma *competência da competência* (pp. 73-76). O problema que a ideia de competência da competência suscita é de *razão suficiente* (“A competência da Competência...” cit., pp. 121-123), conforme se rediz no texto.

(52) “O Problema da Dupla Revisão na Constituição Portuguesa”, sep. da revista *Fronteira*, 1978.

(53) *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 156.

(54) *Constituições Portuguesas*, Verbo, Lisboa-São Paulo, 1978, p. 157.

(55) *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, pp. 300 ss.

(56) *Ensaio sobre a Inconstitucionalidade das Leis no Direito Português*, França e Arménio, Coimbra, 1915, pp. 80 ss. Magalhães Collaço ia, aliás, quase às últimas consequências, pondo em causa os próprios limites temporais da revisão constitucional.

(57) Outra, particularmente hábil, foi a posição de Rui Machete, arguindo a revogação consuetudinária de alguns limites materiais — “Os princípios estruturais da Constituição de 1976 e a próxima revisão constitucional”, in Mário Batista Coelho (ed.), “Portugal...” cit., pp. 995 ss. Numa perspectiva essencialmente histórica-política, v. a análise de Lucas Pires, *Teoria da Constituição de 1976 — A Transição Dualista*, Coimbra, 1988, pp. 156 ss.

ção de limites à revisão constitucional e a lógica do poder supremo ou a lógica democrática. E, de alguma sorte, a ideia surge ainda no estudo de Afonso Queiró sobre a alteração constitucional por referendo⁽⁵⁸⁾. A argumentação mencionada é desenvolvida a propósito dos limites materiais. Mas, se bem se reparar, poderia ser estendida aos limites procedimentais e à própria rigidez constitucional: designadamente, porquê requerer maiorias qualificadas para a revisão, quando não eram exigíveis à Constituinte? Porquê ainda limitações temporais?

A lógica aqui invocada é a dos sistemas não fundacionais: como pode um poder supremo autolimitar-se? Ou porque não pode desvincular-se da própria autolimitação que se impôs? Lembré-se a questão suscitada a respeito das cartas constitucionais: se uma carta constitucional se funda no poder supremo do monarca, por que razão não pode este, no exercício do mesmo poder supremo, revogá-la? Simplesmente, um problema de sentido exactamente contrário se coloca nos sistemas não fundacionais: se um poder é supremo, por que razão não pode autolimitar-se?⁽⁵⁹⁾

Tanto nos sistemas fundacionais como nos sistemas não-fundacionais há um problema último, que ambos dão por resolvido, mas para cuja solução nenhum deles pode oferecer fundamento cogente. Trata-se do problema da intangibilidade do carácter, respectivamente, fundacional e não-fundacional do sistema. Numa fórmula mais expressiva e supondo, para simplificar, equivalência entre sistema fundacional e sistema de rigidez constitucional e entre sistema não-fundacional e sistema de flexibilidade constitucional, a questão é, respectivamente, da rigidez ou flexibilidade da rigidez e da rigidez ou flexibilidade da flexibilidade.

23. Sistemas fundacionais e não-fundacionais optam cada um pelo seu termo da alternativa contida no paradoxo da onipotência: a onipotência autolimi-

(58) *Uma Constituição Democrática — Hoje — Como?*, Coimbra, 1980.

(59) Vejam-se as dificuldades que a doutrina britânica tem encontrado para justificar a soberania parlamentar "permanente" — p. ex. Geoffrey Marshall, "Parliamentary Supremacy and the Language of Constitutional Limitation", *Juridical Review* (LXVI) 1954, pp. 62 ss., e *Parliamentary Sovereignty and The Commonwealth*, Clarendon P., Oxford, 1957; Wade, "The Basis of Legal Sovereignty", *Cambridge Law Journal*, 1955, pp. 172 ss.; T. R. S. Allan, "Parliamentary Sovereignty: Lord Denning's Dexterous Revolution", *Oxford Journal of Legal Studies*, (3) 1983, pp. 22 ss.; e, muito particularmente, Ilmar Tammelo, "The Antinomy of Parliamentary Sovereignty" e K. J. Hintikka "Remarks on a Paradox", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1958, pp. 495 ss.

tável (e autolimitada) e a onipotência permanente ⁽⁶⁰⁾. Nenhum deles o pode evitar ou dissolver. Talvez porque aquilo que o paradoxo traduza sejam simultaneamente duas coisas: a incompatibilidade entre as suas duas versões (que torna-se contraditória a própria ideia de onipotência) e a ausência de razão suficiente decisiva para optar por uma ou outra.

