

O problema da unidade do ordenamento jurídico.

Reflectindo sobre CASTANHEIRA NEVES e o seu “sistema aberto e de reconstrução dialéctica” ·

I

1. Sobre o problema ¹ da unidade do ordenamento jurídico debruçou-se CASTANHEIRA NEVES em vários dos seus estudos ². Da leitura cientificamente atenta dos seus textos, ganha relevo o “diálogo” crítico que estabeleceu com as escolas positivistas–normativistas, principalmente com KELSEN ³, rejeitando as visões analítico-lógico-formais por estas preconizadas e assumindo a ideia de que é através da “consciência jurídica geral” que tal unidade é conseguida.

Sem embargo da valia do contributo dado, tal problema, hoje, merece ser repensado. Num momento em que a abertura — “vertical” ⁴ e ”horizontal” ⁵ — do Estado

* Texto originalmente publicado em *Ars Iudicandi*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves, Vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 2008, páginas 1009 e ss..

¹ Concebe-se a unidade do ordenamento jurídico (ainda) como um problema em face das dificuldades que uma primeira abordagem poderia suscitar, nomeadamente ao classificá-la como um “ideal” (*Ideal*), “ideia” (*Gedanken*), “ideia condutora” (*Leitgedanken*), “objectivo” (*Ziel*), “objectivo fundamental” (*großen Ziel*), “princípio” (*Prinzip*), “postulado lógico- jurídico” (*rechtslogischen Postulat*), “exigência” (*Forderung*), etc. 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.

² V., entre outros, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, *Digesta*, 2.º volume, Coimbra editora, Coimbra, 1995, 95 e ss.; “O Direito (O problema do Direito)”, in “Curso de Introdução ao Estudo do Direito” (policop.), Coimbra, 43; “Quadro das perspectivas actuais de compreensão da juridicidade” (policop.), Coimbra, 1995, 21 e ss. e 65 e ss.; “Teoria do Direito” (lições proferidas ao ano lectivo de 1998 / 1999, policop.), Coimbra, 1998, 101; e “O actual problema metodológico da interpretação jurídica - I”, Coimbra editora, Coimbra, 2003, 368 e ss.

³ V. “A unidade ...”, cit., 95.

⁴ V. BRUGGER, Winfried, “*Der moderne Verfassungstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes*”, in *AöR*, 126, 3, 2001, 354, 391 e ss.; SCHWARZE, Jürgen, “*Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?*”, in *JZ*, 1999, 13, 637-638; WAHL, Rainer, “*Elemente der Verfassungsstaatlichkeit*”, *JuS*, 2001, 11, 1042-1043; do mesmo autor, e acerca dos diversos tipos de “cláusulas de abertura”, cfr. “*Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen*”, *JuS*, 2003, 12, 1147. Em sentido bastante crítico, cfr. KIRCHHOF, Paul, “*Der deutsche Staat in Prozeß der europäischen*

constitucional, o pluralismo normativo (*rectius*: o pluralismo dos núcleos de produção normativa e a correspondente “hipertrofia e dispersão”⁶), e a inflação legislativa se podem configurar como nódulos problemáticos e parecem prenunciar, ou já atestar, um estado de patologia do Direito, cumpre fazer uma reflexão sobre o *estado de coisas* e procurar averiguar se as soluções até ao momento propostas ainda conseguem dar resposta às inquietações entretanto surgidas ou se, diferentemente, se deve procurar construir em novas bases todo o edifício da abordagem⁷.

As maiores angústias parecem surgir por via — ou por causa — do Direito da União europeia, onde o principal problema consiste em saber se as normas provenientes do ordenamento europeu comunitário constituem, juntamente com as normas do ordenamento português, um corpo unitário, no sentido de terem um fundamento comum de validade.

Como se pode ver, a colocação da questão nestes termos leva assumida a aceitação da ideia de que uma norma só *vale* se integrada num agregado mais vasto do qual faça parte (ordenamento jurídico)⁸ e já tem por contornadas ou superadas inúmeras outras, como as da aceitação da tese da *osmose de ordenamentos jurídicos*⁹ — que traz implícita a impossibilidade de estabelecimento de uma rígida hierarquia entre os respectivos actos¹⁰, atenta as dúvidas actuais acerca da titularidade da *Kompetenz-*

Integration”, in INSENSEE e KIRCHHOF (org.), “*Handbuch des Staatsrechts der BRD*”, VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, 882.

⁵ Cfr. HECKER, Jan, “*Grundgesetz und horizontale Öffnungen des Staates*” in AöR, 127, 2, 2002, 291-292.

⁶ A expressão é, nomeadamente, de SODAN. Cfr. “*Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung*”, JZ, 1999, 18, 864.

⁷ Já no plano da ciência política parecem ser as novas formas de “pluralismo de soberanias” (nas subdimensões de pluralismo democrático, auto-determinação e pactualismo político) que colocam em evidência as fragilidades do Estado actual. Neste sentido, LINDAHL, Hans, “*Sovereignty and the institutionalization of normative order*”, OxfordJLS, 2001, 21, 1, 168-170.

⁸ Assim, por exemplo, SANTIAGO NIÑO (“*Introducción al análisis del Derecho*”, 9.ª edição, Ariel, Barcelona, 1999, 102; SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*”, Nomos verlagsgesellschaft., Berlin, 1994, 159-160.

⁹ CHALTIEL, Florence, “*Droit Constitutionnel et droit communautaire*” in RTDEur, 35 (3), 1999, 402 e ss.

¹⁰ Neste sentido, e afirmando que o tão falado *primado* diz respeito apenas à aplicação normativa e não estabelece qualquer hierarquia entre as normas, FELIX, Dagmar: “*Einheit ...*”, cit., 152.

kompetenz ¹¹—; de saber se a União europeia constitui um real ordenamento jurídico ou um mero núcleo autónomo de produção jurídica (fonte de Direito) ¹²; se existe uma concorrência ou uma uniformização de ordenamentos jurídicos na Europa ¹³; ou se existe um primado ou uma preferência aplicativa do Direito europeu comunitário em relação ao Direito interno com ele desconforme ¹⁴.

E nem se pode dizer que o problema já se encontra resolvido pelo *Direito Europeu Comunitário*. Este, como é sabido, tem procurado fundar uma eventual unidade ordenamental a partir do estabelecimento de uma série de princípios perfeitamente identificáveis — aplicação directa, primado, etc. — por meio de uma *jurisprudência dinâmica* do seu órgão máximo de jurisdição. Contudo, não apenas se podem levantar dúvidas quanto à legitimidade do estabelecimento de tais princípios, como, em verdadeiro rigor, tais princípios terão mais a ver com a ideia de sistema do que com a ideia de unidade ¹⁵.

2. Porém, antes de nos debruçarmos em particular sobre o problema da unidade do ordenamento jurídico, parece-nos apropriado delimitar os ambientes jurídicos nos quais nos propomos mover. E a delimitação impõe-se, sob pena de se tornarem

¹¹ V., a propósito, e entre muitíssimas outras referências, DANVITZ, Thomas, “*Grundfragen einer Verfassungsbindung der Europäischen Union*”, JZ, 2003, 23, 1126; EVERLING, Ulrich, “*Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft*”, in JZ, 2000, 5, 220; FRANBEN-DE LA CERDA, Boris, “*Institutionelle und Konstitutionelle Aspekte der Weiterentwicklung der Europäischen Union*”, in ZPol, 2000, 2, 577; RUSCONI, E., “*Quale democrazia costituzionale? La corte federale nella politica tedesca e il problema della costituzione europea*”, in RISP, XXVII, 2, 1997, 298; SCHILLING, Theodor, “*Die deutsche Verfassung und die europäische Einigung*”, in AöR, 116, 1991, 1, 40-41, 64; WEBER, Albrecht, “*Der nationale Verfassungsstaat vor den Herausforderungen der europäischen Integration*” in MIRANDA, Jorge (org.), “*Perspectivas Constitucionais*”, I, Coimbra editora, Coimbra, 1996, 777. No que respeita a propostas de modelos competenciais v. PERNICE, Ingolf, “*Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*” in JZ, 2000, 18, 872 e ss.

