

A CRISE DO DIREITO (*)

por José H. Saraiva
Advogado

II

Ordenamento, Coerência e Crise

11. *Indicação da sequência.* 12. *O ordenamento jurídico.* 13. *Determinação dos planos ordenamentais.* 14. *Os planos ordenamentais e o nosso direito positivo.* 15. *Valores, conceitos, regras, comandos de aplicação.* 16. *Dinâmica inter-ordenamental.* 17. *Reflexões sobre a Teoria Pura do Direito.* 18. *Validade e coerência sistemática.* 19. *A coerência como critério do jurídico.* 20. *Metodologia decorrente dos pressupostos admitidos.*

11. Procurei, numa primeira aproximação ao problema, traçar uma síntese das interpretações que numerosos juristas têm formulado sobre esse conjunto de factos, mudanças, sintomas e tendências a que se costuma chamar *crise do direito*.

Interpretações de juristas, mas não propriamente interpretações jurídicas, pois que a questão, como salientei, tem sido principalmente examinada sob os pontos de vista das relações do direito com a moral, ou do direito com a política, ou do direito com as estruturas económico-sociais que lhe estão

(*) Continuação de p. 91.

na base, mas não sob a forma de uma análise interna dos próprios valores jurídicos, de uma inspecção ao comportamento daqueles conceitos e categorias que, no seu conjunto, parecem constituir o tutano cultural da ideia e da ciência do direito.

Ora ao jurista importa sobretudo situar e examinar o problema não fora mas dentro do direito. Para isso não pode deixar de se começar por definir, com a possível exactidão, aqueles conceitos e aquelas categorias; é um trabalho prévio em relação ao da análise da crise, mas suponho-o indispensável; essa vai ser pois a tarefa desta segunda parte do nosso trabalho.

Antes de entrar no assunto tenho de pedir a benevolência de todos. As páginas que vou ler são fastidiosas e a muitos se hão-de afigurar confusas. Concorre para isso uma dupla razão: a natureza da matéria, que é de si mesma difícil, e a minha insuficiência em face dela, porque reconheço que, apesar de me ter esforçado por isso, não consegui aperfeiçoar a minha exposição até ao ponto de a tornar tão simples e tão clara como conviria. Desejo ser eu o primeiro a fazer essa acusação, porque nenhuma qualidade é mais prezada que a da clareza. Estou persuadido de que não há nada tão difícil que não possa ser dito por um modo claro, e penso que quem assim não procede se torna pelo menos suspeito de pretender esconder alguma coisa: ou mascara a simpleza do próprio pensamento com a intencional complicação dos termos que rebusca para o exprimir, ou, o que ainda é pior, tenta ocultar com a cortina de palavras enigmáticas as incoerências de que tem plena consciência.

No meu caso, devo dizer que a intenção era boa; o que me faltou foi o tempo.

12. A crise do direito é uma crise do ordenamento jurídico. Mas, se bem repararmos, esta frase que leio no pequeno sumário que para meu próprio governo elaborei, não chega a ser uma afirmação. É uma tautologia; é como quem dissesse que a crise do direito é a crise do direito, visto que nesta frase

o termo direito está, precisamente, utilizado no sentido de ordenamento jurídico.

Não deixa porém de ser certo que, apesar desta sinonímia, há muito tempo que se diz *o direito*, e há relativamente pouco que se diz *o ordenamento*. Ordenamento jurídico é uma expressão de agora, que os nossos professores importaram, e não há muito, do vocabulário dos institucionalistas italianos. E sabe-se como os juristas são conservadores. A sua tendência é sempre a de respeitar na medida do possível as alfaías tradicionais e importar apenas o que verdadeiramente faz falta. Há, também, as importações do snobismo intelectual, mas essas duram pouco e nunca chegam a generalizar-se precisamente porque nasceram mais do luxo que da necessidade. O conceito de ordenamento jurídico entrou de vez na nossa doutrina, e o seu uso tornou-se tão corrente que não podemos deixar de o considerar definitivamente instalado. Alguns escritores, mais esquivos a neologismos, continuam a dizer *ordem jurídica*, mas a verdade é que mesmo esses dão a essa expressão o sentido de conjunto institucional; porque este conjunto visa um fim específico, parece realmente preferível chamar ordenamento ao sistema, e ordem jurídica ao limite, ou meta ideal, para o qual o ordenamento tende e em vista de cuja realização foi instituído.