24. Um dia (oxalá não nos nossos dias, nem nos dos nossos filhos e netos, em Portugal) a Constituição torna-se *vetus lex*, tudo recomeça, o passado é revisto, o sistema jurídico reconstitui-se...

IV — Estatuto da jurisdição e temporalidade

25. Desde Hume e Kant, tornou-se corrente contrapor ser e dever-ser, distinguir leis da natureza e leis morais (em sentido amplo) na base de tal contraposição e afirmar que de meras proposições de ser não pode inferir-se uma proposição de dever-ser.

Um autor por quem tenho paixão — porque, sem pretensões, fez o que poderia ter sido e porventura será, com surpreendente actualidade, a autêntica doutrina kantiana do direito —, Jakob Fries, escreveu, em 1803, uma *Philosophische Rechtslehre* ⁽⁶¹⁾. É uma obra deslumbrante. Deixem-me que cite um curtíssimo passo (p. 5):

“No nosso conhecimento (Wissen) encontra-se um duplo modo de necessidade de uma lei geral, uma necessidade teórica e uma necessidade prática; a primeira exprime-se por Müssen (“ter de ser”), a segunda por Sollen (“dever-ser”).”

⁽⁶⁰⁾ A distinção entre “*self-embracing*” e “*continuing omnipotence*” é de Hart (*The Concept...* cit., p. 146), mas mostra-se tributária, como aliás a própria distinção entre normas primárias e secundárias, da análise de Mackie (“*Evil and Omnipotence*”, *Mind* (LXIV), 1955, pp. 210-212). V. ainda Suber, *The Paradox of Self-Amendment*, Peter Lang, N.I., et. al., 1990, especialmente pp. 73 ss. Observe-se que a concepção da onipotência permanente pressupõe a “subsistência” temporal de um sujeito (ainda que não tenha de ser “pessoa jurídica” em sentido próprio). Ao invés, a concepção da onipotência autolimitada não tem esse pressuposto. E, embora não seja incompatível com uma tal subsistência (pense-se na do monarca), implica pelo menos uma mudança do estatuto do “sujeito”, a partir do momento da limitação. A ausência da necessidade de subsistência de um “sujeito” leva a que, frequentemente, as tentativas de pôr em causa a autolimitação impliquem ou o recurso à ideia de uma “equivalência de sujeitos” ou o apelo a um “sujeito último” (o povo).

⁽⁶¹⁾ Mais completamente, *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, J. Mauke, Jena, 1803, reimp., Leipzig, 1914.

Alguma parte da confusão que durante 200 anos se instalou poderia ter sido evitada se se houvesse dado atenção a Jakob Fries. Tanto nas leis da natureza como nas leis morais está em jogo a relação entre o mundo da possibilidade e o da efectividade: *Sollen é Sein Sollen*, assim como *Müssen é Sein Müssen*.

Há neste aspecto uma diferença necessária entre o *Sollen* e o *Sein* objecto do *Sollen*. Mas tal diferença é homóloga da que se estabelece entre o *Müssen* e o *Sein* que constitui o seu objecto. A diversidade entre as leis morais e as leis naturais corresponde à natureza da relação, a de *Sollen* — que, além do mais, convoca o livre arbítrio — e a de *Müssen*. Poderá dizer-se que a utilização do conceito de *Müssen* para exprimir o predicado (digo intencionalmente predicado e não cópula) do juízo correspondente às leis naturais se encontra posto em causa pelo indeterminismo ou pelo princípio da incerteza associados à física quântica. Tanto importa: substitua-se *Müssen* por uma qualquer relação de probabilidade ou até de simples possibilidade. A diversidade entre a natureza das relações mantém-se e é ela que distingue o tipo de leis.