¹² V. LENZ, Otto, “*Die Bundesrepublik Deutschland als glied der Europäischen Gemeinschaft – Fragen der gegenseitigen Durchdringung zweier Rechtsordnungen*”, Europa-Institut, Univ. Saarlandes, Saarbrücken, 1986, 11 e ss.

¹³ V. “*Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?*”, in JZ, 1999, 3, 105 e ss.

¹⁴ Assim, JARASS, Hans, “*Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG- Rechts*”, Carl Heymanns Vlg., Köln, 1994, 3; GEIGER, Rudolf, “*Grundgesetz und Völkerrecht*” C.H. Beck, München, 1994, 251 e ss.

¹⁵ Acerca da hipotética vinculação do legislador a princípios e ideias de orientação sistemática, V. KISCHEL, Uwe, “*Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitsatz*”, AöR, 1999, 124, 2, 177 e ss.

pretensiosas e infundadas, à luz da academia Coimbra, algumas das propostas de argumentação aqui apresentadas.

a) Em primeiro lugar, a defesa da ideia da exclusão de componentes material-substantivas necessárias da ideia de Direito. Não se trata de resgatar posturas já assumidas de total indiferença axiológica do Direito; concordamos mesmo que o Direito se encontra numa indesmentível situação pós-positivista ¹⁶, se por “positivismo” entendermos a acrítica subsunção do que é valioso ao que é válido. Contudo, um *positivismo actualizado* saberá reconhecer que *valor* e *validade*, além de serem distintos, não se confundem, pelo que é perfeitamente possível afirmar a existência de Direito válido injusto e Direito justo inválido. O que não se poderá fazer, naturalmente, é reduzir o valor à validade, da mesma forma que, no extremo oposto, não poderá um certo jusnaturalismo reduzir a validade ao valor, ao afirmar que a norma para ser válida tem de ser valiosa. Assim, a norma válida (i.é., existente, introduzida correctamente no ordenamento jurídico) será norma independentemente do seu conteúdo, das suas propriedades de justiça ou de injustiça.

Certamente que o Direito não deve ser axiologicamente neutro – deve procurar prosseguir alguns conteúdos de justiça, no quadro da *ideia de Direito* em que se insere. Contudo, repare-se que dissemos “não deve ser”, pelo que, em abstracto, deve ser deixada aberta a porta da possibilidade contrária e deve-se distinguir o Direito que deve ser e o Direito que é.

b) Ver os fenómenos jurídicos como axiologicamente neutros terá, por outro lado, consequências em relação ao sector do conhecimento que sobre eles se debruça. A ciência do direito, ou se preferirmos a jurisprudência em sentido amplo, será assim um domínio do saber que apresenta propriedades descritivas, ou essencialmente descritivas, e não propriedades valorativas ou de correcção material. Neste sentido, pode ser afirmada a existência do direito como ciência *neutral* e de pendor marcadamente positivista, que procura estudar as normas existentes num ordenamento.

¹⁶ Assim, CASTANHEIRA NEVES, “Teoria...”, cit., 125.

c) Afirmar tal, contudo, ainda é pouco, pelo que cumpre fazer uma delimitação teórica de extrema importância. Que normas são essas? As que são criadas nesse ordenamento, ou as que são nele aplicadas? Aqui, assumindo a bipartição sugerida por ALEXY ¹⁷ procuraremos acentuar 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, que 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 lhe corresponder um determinado aparato sancionatório, seja no de reflectir uma expectativa normativa de comportamento ou uma convicção íntima de obrigatoriedade).

II

3. Debrucemo-nos agora sobre a ideia de unidade.

Utilizada num sentido amplíssimo, tal ideia apela à referência a uma totalidade ordenada. Partindo-se da constatação de que um corpo é um agregado constituído pelos vários elementos que o compõem, alcança-se a ideia de unidade — neste sentido amplo, confundida com a de sistema — quando se procura concluir que tais elementos constitutivos se encontram dispostos numa relação ordenada e coerente. Trata-se, contudo, de uma perspectiva indiciadora de uma abordagem precipitada, pois, em rigor, verifica-se que dois problemas estão aqui a ser mesclados: por um lado, o de saber se os vários elementos fazem ou não parte do corpo a que julgam pertencer e, por outro lado, se eles, entre si, estão dispostos numa relação de coerência ¹⁸. Uma visão analítica da questão leva-nos a concluir que a unidade em sentido próprio — a efectiva unidade,

¹⁷ ALEXY, Robert “*Begriff und Geltung des Rechts*”, Verlag Karl Alber, Freiburg / München, 2002.

¹⁸ Vejam-se, por exemplo, as palavras de LARENZ [“*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*”, (trad. Portuguesa: Metodologia da ciência do Direito, Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 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 (...)”.

enquanto elemento que permite a *reductio ad unum* de uma diversidade — está relacionada somente com o primeiro dos problemas referidos, enquanto em relação ao segundo se deve preferir a expressão sistematicidade^{19 20}.

As duas questões, aliás, só aparentemente se deixam confundir. Centrando o discurso exclusivamente no âmbito do Direito, falar-se-á em unidade quando se pretender averiguar a natureza do nexos de pertença de uma determinada norma jurídica (a *parte*) a um determinado ordenamento jurídico (o *todo*) — ou seja, quando se indaga se essa norma jurídica dele faz parte, v.g. se preenche os requisitos de *validade* de que esse ordenamento faz depender a sua integração — enquanto se fará referência à sistematicidade quando se procura verificar se essa norma jurídica se encontra numa relação de congruência com as outras normas jurídicas, também elas parte do mesmo todo²¹.

¹⁹ Para uma noção de sistema como relação ordenada, e sem contradições, de vários elementos, v. ZIPPELIUS, Reinhold, “*Juristische Methodenlehre*”, C.H. Beck, München, 1999, 36.

²⁰ Num sentido próximo, pode-se ainda conceber a unidade como o nexos de ligação recíproca que une uma parte do ordenamento jurídico — ou um certo “domínio jurídico”, ou um certo ramo de Direito — à totalidade deste, partindo-se da consideração (evidente) que cada sector desse mesmo ordenamento não existe isoladamente, mas apenas em relação, tão harmónica quanto possível, com o resto. Por isso, afirma FELIX (FELIX, Dagmar: “*Einheit...*”, cit., 142, 143) que “*Widersprüche zwischen den einzelnen Teilrechtsordnungen sind im Hinblick auf die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung zu vermeiden*”. Esta tarefa de unificação, acrescenta (ob. cit., 144), constitui incumbência quer do legislador, quer dos aplicadores de Direito. V. também, a propósito da noção de “sistema”, KISCHEL, Uwe, “*Systembindung...*”, cit., 176.