Porquê dizer, porém, ordenamento jurídico se, em virtude da sinonímia das palavras, se poderia muito mais simplesmente dizer *o direito em vigor*? Quem fizer a si mesmo esta pergunta não encontrará senão uma resposta. Direito em vigor é conceito limítrofe do de direito positivo, e a ideia de direito positivo está rigorosamente demarcada pelo ensino positivista: «o direito positivo não é outra coisa senão o direito vigente em cada país, o direito objectivo constituído em Lei pelos competentes órgãos do Estado»⁽¹⁾

(1) Tal é a definição que se encontra em JOSÉ TAVARES: *Os princípios fundamentais do direito civil*, Coimbra, 1922, p. 44; mas em qualquer obra congénere da mesma época, ou ainda de períodos mais recentes, se poderiam encontrar definições de teor equivalente.

Ora quando se fala em ordenamento quer significar-se mais que isso. O ordenamento é um conjunto significativo, não uma conjunção resultante da vigência simultânea; é uma totalidade sistemática, não uma coincidência fortuita. Talvez, simplificando aliás muito as coisas, se pudesse dizer que todo o direito positivo cabe na 1.^a série do Diário do Governo; mas creio que nenhum jurista aceitaria fazer a mesma afirmação quando referida ao ordenamento jurídico. Leis de diferente grau, que vão desde os preceitos programáticos da Constituição às regras hermenêuticas brotados da ciência ou da experiência e da singela postura vicinal, construções dogmáticas, procedi-que se institucionalizam mediante a repetição constante, decisões judiciais e resoluções administrativas, estatutos e contratos, tudo isso faz parte do ordenamento e contribui, embora evidentemente em grau diferente, para a síntese final que é a ordem jurídica.

E não é apenas isso o que constitui o ordenamento. Esses são os seus elementos componentes, mas não bastam para definir a realidade ordenamental. Porque esses elementos não se dispõem ao acaso nem se limitam a coexistir numa simples adição, como os centímetros numa fita métrica: bem pelo contrário, organizam-se segundo um plano imanente ao sistema, e esse plano pode, em certo sentido, ser comparado ao plano de uma construção material, dentro ou fora do qual os mesmos elementos serão entulho ou edifício.

A importância desse plano global para a unidade e significação de cada ordenamento é evidente, e não pode ser negada em virtude do facto de não se achar descrita nas injunções do direito positivo. Mas essa omissão deve ter contribuído provavelmente para o facto de durante muito tempo os juristas terem consagrado a sua atenção unicamente ao estudo dos materiais normativos, desinteressando-se da contemplação dos conjuntos, com inevitável prejuízo da elaboração científica do direito.

Cada ordenamento está modelado segundo um plano e, se bem que não existam ordenamentos idênticos, é possível agrupar os planos ordenamentais segundo as suas características

basilares. Há, por exemplo, uma enorme distância entre os ordenamentos que incluem o princípio *the judge made law*, e aqueles em que uma estrita legalidade envolve os actos do juiz: é a mesma distância que separa o racionalismo europeu do empirismo que tradicionalmente caracteriza o pensamento inglês⁽²⁾. Igualmente profunda é a diferença entre os ordenamentos de substância personalista e os que concebem o Estado como o instrumento de realização de algum ideal transpessoal. Racionalismo e personalismo são, a meu ver, os traços que identificam os ordenamentos do tipo romanista, entre os quais se inclui o nosso.

13. A linha mais geral à qual obedecem os ordenamentos deste tipo pode traçar-se a partir da ideia de que a função do direito é a de disciplinar as relações sociais com referência àquelas noções de valor cujo acatamento comum está na base da existência da comunidade. É a disciplina jurídica que realiza a integração recíproca dos planos da realidade e do valor, e isso através de um sistema de comandos de diferentes naturezas, sistema que tanto se pode descrever a partir do valor nara a realidade, como em sentido inverso.