Se o resultado da observação de Jakob Fries é clarificador, nem por isso resolve todos os problemas. Fica em aberto a questão essencial, que é a da inferência. De que uma coisa tenha de ser, segundo as leis da natureza, não se segue que deva ser. De que algo seja, ou seja habitualmente, não se segue que algo deva ser. Observe-se que, nesta última formulação, o “algo” considerado como objecto hipotético do *Sollen* não coincide necessariamente com o “algo” de que se afirma o *Sein*. Terão de ser consideradas as duas hipóteses. A razão pela qual da afirmação de que *A é* não se segue que *A deva ser* pode dizer-se que tem natureza conceitual e por conseguinte, nalgum sentido, carácter lógico: o dever-ser implica conceitualmente — ou analiticamente, no sentido kantiano — possibilidade de ser ou não ser. A questão complica-se, porém, quando a afirmação de ser for feita a respeito de um *quid* outro que o objecto do suposto dever-ser, isto é, de *B* e não de *A*. Por que razão da afirmação de que *B é* não se segue necessariamente que *A deve ser*?

Haverá, aqui, que distinguir planos. Num primeiro plano, puramente “material” (que, *grosso modo*, consideraria a proposição de ser como aquela que, por hipótese, viria a integrar a previsão de uma possível norma), dir-se-á que uma afirmação de dever-ser pressupõe mais, para a fundamentar, do que uma mera proposição de ser: ou um juízo de valor ou (e) uma outra proposição de dever-ser. Curiosamente, se se tiver consciência de que as chamadas leis da natureza implicam o conceito de *Müssen*, ou outro próximo, ver-se-á que a situação no mundo normativo não é tão distinta da do mundo da natureza como normalmente se diz. Também aí, da simples afirmação de que *B é* não se pode inferir que *A tem de ser*. Há de se acrescentar uma lei de causalidade, segundo a qual sempre que

B, A tem de ser (ou, num quadro probabilístico ou possibilístico, uma proposição equivalente). Aliás, a dificuldade ou impossibilidade de fundar princípios últimos ou um método para a sua determinação na Moral ou no Direito é homóloga da dificuldade ou impossibilidade de fundar a causalidade ou de fundar epistemologicamente a indução.

Para os juristas, porém, o problema da inferência do dever-ser põe-se no essencial a respeito das fontes. E quanto a isto não há homologia alguma nas ciências da natureza. Ainda aqui a resposta é, normalmente, pelo menos desde a Teoria Pura, a de que a inferência pressupõe, entre as premissas, além de uma premissa de ser ou de facto, uma premissa normativa.

Simplemente, e antes de mais, esta premissa normativa aparece concebida de duas maneiras. Uma vez, visando-se a premissa última, toma-se uma proposição que afirma um *dever de obediência*. É a tradição hobbesiana, à qual, em boa medida, não conseguiram fugir Kant, Kelsen e Ross. Chamo a atenção para que, a propósito das normas morais, jamais, que saiba, alguém, fora de uma moralidade teocrática, alegou um autónomo dever de obediência. O dever é simplesmente o dever de agir estatuído na norma e confunde-se com a vinculatividade desta. Naquela visão, as fontes seriam factos brutos, que se limitariam a preencher a previsão de uma norma única. Restaria saber como fundamentar esta.

Outras vezes, a premissa normativa que permite a inferência a partir da fonte não é já entendida como uma proposição de dever-ser, mesmo em sentido amplo (isto é, incluindo não só a imposição, como a proibição e a permissão). Trata-se antes de uma proposição relativa à *eficácia jurídica de certos factos*. Se tais factos consistirem em declarações de vontade, dir-se-á que a proposição é uma proposição que estabelece um *Können* ou um *posse* (tão bem estudados, entre nós, por Gomes da Silva ⁽⁶²⁾ e Rogério Soares ⁽⁶³⁾). Concebem-se agora pelo menos duas normas: uma institutiva do *Können*, outra posta no exercício deste.

A ideia da instituição de um *Können* envolve, porém, necessariamente a de que a fonte não consistirá num facto bruto, mas num facto em si mesmo com significado normativo e pretensão de vinculatividade. Daí resulta que o problema deixa de ser, em rigor, o da inferência de uma proposição de dever-ser a partir de uma proposição de ser, para consistir em saber qual o estatuto do dever-ser que pode inferir-se da proposição relativa ao *Können*.

Poderá dizer-se, de uma forma grosseira, que o estatuto será o de *dever-ser jurídico-positivo*, no âmbito de um determinado sistema jurídico. Com isto se

(62) *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, pp. 35 ss.