²¹ O carácter sistémico de um ordenamento, mais do que uma característica, assume verdadeiramente a configuração de um elemento constitutivo, pois será dificilmente admissível um ordenamento no qual não existam critérios adequados de resolução dos conflitos normativos que nele surjam. Para estes efeitos, deve-se entender, por exemplo, com NORBERTO BOBBIO (BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*” in *Teoria generale del Diritto*, Giappichelli ed., Torino, 1994, 214-215) ou SANTIAGO NIÑO (“*Introducción...*”, cit., 272-273) que existe um “conflito normativo” quando se verifique a circunstância de duas normas jurídicas, pertencentes ao mesmo ordenamento, e com o mesmo âmbito de aplicação, imputarem ao mesmo caso soluções logicamente incompatíveis.

Havendo tal conflito, devem-se procurar encontrar formas de o sanar, sob pena de o conjunto de normas em que o ordenamento se materializa não assumir, como deve, carácter sistémico ou coerente. Para tal — e partindo do pressuposto de que estamos a falar de conflitos solúveis (para os conflitos insolúveis, cfr. BOBBIO, “*Teoria...*”, cit., 209) — a ciência jurídica apela a critérios vários como, por exemplo, o critério cronológico — de acordo com o qual a norma posterior afasta a norma anterior), da especialidade (“norma especial afasta norma geral”), ou hierárquico (“norma superior afasta norma inferior”).

Deve-se salientar, contudo que a eliminação dos conflitos não pode ser visto como um problema exclusivamente lógico — a lógica ajuda a encontrar conflitos, mas não os elimina, observando-se que, inúmeras vezes, os critérios acima apontados são úteis, embora não logicamente válidos. V., a propósito, BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “Sobre el concepto de Orden Jurídico”, in *Análisis Logico y Derecho*, org. BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 407.

Desta forma, embora se deva concordar com o postulado de que um ordenamento consiste numa totalidade ordenada e que todos os seus elementos devem estar em relação harmónica com o todo e em relação coerente entre si, a unidade apenas se refere à primeira destas premissas. Assim, questões como “conflitos de normas”²², “interpretação sistemática”²³ ou “concordância prática”²⁴ (e até “unidade da Constituição”²⁵) dirão menos respeito à unidade do que à sistematicidade.

4. Por aqui já se pode concluir que não está a ser feita referência à unidade do sistema (científico) de abordagem do Direito, mas à unidade deste em si mesmo, ou melhor, à unidade do ordenamento em que este se materializa. Seguimos aqui a advertência do próprio CASTANHEIRA NEVES²⁶, no sentido da distinção entre unidade do sistema de conhecimento teórico do Direito e unidade do Direito enquanto tal ou, se preferirmos, unidade sob um ponto de vista epistemológico e unidade sob um ponto de vista ontológico. É que, por exemplo, quando autores como Kelsen se referem a uma *teoria pura* do Direito, parecem estar a ter menos em vista o *Direito* em si

Em todos os casos, fala-se em sistematicidade ou em carácter sistémico e não rigorosamente em unidade. Em sentido diverso SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung...*”, cit., 372; e — no sentido da existência de uma unidade formal [horizontal (no seu duplo aspecto temporal e sistemático) e vertical] e material —, SODAN, Helge, “*Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 868 e ss.

V. ainda BOBBIO, Norberto, “O positivismo jurídico (lições de filosofia do Direito)”, ícone editora, S. Paulo, 1995, 203 e ss; ZIPPELIUS, Reinhold, “*Juristische Methodenlehre*”, cit., 37 e ss.; SAMPER, Christophe, “*Argumentaire pour l’application de la systématique au droit*”, Arc. Phil. Droit, 43, 329; e, entre nós, BLANCO DE MORAIS “As leis reforçadas. As leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos”, Coimbra editora, Coimbra, 1998, 234 e ss.

²² Cfr., SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung...*”, cit., 371 e ss..

²³ V. BLECKMANN, Albert, “*Zu Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerG*”, JuS, 2002, 10, 944; SODAN, Helge, “*Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 871.

²⁴ SODAN, Helge, “*Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 871. HESSE, Konrad, “*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*”, 20.^a edição, C. F. Müller, Heidelberg, 28

²⁵ SODAN, Helge, “*Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 871; HESSE, Konrad, “*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*”, 20.^a edição, C. F. Müller, Heidelberg, 27; INSENSEE, “*Verfassungsrecht als politisches Recht*”, in INSENSEE e KIRCHHOF (org.), “*Handbuch des Staatsrechts der BRD*”, VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, 127.

²⁶ V. “A unidade...”, cit., 161.

considerado do que a(s) disciplina(s) que sobre ele incide(m) o seu estudo ²⁷. Afirmar, neste sentido, uma teoria pura do Direito significa defender um método de investigação e de conhecimento da realidade jurídica que se desprenda de considerações extra-jurídicas, sem que a tal necessariamente corresponda uma concepção de Direito expurgada de tais considerações.

Por isso se procura deixar presente a ideia de que a correcta captação e compreensão dos problemas inerentes à unidade de um ordenamento jurídico pressupõe a assunção da distinção básica que deve ser feita entre Direito e Ciência do Direito e, naturalmente, entre objecto do Direito e objecto da ciência do Direito — o primeiro constituído por determinados padrões comportamentais humanos que constituem a referência de certos modelos (formais) linguístico-comunicacionais, e o segundo constituído pelas regras de Direito, as normas jurídicas em que esses modelos linguístico-comunicacionais se traduzem (não sendo, contudo, correcta a assunção da conclusão de que a ciência jurídica é um mero repositório das normas jurídicas vigentes, em certo momento, num determinado ordenamento; muito mais do que isso, ela, recorrendo aos ensinamentos da lógica, procura sanar os conflitos que entre tais normas se podem desencadear, criando regras de resolução de conflitos).

Note-se, aliás, que esta distinção entre objecto do Direito e objecto da ciência do Direito é de crucial importância para a aceitação ou não de juízos de valor acerca das normas e regras. Enquanto a Ciência do Direito abstém-se de formular tais valores — admitindo que uma norma não pode ser boa nem má, apenas existe, *é* uma norma —, o Direito pode formular juízos de valor acerca de determinado comportamento, permitindo-o ou proibindo-o. Daí a sua importante função prescritiva, diferente da primeira que tem uma função descritiva. Paralelamente, as proposições da ciência do Direito podem ser alvo de juízos de verdade ou falsidade, enquanto as normas jurídicas não o podem — uma norma não é, nem pode ser, verdadeira ou falsa.

A unidade do Direito (*rectius*: do ordenamento jurídico) não passará, assim, pela resposta à questão de se saber como deve o fenómeno jurídico ser abordado de uma maneira unitária — problema sério e interessante, é certo, mas que constituirá objecto de

²⁷ V., a propósito, SODAN, Helge, “*Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 866 e ss.

uma *teoria do conhecimento* e de uma abordagem epistemológico-filosófica —, mas passará antes pela consideração do factor que permite que a redução a um núcleo comum de todo o material jurídico disperso numa certa referência espaço- temporal.

5. O problema da unidade (de um ordenamento jurídico) será melhor captado se a análise do respectivo conceito for efectuada, não a partir de si mesmo, mas a partir do objecto imediato (o ordenamento) e mediato (a norma jurídica) da referência unitária.

A ideia de integração desempenha, neste particular ponto, uma importância incontornável. Qualquer norma apenas será jurídica se, em relação a ela, se verificar a existência de um nexos de ligação estrutural com um corpo mais amplo no qual se integre — um ordenamento²⁸ —, e é corrente apontar, a este respeito, dois enfoques mediante os quais um ordenamento pode ser perspectivado²⁹: (i) um enfoque sincrónico ou estático e (ii) um enfoque diacrónico ou dinâmico.