A imposição daquela disciplina às relações que os homens mantêm entre si efectiva-se através de actos individualizadores: decisões judiciais e resoluções administrativas. Trata-se de verdadeiros comandos jurídicos, que em certo aspecto se devem considerar criadores de direito, mas que não produzem, antes reproduzem, o teor geral normativo que aplicam. Por detrás dos comandos de individualização está pois uma outra ordem de realidade normativas, a qual, nos sistemas do tipo

(²) Esta aproximação entre a diversidade dos sistemas jurídicos e a dos sistemas filosóficos tem sido salientada por vários autores: Lord MACMILLAN: *Deux manières de penser*, in *Introduction à l'étude du droit comparé* (Recueil Lambert) II, p. 3 ss.; BUCKLAND and MC NAIR: *Roman Law and Common Law*, Cambridge, 1952; R. DAVID: *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950. Em português, *A certeza do direito e o «judge made law»*, in *Scientia jurídica*, n.º 63, p. 243 e ss.

que estamos a considerar, é constituída pelo conjunto dos enunciados formais e abstractos, isto é, pelas regras de direito positivo.

Mas o direito não se esgota nesse segundo nível, precisamente porque as regras do direito positivo não são comandos originários, fontes iniciais da essência jurídica. São, pelo contrário, instrumentos para a realização de algo que fica fora e para além deles, e essa situação de instrumentalidade implica uma conexão da regra do direito positivo com o valor, a qual se realiza através de um plano intermédio, constituído pelos conceitos jurídicos e pelos princípios gerais do direito. A função destes é, fundamentalmente, a de articularem e tornarem coerentes aquelas duas zonas da realidade de forma a permitir que o direito cumpra a sua essencial função de imprimir os padrões de valor que estão na cúpula do tecido das relações que estão na base. Os conceitos sobem da lei até ao valor, assegurando a plenitude lógica do ordenamento; os princípios parecem descer do valor às leis, para as impregnarem de significação valorativa.

Por fim estão os valores. Estes não são noções jurídicas em sentido técnico, mas realidades do mundo da cultura que se projectam na vida de relação através dos juízos de valor. Não são noções construídas pelo Direito, porque são anteriores ao Direito; mas sem elas é incompreensível não apenas a existência do jurídico em si, como também a configuração das grandes instituições em que o direito se desdobra. O direito modela-se sobre tudo quanto é humano e a vivência metafísica é uma forma do humano que o direito não ignora, precisamente pela sua plena referência existencial. Pode-se discutir — e há séculos que os homens o vêm discutindo — qual seja a natureza desses valores: se reflexos da *lex divina*, se imperativos categóricos da razão, se sublimadas cristalizações da experiência. O racionalismo e o sociologismo jurídicos dependem precisamente da posição que se tomar nessa querela. Não se trata porém já de um problema jurídico, e não são os juristas que têm de o equacionar e resolver. Mas dessa incompetência em razão da matéria fez o positivismo derivar um erro: o de que para os

juristas não existem outros valores além dos da lei. Ora o facto de o problema da natureza do valor não competir ao jurista não autoriza por forma nenhuma a conclusão de que ele possa deixar de reconhecer a existência dessas primeiras matrizes do jurídico na medida em que elas funcionam como elementos juridicamente relevantes. E essa relevância não pode ser ignorada. Os valores jurídicos comandam, através dos princípios que deles decorrem e que só neles se legitimam, os enunciados formais das leis, e através destas os actos de aplicação das normas às situações concretas da vida, chegando assim, por meio desse sistema de capilaridade, a penetrar em toda a disciplina da vida social, impregnando-a de significação teleológica. ⁽³⁾

14. Como se sabe, foi a dogmática positivista e o culto do texto legal que levaram os juristas a não prestar atenção senão a um destes planos — o dos enunciados formais, apresentando-o como se nele se esgotasse toda a realidade jurídica: a lei é fonte de direito, não é o direito que é fonte da lei ⁽⁴⁾. Tem por isso algum interesse mostrar que, em relação ao nosso ordenamento, mesmo através da aplicação do método positivista da exegese do texto legal, se pode chegar a concluir o infundado daquela posição.

⁽³⁾ A concepção de ordenamento que expomos encontra-se explanada com maior desenvolvimento nas nossas *Lições de Introdução ao Direito*, p. 225 e ss.