(63) *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, pp. 8 ss.

aludiria à validade sistémica das normas, na linguagem de Raz ⁽⁶⁴⁾, ou a um conceito descritivo de validade, na linguagem de Bulygin ⁽⁶⁵⁾, ou a um conceito jurídico de validade, na linguagem de Alexy ⁽⁶⁶⁾. Resta, porém, saber o que significa “*dever-ser jurídico-positivo*” — e designadamente se este não se reduz a uma simples *pretensão de vinculatividade*.

No regresso sucessivo de normas institutivas do *Können* — e essa foi a observação fundamental de Kelsen — há um ponto de paragem. Pode então conceber-se a norma fundamental — ou podem conceber-se as normas fundamentais, se se admitir a possibilidade de um pluralismo — como se quiser. Pode designadamente conceber-se, como eu o faço, como constituída por referência reversa. O problema fundamental não é eliminado. Mas não se trata agora, pelo menos directamente, da questão da falácia naturalística. Trata-se sim da questão de *razão suficiente* para a proposição última de *Können*. Que falta, enquanto razão cogente incondicional — e por isso, no limite, o fundamentado institui o fundamento normativo ou reverte sobre ele. Ensaaiem-se as variantes que se quiserem, introduzam-se postulados, e designadamente postulados práticos: nalguma medida, pelo menos, não nos libertamos do trilema de *Münchhausen*.

De um *Können* arrogado não pode extrair-se mais do que um dever-ser pretendido. A questão é de *intraduzibilidade* de uma pretensão de dever-ser em dever-ser “absoluto” ou, num sentido, categórico. Por isso venho dizendo que, no limite, nos encontramos sempre, ao menos potencialmente, em estado de natureza — *estado de natureza de segundo grau* ⁽⁶⁷⁾.

A hetero-justificação do direito é prudencial. Existem razões — muito boas razões — para o valor do direito e para preferir uns conteúdos jurídicos a outros. Gozamos hoje da felicidade de possuímos um direito — e antes de mais um direito constitucional — excelente. Preservemo-lo.

Mas nada converte as normas jurídico-positivas, por si, em imperativos incondicionalmente cogentes, a não ser da perspectiva de quem as formula ou impõe ou de quem lhes adere. Falta *razão suficiente* para mais.

⁽⁶⁴⁾ “Legal Validity”, *The Authority of Law* cit., pp. 146 ss.

⁽⁶⁵⁾ “Tiempo y Validez” cit., pp. 195 ss.

⁽⁶⁶⁾ *Begriff und Geltung des Rechts*, V. K. Alber, Friburgo-Munique, 2.^a ed., 1994, pp. 142 ss.

⁽⁶⁷⁾ Miguel Galvão Teles, “State of Nature, Pure Republic and Legal Duty of Obedience (Some reflections regarding Kant’s legal and political philosophy)”, in João Lopes Alves, *Ética e o Futuro da Democracia*, Ed. Colibri, Lisboa, 1998, pp. 161 ss.

26. As pretensões de vinculatividade afirmam-se temporalmente e sucedem-se historicamente. De ora em vez, o estado de natureza potencial torna-se actual, as pretensões disputam-se, em *conflitos de legalidade*, uma acaba por prevalecer no reino da efectividade. Mas, porque de pretensões se trata, por maior que seja o dogmatismo, aquela que num momento prevaleça acaba por não poder ignorar as que a precederam e procura prevenir as futuras. A perspectiva jurídica é necessariamente a de uma pretensão de vinculatividade e a perspectiva dita jurídico-positiva é a da pretensão em certo tempo efectiva. O condicionamento substancial da perspectiva mostra-nos assim determinado por um momento de referência temporal, a partir do qual o sistema jurídico como totalidade temporal é visto — e, por vezes, revisto.

* * *

Uma última observação respeita ao tema subjacente a esta primeira parte das Jornadas: **a Constituição como contrato de gerações e contrato entre gerações**. De quanto disse resulta que responderia à pergunta implícita no tema no sentido de que a Constituição, particularmente a Constituição fundacional, não é contrato de gerações nem contrato entre gerações, embora disso se possa ir aproximando por interpretação e por revisão. É antes herança, e herança vinculada, que as gerações novas recebem e que aceitam ou repudiam, reformulam ou põem em causa. Mas quem dera à minha geração que a herança que houvesse recebido tivesse sido aquela que deixa.