(i) De acordo com o primeiro, perspectiva-se o ordenamento jurídico num determinado momento, encarando-o como um “conjunto sincrónico de normas”. A tal conjunto, e numa identidade que na nossa óptica será de afastar, BULYGIN e ALCHOURRÓN chamam sistema jurídico³⁰. O principal nóculo problemático que se pode levantar em relação a esta visão prende-se, como está fácil de constatar, com a configuração que num dado momento esse ordenamento pode revestir, nomeadamente o problema de saber se as mudanças desse mesmo ordenamento afectam a sua identidade. É que dizer que um ordenamento jurídico é um conjunto de normas jurídicas e dizer que as mudanças que se operam, e que afectam o seu conteúdo, não afectam a sua identidade é uma contradição³¹. Cada vez que uma norma jurídica entra ou sai, o próprio ordenamento perde identidade, obtendo-se um novo conjunto, diferente do originário.

²⁸ Neste sentido, SANTIAGO NIÑO (“*Introducción ...*”, cit., 101; SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung...*”, cit., 159).

²⁹ V., por exemplo, Ricardo GUASTINI, “*Ordinamento Giuridico*”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, 419 e ss.

³⁰ V. BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “Sobre el concepto...”, cit., 397.

³¹ Neste sentido, BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos, “Sobre el concepto...”, cit., 396. V. ainda VOEGLIN, Eric, “A natureza do Direito”, Vega, 1998, 77.

(ii) Já na perspectiva do segundo, o ordenamento jurídico é encarado do ponto de vista da sua evolução temporal, não se configurando tanto como um conjunto de normas, mas antes uma sucessão de normas – uma sequência de “conjuntos sincrônicos de normas”. A esta sequência diacrónica de conjuntos normativos sincrónicos os mesmos autores chamam ordem jurídica. Esta é uma das formas de evitar os problemas levantados com o primeiro enfoque.

Ora, quando se pretende encontrar a unidade do ordenamento jurídico, a referência está a ser feita, como se compreende, à primeira destas visões. Na perspectiva ordenamental diacrónica é mais ajustada a indagação, não da sua unidade, mas da sua continuidade, formal e / ou material.

III

6. Antes de uma breve digressão teórica por alguns dos enfoques que incidiram sobre a ideia de unidade do ordenamento, estará na altura de perguntar: será todo este trabalho absolutamente necessário? Ou, por outras palavras: será a unidade um elemento constitutivo da própria noção de ordenamento — não existindo ordenamentos que não sejam unitários — ou, menos do que isso, uma sua característica típica? Deve-se, enfim, exigir unidade a um ordenamento jurídico?

Parece-nos que sim.

A fundamentação da exigência de unidade pode ser feita a partir de perspectivas distintas.

a) Por um lado, pode ser dimensionada a partir de uma reclamação do princípio do Estado de Direito, na sua vertente densificadora de exigência de segurança jurídica, especificamente através da ideia de determinabilidade na aplicação normativa ³². Esta perspectiva — que tem em vista principalmente a unidade em sentido formal — assenta na premissa de que os destinatários das normas jurídicas devem, com razoabilidade, poder prever, quer os efeitos destas, quer os efeitos das suas próprias condutas com

³² Assim, SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung...*”, cit., 377; PAPIER, MÖLLER, “*Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung*” in AöR, 122, 2, 1997, 178 e ss.

ressonância no mundo do Direito, o que passa, entre outros aspectos, pela existência de normas suficientemente claras (= isentas de conceitos obscuros e polissêmicos), densas (= sem apelo exagerado a cláusulas abertas ou discricionárias) e determinadas (= que individualizem, com precisão adequada, os seus destinatários e as situações sobre as quais incidem), e pela inexistência de contradições³³. Tal será conseguido, no quadro da perspectiva que ora analisamos, se os conceitos jurídicos forem elaborados e interpretados de uma forma, senão unitária, pelo menos aproximada, o que convoca as ideias de unidade a partir de um sistema de coerência conceitual.

Mas não apenas deste ponto de vista. Também um modelo de unidade a partir da existência de uma norma suprema ou superior pode ser útil na prossecução dos objectivos inerentes ao Princípio do Estado de Direito. Pode-se entender que a certeza na aplicação das normas jurídicas apenas será conseguida se estiver previamente dimensionada uma construção escalonada (*Stufenbau*) do ordenamento que permita, com toda a segurança, identificar — a par das diversas relações de infra e supra- ordenação (que, em rigor, dirão respeito ao carácter sistémico desse ordenamento) — a sua fonte última e avaliar do nexo de pertença (existência ou validade jurídicas) de uma determinada norma ao todo. Poder-se-á, neste contexto, afirmar com ZIPPELIUS³⁴ que a unidade do Direito passa pela ordenação de competências.

b) De acordo com um outro enfoque a unidade de um ordenamento pode ser perspectivada como uma exigência do princípio da igualdade³⁵. Trata-se aqui de procurar assegurar a ausência de contradições do ordenamento, não tanto ao nível das relações das normas entre si³⁶, mas ao nível mais elevado da procedência material do mesmo fundamento axiológico de validade. Esta perspectiva, como está claro de ver, apela principalmente à unidade em sentido material e assenta na consideração de que a

³³ SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung...*”, cit., 377.

³⁴ Cfr. “*Juristische Methodenlehre*”, C.H. Beck, München, 1999, 37.

³⁵ Neste sentido, SODAN, Helge, “*Das prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 865.

³⁶ Neste sentido (i.é, referência à sistematicidade, e não à unidade, do ordenamento), KISCHEL, Uwe, “*Systembindung...*”, cit., 175 e ss.

existência de valorações diversas para a mesma conduta gera situações de injustiça e desigualdade.

c) Pode ainda ser configurada como uma densificação do princípio democrático, nomeadamente através da exigência de que todo o poder — e, conseqüentemente, todo o Direito — deva provir do povo ³⁷. Unidade, neste sentido, será sinónimo de origem comum, de uma única entidade geradora, que convoca a existência de *uma* vontade e de *um* povo, que não pode ser constituída através de um poder exterior, mas é algo com um ineliminável substrato fáctico (através da língua e cultura) ³⁸ e que, juridicamente, se encontra naquelas situações de continuidade e identificação de poderes constituintes ³⁹.

7. Pois bem. Assente o pressuposto de que estamos a falar do problema da unidade do Direito em si mesmo, e que essa unidade é exigível, consideremos os vários enfoques que, em teoria, têm sido ensaiados para lhe conferir efectividade. Tais enfoques, provenientes de quadros de pensamento diversos, devem passar, contudo, pelo crivo de uma bipartição analítica prévia. É que, antes de tudo o mais, deve ter-se presente que pode ser feita referência a um modelo de unidade de base normativista — no qual o fundamento unificador consiste numa (outra) norma, e no seio do qual a teoria da *Grundnorm* ⁴⁰ é o expoente máximo — ou de base não normativista — onde se evitará a referência a qualquer outra norma unificadora, e remeterá antes para considerações de

³⁷ SODAN, Helge, “*Das prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 869.

³⁸ SODAN, Helge, “*Das prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 869.