⁽⁴⁾ Num livro que mereceria ser mais conhecido, o professor francês M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE propõe o neologismo *jurístico* para crismar essa perversão do jurídico: «o espírito jurístico é o espírito jurídico nitidamente transviado e levado até ao seu paroxismo. Surgem-nos como uma variedade assaz curiosa do primarismo filosófico no qual a generalização apressada, o *parti pris* da abstracção sumária e a preocupação exclusiva da lógica formal e dedutiva se reúnem ao gosto profissional da chicana paciente e meticulosa, da estreita exegese, do esmiuçar dos textos, para constituir o mais falso e o mais perigoso dos instrumentos de investigação científica. Desde de que um homem de direito esteja bem embebido nisso, está imunizado contra todo o ataque do real, contra toda a irrupção dos factos no palácio fechado em que

As disposições do direito que mais interessam para este efeito são as do art. 110 do Estatuto Judiciário e art. 16 do Código Civil. Diz a primeira: «1. A magistratura judicial tem por missão julgar em harmonia com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer, e fazer executar as suas decisões. 2. Os juizes não podem deixar de aplicar a lei sob o pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta; nas suas decisões devem atender ao carácter geral e abstracto da norma legal, concorrendo para a uniformidade da jurisprudência. 3. O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juizos de valor legais, mesmo quando se trate de hipóteses não especialmente previstas; o juiz não pode recusar o julgamento com fundamento na obscuridade ou na falta da lei, desde que o caso sujeito à apreciação jurisdicional deva ser juridicamente regulado».

A segunda das disposições citadas é a que contém o cânone fundamental da interpretação da lei civil, e todos a conheceremos de cor: «Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos análogos prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso».

A noção de comando jurídico que é possível construir a partir destas duas disposições é indubitavelmente mais ampla que aquela que na tradição positiva se atribui ao conceito de regra jurídica. No art. 110 do E. J. a norma legal é definida como um *comando geral e abstracto*, e situada num nível qualitativamente diferente daquele em que se encontra a actividade do juiz. É dessa diversidade de planos que resulta que a aplica-

a sua fantasia o retém cativo. Mesmo que um choque brutal entre os acontecimentos e a sua teoria lhe possa recordar por um momento que há no mundo algo mais que os seus sistemas, a sua quietude não será perturbada e responderá com serenidade que, se a realidade exterior parece desmenti-lo, é porque a realidade se engana, porque ele tem, incontestavelmente, razão de direito» (*La crise du sens commun dans les sciences sociales*, Paris, 1934, p. 98).

ção da lei se deva fazer com completa impermeabilidade em relação à opinião que o juiz possa ter formado sobre o valor moral ou o conteúdo de justiça da norma.

O n. 2 do artigo prevê o caso de a lei parecer imoral ou injusta ao juiz. E podem dar-se duas hipóteses: tal persuasão pode ser infundada e proceder só de defeito do juiz, que pode ver a árvore e não ver o bosque; mas pode igualmente ser fundada, e traduzir uma constatação objectiva e demonstrável de um defeito da lei, de uma falta de coerência entre o teor do comando geral e o comando de valor que fica além da lei. Quando, dentre estas duas hipóteses a segunda seja a verdadeira, a lei é uma lei errada e carecida de correcção e não há dúvida de que, se o juiz fosse admitido a praticar a correcção, se poderia obter, no caso concreto, a solução mais justa.

Como explicar pois a proibição terminante do n. 2 do art. 110? Creio que precisamente pela diferença dos planos em que se encontram as duas espécies de comandos jurídicos e pela relação que entre tais planos tem de existir: o plano dos comandos-regras, gerais e abstractas, e o plano dos comandos de aplicação tendo estes últimos a validade jurídica dependente não da medida de justiça que conseguem efectivar mas da estrita conexão lógica com a regra abstracta a cuja aplicação se destinam.

Da análise deste trecho do preceito legal colhe-se portanto a distinção nítida que separa os dois primeiros tipos de comando que integram o ordenamento; para simplificar, chamaremos a uns comandos regras, a outros comandos de aplicação.