³⁹ Nos ordenamentos em que se verifique uma descentralização normativa ou naqueles que se configurem como ordenamentos pluriterritoriais (federais), a unidade pode ainda ser uma exigência do princípio da unidade normativa do Estado (acerca de tal princípio, cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “*Constituição da República Portuguesa anotada*”, 3.ª ed., Coimbra editora, Coimbra, 1993, anotação ao art.º 277.º, 1002) ou do princípio federal (cfr. SODAN, Helge, “*Das prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 870), numa vinculada ligação a questões competenciais (v. GAMPER, Anna, “*Direkte Demokratie und Bundestaatliches Homogenitätsprinzip*”, ÖJZ, 2003, 12, 441). Neste quadro, o Estado federal deve limitar-se ao estabelecimento de princípios gerais e deixar os detalhes da regulação para os Estados federados, de modo a permitir uma eficácia unitária das regras para todo o território. Para tal, a normação pelo ente maior (Bund) deverá ser: necessária e adaptável às exigências de cada ente menor (Länder) (assim, RANACHER, Christian, “*Grundsatzgesetzgebung und Gemeinschaftsrecht*”, ÖJZ, 2003, 3, 89.v. também, GAMPER, Anna, “*Direkte Demokratie ...*”, cit., ÖJZ, 2003, 12, 447).

⁴⁰ V. KELSEN, Hans, “*Reine Rechtslehre*” (trad. Portuguesa: “*Teoria pura do Direito*”, 6.ª edição, Arménio Amado editora, Coimbra, 1984) e BOBBIO, Norberto, “*Teoria...*”, cit.,.

base principiológica, axiológica ou sociológica, como por exemplo, as teses apelativas de um “sentimento difuso” ou de uma axiologia transpositiva.

Não se trata, contudo, de modelos estanques e colocados em oposição um em relação ao outro. Sendo certo que representam, ou pelo menos indiciam, diferentes abordagens do Direito, não se pode deixar de reconhecer que uma teoria normativista pura deixa-se perpassar por elementos não normativos que de certa forma a mitigam; similarmente, muitas teses valorativas não se conseguem desprender da exigência de uma consagração normativo-positiva que a tornam mais flexível. Ainda assim, o carácter pedagógico da bipartição parece ineliminável e útil na compreensão do problema da unidade e das soluções que lhe são apontadas.

8. Uma das tentativas mais difundidas de resolver os problemas em questão passa por procurar a unidade de um ordenamento jurídico através do apelo a uma construção baseada numa pura coerência conceitual.

a) Parte-se aqui da consideração de que o pensamento abstractor apreende um objecto, não tendo em atenção todas as suas particularidades, mas apenas algumas notas distintivas isoladas, e destas notas formam-se conceitos aos quais se subsumem todas as realidades que as apresentem. Deste modo, vão-se formando conceitos com um grau de abstracção cada vez mais elevado e com cada vez menos notas distintivas — os conceitos abstractos, ou seja “formados de notas distintivas que são desligadas, abstraídas dos objectos em que aparecem e, na sua generalização, são isoladas, separadas, tanto umas das outras, como em relação aos objectos a que sempre estão ligadas de um modo determinado”⁴¹ —, o que tem como consequência o facto de que os conceitos mais elevados têm poucas características individualizadoras e uma alta possibilidade de subsunção, na medida em que não se torna difícil encontrar realidades que neles se revejam. Este modo de proceder tem ainda uma larga tradição no domínio do Direito privado, onde é comum a criação de “institutos” (contrato, obrigação, negócio, etc.), e de

⁴¹ Cfr. LARENZ, “*Methodenlehre...*” cit., 534.

“partes gerais” que, nos diversos diplomas normativos, compilam as regras aplicáveis a uma multiplicidade fenoménica ⁴².

Posteriormente, e em termos epistemológicos, a partir de um sistema de enunciados, faz-se uma “teoria científica”, que satisfaça as exigências da consistência e da comprovação ⁴³.

b) À luz de um modelo conceitual assim elaborado, o ordenamento jurídico será unitário quando nele não coexistam espaços de tensão motivados por diferentes interpretações do mesmo conceito ou, o mesmo é dizer, quando um conceito é interpretado de forma única nesse ordenamento (princípio da unidade terminológica, enquanto oposição do princípio da relatividade dos conceitos jurídicos - *Prinzip der Relativität der Rechtsbegriffe*) ⁴⁴. Este problema põe-se, por exemplo, a propósito da utilização de conceitos de Direito privado pelo legislador fiscal ⁴⁵. Com efeito, no momento em que as normas de imposto procuram definir os pressupostos de facto que querem sujeitar a imposição, importam muitas vezes conceitos de outros ramos de Direito, nomeadamente conceitos civilísticos (“transmissão”, “contrato”, “renda”, “salário”, etc.) e levanta-se o problema de saber qual o sentido a dar a estes últimos conceitos: se aquele que têm no sector de onde são oriundos, se um especial sentido revelado pelo legislador fiscal ⁴⁶.

⁴² Cfr. SAMPER, Christophe, “*Argumentaire...*”, cit., 337.

⁴³ V. LARENZ, “*Methodenlehre...*”, cit., 547.

⁴⁴ FELIX, Dagmar : “*Einheit ...*”, cit., 189 e 190; ZIPPELIUS, Reinhold, “*Juristische Methodenlehre*”, cit., 49.

⁴⁵ V. exemplo semelhante em FELIX, Dagmar : “*Einheit ...*”, cit., 157. V. ainda KRUSE, “*Steuerrecht*”, München, 194; CIPOLLINA, “*La legge civile e la legge fiscale*”, Pádua, 1992, 46; PISTONE, “*La giuridificazione tributaria in rapporto agli altri rami del diritto*”, Cedam, Milão, 1994, 106.

⁴⁶ A nossa Lei Geral Tributária procura, neste particular ponto, ser sensível ao postulado da unidade ao prescrever (art.º 11.º, n.º2) que “sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm”, embora acrescente logo de seguida “salvo se outro decorrer directamente da lei”.

9. Também já se tentou, por outro lado, buscar essa unidade a partir da origem ou fonte última das normas jurídicas (AUSTIN) — um legislador originário de onde emanam, directa ou indirectamente, todas as normas — ou numa norma suprema que institua uma lógica de dominação jurídica. Procura-se, com tais construções, encontrar numa norma de natureza superior — ora hipotética (KELSEN), ora empírica (HART) — a pedra de toque da *reductio ad unum* de todo o material disperso que compõe um ordenamento jurídico. Todas as normas que deste fazem parte encontrarão naquela norma o seu fundamento último de validade, em termos de se afirmar que ela constitui, em relação a si, um factor de unificação fundante e fundamental ⁴⁷. 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 que não preconiza uma teoria pura, mas contextualizada historicamente ⁴⁸ —, a *Grundnorm* atribui ao poder constituinte, entendido como a fonte das fontes ⁴⁹, a faculdade de produzir normas jurídicas, pelo que a unidade pode encontrar-se numa conjugação do princípio da hierarquia normativa e das reservas e atribuições competenciais. Assim, um ordenamento, mais do que um mero conjunto, significa um conjunto ordenado de normas (estritamente jurídicas), unificadas por uma norma a todas comum.

10. As propostas até agora expostas para se encontrar um factor de unidade num ordenamento jurídico podem-se considerar “formais” ou axiologicamente neutras, pois independem totalmente de considerações de correcção material em relação ao conteúdo das normas jurídicas. Mas também já se ensaiaram tentativas (“materiais”) de buscar essa unidade a partir de tal conteúdo.

É o que se passa, designadamente, com a consideração da unidade como exigência de existência de uma ordem unitária de valores ou de apreciação unitária da

⁴⁷ KELSEN, Hans, “*Reine...*” cit., 37.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto, “*Teoria...*”, cit., 176 e 182 e ss..

⁴⁹ BOBBIO, Norberto, “*Teoria...*”, cit., 182.

ilicitude ⁵⁰. Na sua formulação mais simples, significa este enfoque que *unidade* representa a exigência de uma única valoração global vinculativa para todo o ordenamento, não devendo neste ser encontrados juízos diferentes acerca dos factos e actos que contrariam as normas existentes. Em termos práticos: o que for válido para um sector do ordenamento não pode ser inválido para outro ⁵¹. As palavras de KIRCHHOF parecem-nos, para ilustrar este segmento de raciocínio, paradigmáticas ⁵²:

“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”.

Exemplo similar ao acima apontado pode aqui ser referido, a propósito das relações que se estabelecem entre o Direito Fiscal e o Direito Criminal, nomeadamente em sede de resolução do problema da tributação de rendimentos derivados de actividades e actos ilícitos. Pretende-se a este propósito convocar o princípio da unidade do ordenamento para sustentar a ideia de que não devem existir contradições entre as soluções de um ramo de Direito e de outro. Dito de outro modo: se as normas criminais proibem e condenam determinadas condutas, fazendo delas tipos de ilícito, não se poderá admitir que o Direito Fiscal, a despeito de tais valorações negativas, e em patente contradição com elas, as aceite e reconheça, tributando os rendimentos delas derivados.

⁵⁰ 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*”, in JZ, 2001, 7, 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.

⁵¹ FELIX, Dagmar : “*Einheit ...*”, cit., 159.

⁵² V. “*Unterschiedliche ...*”, cit., 8.

Pense-se, por exemplo, nos juros derivados de um contrato de mútuo usurário — condenado em termos criminais — sujeito a imposto sobre o rendimento ⁵³.

Do mesmo modo, se no Direito Civil reconhecemos a prescrição da nulidade como sanção típica do contrato celebrado sem a forma legalmente exigida, não poderá *a posteriori*, vir o fisco reclamar o pagamento do imposto por uma eventual transferência da propriedade. Enfim, violaria a unidade a admissão da ideia de que, existindo uma norma jurídica que valora negativamente determinado facto (v.g., criminalizando-o) — e por via disso expressasse a desaprovação pela violação de um interesse relevante protegido —, se “reutilizasse” ⁵⁴ esse mesmo facto para dele arrancar um provento que iria ser o pressuposto do imposto ⁵⁵.

11. Procuremos provisoriamente concluir. A partir de tudo quanto já foi dito — e mesmo que se aceite que o ordenamento não é um bloco indivisível (SCHMIDT: *ungeteilter Block* ⁵⁶), mas pode ser “compartimentado” em categorias jurídicas abstractas, em núcleos competenciais ou domínios de vida — pode-se sem esforço buscar uma síntese que passe pela consideração de que é possível, além da consideração normativa ou não normativa, encarar a unidade de um ordenamento jurídico de duas maneiras, ou utilizando dois distintos conceitos de unidade: a unidade formal e a unidade material ⁵⁷. A primeira procurando fundamentar-se a partir de elementos axiologicamente neutros e alheando-se de considerações de correcção material; a segunda, por seu lado, apelando à identidade de opções valorativas no ordenamento e à correcção e justiça das suas escolhas.

⁵³ Como se sabe, o legislador não foi sensível a esta argumentação e consagrou expressamente a regra da tributação dos “rendimentos ilícitos” (art.º 10.º da LGT).

⁵⁴ PARLATO, “*Considerazione sulla tassabilità dei proventi derivanti da attività illecite*”, in DPT., I, LXIII, 6, 1992, 2215.

⁵⁵ POLLARI, Nicolò e GRAZIANO, Giuseppe, “*Ancora sulla vezata quaestio della tassazione dei proventi da illecito e — in particolare — delle «tangenti»*”, in *Il Fisco*, 24, 1994, 5833.

⁵⁶ In “*Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?*” apud FELIX, Dagmar : “*Einheit ...*”, cit., 162, (nota 130).

⁵⁷ FELIX, Dagmar : “*Einheit ...*”, cit., 162, 163.

IV

12. E, em particular, CASTANHEIRA NEVES? Como encara o pensador da academia coimbrã este problema jurídico (-constitucional) da unidade do ordenamento?

O edifício de pensamento do autor assenta as suas bases numa marcada crítica à unidade *a priori*, na medida em que uma concepção deste jaez terá por objectivo a figuração material e plástica do ordenamento jurídico — mediante uma construção marcada pela *sistematicidade*, onde se procura encontrar uma coerência lógica (sistémica consistência), e pela *completude*, admitindo-se exclusivamente processos de auto-integração — em termos puramente analíticos e descritivos e não em termos materiais e constitutivos. Desta forma, pode-se dizer que a principal crítica a esse apriorismo reside no facto de que se desinteressa da intenção material do jurídico e, por isso, “deixa sem critério a realização do direito, remetendo-a (...) para um ideológico decisionismo – para a «política» (...)”. Deste modo, “renuncia à dimensão da justiça sem que, todavia, a segurança se veja melhor assegurada”⁵⁸.

As críticas são direccionadas particularmente para os segmentos de pensamento positivistas – normativistas⁵⁹. Considerando o Direito como objecto e não como problema (sempre em aberto) — “o direito que é” —, tais modos de ver incorrem numa “dupla demissão”⁶⁰: por um lado, alheiam-se do juízo axiológico e prático, impondo um raciocínio de lógica formal e, por outro lado, alheiam-se da realidade histórico- social. A racionalidade assumida por esse normativismo remete para a razão teórica (isto é, uma razão objectivo-cognitiva na referência; sistemático-constructivista na intencionalidade), e a solução jurídica dos litígios tem de se fazer por mera aplicação subsuntiva e lógica da norma, “sem nenhuma mediação normativo-juridicamente constitutiva”. E nem de outra forma poderiam pensar, pois admitir o contrário seria admitir que o Direito aplicado não existiria ainda totalmente no sistema — daí se dizer que os problemas que o Direito

⁵⁸ Assim, CASTANHEIRA NEVES, “A unidade...”, cit., 160.

⁵⁹ CASTANHEIRA NEVES, “Teoria...”, cit., 100, 110 e ss.

⁶⁰ *Id.*, *ibid.*, 100.

conhece são apenas aqueles que determinado sistema pode conhecer ⁶¹ —, o que constituiria uma contradição insanável.

13. Por conseguinte, à unidade de um ordenamento jurídico — continua CASTANHEIRA NEVES, no âmbito da sua “teoria crítico-reflexiva” ⁶² — “só pode corresponder um sistema aberto e de *reconstrução dialéctica*” ⁶³, tendo ela como referente a consciência jurídica geral, enquanto conjunto de princípios que traduzam o sentido e a validade fundamentantes do direito, no momento histórico em que o problema se põe (“no nosso momento histórico-cultural”) ⁶⁴. Tal visão sistemática material parte da consideração de que a intenção de fundamentação de validade subjacente a um qualquer ordenamento passa por um processo de contínua reconversão (“reconversão de intencionalidade”), após se ter corporizado numa “experiência problemática” e que encontra na realização do Direito o seu “momento nuclear” ⁶⁵. Vale isto por dizer que não apenas “o objecto problemático-capital do pensamento jurídico deve deixar de pôr-se na

⁶¹ CASTANHEIRA NEVES, “Teoria...”, cit., 112.