O juiz tem de obedecer à lei; mas este dever de obediência à lei compreende o dever de respeitar os juízos de valor legais, mesmo *quando se trate de hipóteses não especialmente previstas*. Julgo que o alcance deste comando não é o de estabelecer um critério de integração das lacunas através dos juízos de valor, mas sim o de que os juízos de valor têm de ser respeitados e comandar a aplicação da lei, tanto nos casos em que a hipótese esteja expressamente contemplada como naqueles em que possa não o estar. Mas isto representa que, por detrás dos comandos-regras, existe alguma outra realidade que tem de ser

tomada em consideração na aplicação do direito. A essa outra realidade se chama, nesta disposição, juízos de valor. Tal interpretação é reforçada pelo facto de, no n. 2 do art. 110, se impor o dever de respeitar o comando-regra. Se ao n. 3 se atribuisse igual alcance, tratar-se-ia de inútil redundância da lei. Aliás a existência de comandos legais para além dos enunciados formais do direito positivo resulta, com toda a clareza, do art. 16. do Código Civil. O espírito da lei e os casos análogos são as coordenadas mediante as quais, na geografia do direito, se determina o lugar dos conceitos, categorias que a lei não refere, ou pode não referir, mas a doutrina constrói, e que têm precisamente a função de assegurar a plenitude normativa do ordenamento. Os princípios do direito natural são o último plano de comandos de que o direito positivo faz menção; os nossos juristas inclinam-se para atribuir à expressão o sentido de princípios gerais do direito ⁽³⁾, mas esta expressão é ainda mais equívoca que a do texto; do que não se pode duvidar é de que se trata de comandos jurídicos que se situam ainda além do plano dos conceitos pois que só quando os conceitos não possam integrar a lacuna é que será lícito recorrer aos princípios.

Invoquei estes textos apenas no intuito de documentar como, mesmo dentro de uma metodologia positivista, tem de se

(³) No mais recente estudo publicado no nosso país sobre os problemas da interpretação da lei, interpreta-se a parte final do art.º 16.º num sentido mais compreensivo: «tais princípios são aqueles que informam cada ramo da ordem jurídica, e a própria ordem jurídica na sua totalidade. Não os define, por via de regra, o direito positivo. É ao intérprete que cabe determiná-los, induzindo-os (de acordo com a escola dogmática, e com as diversas correntes em que se cinde o positivismo jurídico) das normas vigentes; ou deduzindo-os (de harmonia com as concepções jusnaturalistas) das exigências da justiça natural. O acto de repensar estes princípios, ao mesmo tempo que são ponderadas as circunstâncias peculiares do caso concreto, habilita-o a imaginar uma norma congruente com o sistema formado pela ordem jurídica, e adequada à natureza dos factos (ARMANDO M. MARQUES GUEDES: *Interpretação, aplicação e integração das normas jurídicas*, Lisboa, 1963, p. 13). A última afirmação, sobretudo, parece-me digna de ser meditada.

reconhecer a pluralidade dos planos que formam a estrutura do ordenamento, pluralidade essa que explica a diferente natureza dos comandos em que o ordenamento se analisa.

15. Sistematizando estas noções vemos que os comandos jurídicos, que são uma espécie em relação ao género normas de conduta, se podem subdividir em quatro grandes grupos: comandos-valores, comandos-conceitos, comandos-regras, comandos de aplicação.

Os comandos-valores são os imperativos mais gerais, os enunciados das finalidades superiores a cuja realização o ordenamento jurídico se destina; são eles os juízos jurídicos da máxima generalidade, e como já vimos, refletem-se na disciplina das condutas mas de um modo mediato, e por isso mesmo a sua imperatividade não é normalmente experimentada pelos destinatários das normas jurídicas ⁽⁶⁾.