⁶² *Id.*, *ibid.*, 45, 51.

⁶³ CASTANHEIRA NEVES, “A unidade...”, cit., 171.

⁶⁴ Em virtude da sua eminente heterogeneidade, essa mesma consciência jurídica geral densifica-se em três níveis de intencionalidade normativa:

(i) em primeiro lugar, surge um nível caracterizado por alguma mutabilidade e que é o reflexo de um conjunto de escolhas mais contingentes, produto, portanto, de opções motivadas pela oportunidade momentânea. Trata-se dos princípios normativos e critérios jurídicos positivados no direito vigente;

(ii) em segundo lugar, surge um estrato composto por realidades jurídicas subtraídas à contingência da mutabilidade histórico-intencional (v. “A unidade...”, cit., 176.), em que a escolha e a valoração assumem um papel extremamente reduzido, falando-se em “princípios normativo-jurídicos fundamentais”, que constituem elementos irrenunciáveis da juridicidade.

(iii) finalmente, surge o mais indisponível núcleo de material jurídico, que tem como referente a incontornável ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do conjunto de princípios que apontam para um “absoluto pressuposto de sentido axiológico” (*idem*, 177) e fundam o próprio sentido comunitário.

Neste particular, o ordenamento jurídico (sistema) como que encontraria em si a solução para os seus próprios problemas, pois as rupturas que se verificassem no primeiro nível — v.g., normas positivadas “injustas” — seriam controladas pelo segundo e as rupturas que se encontrassem no segundo seriam controladas pelo terceiro.

Em conclusão, a unidade rever-se-ia 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).

⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, “Teoria...”, cit., 115.

norma para se pôr antes no *caso concreto decidendo*”⁶⁶, mas também que o sistema jurídico realiza-se e constitui-se em círculo: se é pela realidade que os princípios se realizam, é pelos princípios que a realidade se fundamenta⁶⁷ - os princípios direccionam-se à realidade (intenção de realização) e a realidade procura rever-se nos princípios (intenção de constituição). Este processo dialéctico encontra a sua superação pela problemática constituição de novos princípios, em que, de novo, os princípios se procuram direccionar à realidade, podendo, por isso, dizer-se que o direito é uma “intenção axiológico-regulativa em diálogo problematicamente normativo com a realidade social que o solicita e em que é vigente e se cumpre”⁶⁸.

14. Daqui resulta a estratificação tripartida (a famosa tridimensionalidade —*facto*, *valor* e *norma* — nas palavras de MIGUEL REALE⁶⁹) da realidade jurídica, materializada em outros tantos “momentos”⁷⁰:

- (i) um momento de subjectividade do sistema, reflectido nas opções valorativas e nos princípios. Trata-se do “momento em que a intenção axiológico-normativa se assume e, portanto, o momento verdadeiramente normativo ou de regulativa validade fundamentante”;
- (ii) um momento de objectivação, corporizado nas normas prescritas e “elaboração racionalmente normativa da dogmática doutrinal”; e
- (iii) um momento conclusivo ou de síntese, composto pela realidade jurídica em que o direito se cumpre.

O Direito não é assim objecto ou pressuposto — como, por exemplo, o parecerá preconizar KELSEN —, mas acto histórico⁷¹, ou, se preferirmos, não é tão só objecto, mas também sujeito.

⁶⁶ CASTANHEIRA NEVES, *Id., ibid.*, 115.

⁶⁷ CASTANHEIRA NEVES, “A unidade...”, *cit.*, 173.

⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, *Id., ibid.*, 174.

⁶⁹ V. as “Lições preliminares de Direito”, Almedina, Coimbra, 10.^a edição, 1982, 64.

⁷⁰ CASTANHEIRA NEVES, “A unidade...”, *cit.*, 172.

⁷¹ CASTANHEIRA NEVES, “A unidade...”, *cit.*, 173.

Parece que podemos encontrar aqui alguns pontos de contacto com a concepção acima exposta de unidade como exigência de apreciação unitária da ilicitude.

V

15. A partir, nomeadamente, da exigência de segurança jurídica, procurou-se justificar a necessidade de existência de um ponto referencial comum e de um fundamento unificador da multiplicidade jurídica. Vejamos agora em que pode consistir esse elemento que permite a *reductio ad unum* de todo o material normativo existente num ordenamento.

Como estamos a buscar a unidade de um agregado de normas — ou melhor, de vários sub-agregados de normas (constitucionais, legais, regulamentares) — parece que se deve aceitar que tal *quid* unificador deverá ser procurado fora do agregado maior (o ordenamento) e não dentro dele. Caso contrário, estaríamos a procurar o elemento de união dentro da realidade que se pretende unir, sendo que o mesmo é dizer que, num organismo biológico, o órgão que procura unir é um dos próprios órgãos unidos. Significa isto, por conseguinte, que o elemento de unidade de um ordenamento jurídico não pode consistir numa norma desse mesmo ordenamento, nomeadamente não pode consistir, como já se pretendeu, numa norma constitucional ou na própria Constituição (una ⁷²) em si. Esta — emoldurada pela ideia de constitucionalidade (i.é., normatividade da Constituição, primado da Constituição e controlo autónomo da constitucionalidade ⁷³) — será apenas mais um dos elementos que se pretende unir e não o factor de unidade, e a sua fundamentação não pode ser feita “intra- sistematicamente” mas a partir de agregados mais elevados ⁷⁴.

⁷² A propósito de um princípio de unidade da Constituição, enquanto reflexo da necessidade de interpretar e aplicar as normas constitucionais no respeito da totalidade ordenada daquela v., por exemplo, PETERSMANN, E.- Ulrich, “*Die Verfassungentscheidung für eine völkerrechts-konforme Rechtsordnung als Strukturprinzip der Schweizer Bundesverfassung*”, in in AöR, 115, 4, 1990, 543.

⁷³ V. WAHL, Rainer, “*Elemente...*”, cit., 1042 e ss.

⁷⁴ VOEGLIN, Eric, “A natureza do Direito”, cit., 77.

16. Em que consistirá, então, tal factor?

Se quisermos encontrar um fundamento de unidade que tenha natureza jurídica e que não se deixe enredar em factores de ordem sociológica ou axiológica, parece-nos que ele passará pela referência a uma *norma fundamental*. Naturalmente que estamos aqui a trazer à análise um conceito de norma fundamental que se manifeste como ponto aglutinador de uma multiplicidade e não como uma norma que institua uma lógica de poder ⁷⁵.

Uma das suas principais tarefas é a de criação de unidade (*Einheitsstiftung*) ⁷⁶, ou seja procurar aglutinar, numa espécie de vértice, todos os sub-agregados de normas existentes no ordenamento, constituindo simultaneamente o pressuposto de todas elas. Tal apenas será conseguido se lhe forem reconhecidas três importantes e indissociáveis dimensões:

a) Em primeiro lugar, uma dimensão de natureza formal, significativa da ideia de que todos os requisitos normativos de natureza não valorativa — isto é, orgânicos, formais e procedimentais — têm nessa norma suprema o seu fundamento último. A norma jurídica que se quer integrar será aprovada pelo parlamento, pelo governo ou por

⁷⁵ A compreensão de uma norma dessa espécie, todavia, não será correctamente adquirida, nem a sua natureza adequadamente dimensionada, se não tivermos presente uma noção operativa de validade. Assim, ALEXY, Robert, “*Begriff und Geltung...*”, cit., 42, 153; BOBBIO, Norberto, “O positivismo...”, cit., 136 e ss.; KELSEN, Hans, “*Reine...*” cit., 292; HART, Herbert, “The concept of law” (trad. Port. “O conceito de Direito”, Fund. C. Gulbenkian, Lisboa, 111 e ss.); SANTIAGO NIÑO, “*Introducción...*”, cit., 101 e ss.; SCHILLING, Theodor, “*Rang und Geltung...*”, cit., 159. Entende-se tradicionalmente por validade de uma norma jurídica a sua pertença a um ordenamento [o que não quer dizer que se confunda com o termo “existência”, em face da conotação eminentemente naturalística deste último termo - cfr. KELSEN, Hans, “*Reine...*” cit., 294; 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]. Uma norma é válida quando é criada de acordo com o ordenamento relativamente ao qual tem a *pretensão de validade*, isto é, quando é criada de acordo com o órgão competente, e de acordo com a forma prescrita. O problema, porém, é que este conceito de validade já pressupõe a existência de uma validade prévia, pois ao fazer apelo ao “órgão competente” e à “forma prescrita” já traz insita a ideia de que o estabelecimento de tal órgão e de tal forma não poderiam ter sido feitos sem uma norma prévia, relativamente à qual se teria, também, de indagar a sua validade. Ora, a melhor forma de superar esta circularidade é através da introdução da noção de *norma fundamental* (assim, ALEXY, Robert, “*Begriff und Geltung...*”, cit., 155) que desta forma se configura como a norma que fundamenta a validade (isto é, a pertença) de todas as normas de um ordenamento jurídico, excepto ela mesma.

⁷⁶ Acerca de tais tarefas, ALEXY, 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 Oxford JLS, 1998, 18, 1, 155 e VOEGLIN, Eric, “A natureza do Direito”, cit., 73.

um ente local; será lei, decreto ou regulamento; e será elaborada de acordo com um *iter* específico, e não qualquer outro, se tal for previsto pela norma superior que a autoriza, que, por sua vez, terá sido introduzida no ordenamento de acordo com as prescrições da norma que lhe é superior, até chegarmos à norma última de todo o agregado. Trata-se, como se pode ver, de trazer à colação a já referida ideia de validade, a maior parte das vezes — embora não necessariamente — cristalizada na Constituição e subjacente à qual está a perfeita delimitação da titularidade da competência das competências.

b) Em segundo lugar, a norma fundamental deve ser observada. Não contradizendo o que expusemos até agora, reconhece-se, mais uma vez, razão a CASTANHEIRA NEVES quando este coloca a “experiência problemática” no centro dos problemas jurídicos. Se bem que nos pareça difícil de sustentar que é, em absoluto, na realização do Direito que encontramos o “momento nuclear”⁷⁷ deste, e que “o objecto problemático-capital do pensamento jurídico deve deixar de pôr-se na norma para se pôr antes no *caso concreto decidendo*”⁷⁸, não podemos deixar de aceitar que à norma há-de corresponder uma eficácia mínima 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;

c) Mas, além disso, a norma fundamental não deve (embora possa) apontar apenas para factos empiricamente constatáveis como a validade e a eficácia das normas, pois, se o fizer — e aqui, uma vez mais, concordamos inteiramente com CASTANHEIRA NEVES —, não identifica plenamente o Direito, mas apenas o Direito conforme ao ordenamento e eficaz. Por isso, deverá essa *Grundnorm* ter igualmente uma pretensão de correcção material⁷⁹, associada, por exemplo, às ideias de justiça ou de igualdade⁸⁰, exigindo das normas que queiram pertencer àquele ordenamento um conteúdo que a elas vá de encontro.

⁷⁷ CASTANHEIRA NEVES, “Teoria...”, cit., 115.

⁷⁸ *Idem, ib.*

⁷⁹ V. ALEXY, Robert, “*Begriff und Geltung...*”, cit., 168.

⁸⁰ SODAN, Helge, “*Das prinzip der Widerspruchsfreiheit ...*”, cit., 871.

17. Mas qual será, em particular, o conteúdo da própria norma fundamental? Assumindo que ela deve ser observada, o que pretenderá ela impor a todos os actores jurídicos?

Ora, na medida em que se está a tratar do conteúdo de uma norma hipotética sobre a pertença de outras normas a um agregado ao qual aquela preside, o seu conteúdo há-de ter por referencial tais normas e, atentas as dimensões acima assinaladas, passará pela seguinte formulação:

- se uma norma (i) foi correctamente criada, (ii) é socialmente eficaz, e (iii) tem uma pretensão de correcção material, deve ser obedecida.

Significa isto que a validade de uma norma, isto é a aferição do seu nexo de pertença a um ordenamento não exige apenas, como a visão Vienense pura, componentes de natureza orgânica-autorizativa, em termos de se dizer que esse nexo existe quando a produção jurídica tiver sido efectuada de acordo com o escalão superior que lhe sucede; também não bastará dizer, por exemplo com os realistas escandinavos e até certo ponto com o próprio CASTANHEIRA NEVES, que a pedra de toque se encontra na eficácia das normas ou na susceptibilidade de elas serem aplicadas; finalmente, será também insuficiente a remissão para pautas de valoração ou para conteúdos axiológicos pré-determinados.

A concepção de uma norma fundamental nos moldes descritos, mais do que procurar um compromisso estéril entre três visões extremas, procura evitar os seus excessos, tentando abarcar o que todas elas têm de útil na tarefa de procura e identificação do Direito.

VI

Em conclusão, o que dizer acerca da unidade do ordenamento jurídico, em face dos problemas apontados inicialmente?

Em primeiro lugar, que a unidade do ordenamento jurídico português será constituída por uma norma de natureza fundamental, supra-positiva e pré-positiva, que

representa o fundamento unificador comum de todas as outras; depois, que tal norma terá um conteúdo constituído por uma exigência formal (“as normas devem ser correctamente criadas”), fáctica (“as normas devem ser socialmente eficazes”) e material (“as normas devem ter uma pretensão de correcção material”); finalmente, deve ser dito que, se tais exigências estiverem cumpridas, as normas que constituem a referência da norma fundamental em causa não só integram o ordenamento jurídico português como formam com as restantes normas que cumpram essas exigências um corpo unitário.

Aplicando tais conclusões àquele que parece ser o maior núcleo problemático actual, dir-se-ia: se a norma proveniente (dos órgãos legítimos) da UE (i) foi introduzida no ordenamento português da forma adequada — i.é., mediante os esquemas e as cláusulas de integração constitucionalmente previstas —; (ii) é socialmente eficaz — ou seja, é geralmente reconhecida pelos aplicadores de Direito — e (iii) tem um conteúdo justo, ou pelo menos uma pretensão nesse sentido, fará parte do ordenamento jurídico português⁸¹, e forma, juntamente com as normas internas (e outras, como eventualmente as internacionais e as de direito material estrangeiro que possam ser pontualmente convocadas), uma unidade.

⁸¹ No sentido de que as normas de Direito Europeu comunitário formam uma parte do ordenamento jurídico dos estados- membros, v., por exemplo, SÁNCHEZ, Nicolás, “*Concepto y ambito de «ordenamiento nacional» ante las relaciones entre los ordenamientos nacional y comunitario*”, in “*La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*”, I, Min. Justicia e Interior, Madrid, 1995, 437.