Os comandos-conceitos são as construções jurídicas, as noções basilares das várias instituições, e de um modo geral todas as ideações formadas por via indutiva a partir das regras e por via dedutiva a partir dos valores, constituindo a primeira espécie a dos conceitos propriamente ditos, a segunda a dos princípios. São comandos de segundo grau, e encontram-se subordinados aos comandos-valores; a sua acção não incide directamente sobre as condutas, mas sobre as regras, visto que são os comandos-conceitos que permitem definir a extensão e compreensão dessas regras, que lhes aclaram o sentido e lhes comandam a aplicação. Além dessa função, desempenham uma outra, que se pode denominar de função de suplência em re-

⁽⁶⁾ Só excepcionalmente o comando-valor existe explicitado sob a forma de regra de direito positivo; é, segundo supponho, o caso das normas programáticas das Constituições doutrinárias. Talvez esse carácter excepcional explique o retraimento da doutrina em considerar tais regras como verdadeiras regras jurídicas. Trata-se na verdade de comandos de um outro plano, e a sua função própria não é a de actuarem sobre as condutas, mas sobre os conceitos que estão na base da legiferação.

lação aos comandos-regras: quando se apresentem situações não previstas nos comandos-regras, é aos conceitos que pode ter de se recorrer para integrar as lacunas.

Os comandos-regras encontram-se perante os comandos-conceitos numa relação semelhante àquela em que estes estão para com os comandos-valores: constituem a planificação dos princípios em função das condutas. Um mesmo princípio jurídico comanda, ou pode originar, várias regras cujo fim é obter a efectivação dos princípios nas condutas. O comando-regra tem uma dupla função: mediata e imediata. Na regra enuncia-se um teor obrigatório com o qual os destinatários se devem conformar. A situação normal é a do acatamento, e em tal caso penso que se pode dizer que a regra comanda directamente a conduta. Na hipótese de recusa de cumprimento por parte do destinatário, é ainda a regra que comanda a conduta, mas agora de modo mediato, visto que a comanda através da actividade do Juiz ou da autoridade administrativa, e é esta actividade a que, de um modo directo, impõe a obediência ao comando-regra.

No último escalão ficam os comandos de menor generalidade: os actos de aplicação do direito. São ainda comandos jurídicos autónomos e como tais criadores de direito. Mas a substância normativa autónoma que neles reside é apenas constituída pelos elementos individualizadores. O seu papel é o de aplicar às condutas individuais o teor geral dos comandos superiores; mas pelo facto da aplicação esse teor geral transforma-se num teor concreto e particular, e o que o juízo da regra perdeu em extensão, ganhou-o em compreensão ao transformar-se em juízo da sentença.

16. É porém necessário esclarecer que esta perspectiva decrescente que vem desde o plano dos valores até ao dos actos do juiz não é um elemento ordenamental objectivo, mas apenas um ponto de vista subjectivo de quem descreve. O mesmo conjunto pode ser olhado da base para o vértice, subindo desde as condutas até às últimas valorações. A opção entre os dois métodos de ver depende da tomada de posição em problemas

que ficam fora do âmbito destas páginas; o jurista sociólogo preferirá a via ascendente e tê-la-á como a única legítima, por ser a que está de acordo com as raízes sociais do direito; o jusnaturalista, pelo contrário, afirma que só a primeira posição é válida, porque o direito é, fundamentalmente, uma realização de valores nas circunstâncias. Trata-se de discussão que se situa fora do plano jurídico, e o conhecimento do objecto desta controvérsia não é indispensável para a compreensão da estrutura interna do ordenamento.

Questão afim, mas esta já de ordem estritamente jurídica, é a que consiste em saber como se articulam entre si os vários planos do ordenamento, qual a geratriz da sua validade e qual o cimento da sua unidade sistemática. É, certamente, uma questão especulativa, mas através da qual se fixa a significação do direito e se identifica a substância do jurídico. E esta é já causa que a todos respeita, não apenas como juristas mas também como homens, visto que as leis que comandam a nossa vida reflectem, no teor dos seus preceitos, a concepção que o legislador tenha acerca do que seja o direito.

Não é este o lugar para historiar as numerosas doutrinas que se propõem resolver aqueles problemas. Sabe-se como, entre as correntes antigas, a que assumiu maior relevo foi a concepção que S. TOMÁS DE AQUINO construiu a partir da distinção entre os três planos da *lex divina*, *lex naturalis*, *lex humana*, doutrina que esteve na base de vários séculos de fecundo pensamento jurídico e no nosso tempo foi reactualizada pelos movimentos neo-jusnaturalistas. Dentre as doutrinas modernas, a que maior ressonância encontrou foi a Teoria Pura do Direito, de Kelsen, a qual concebe o direito como um sistema de formas cujo valor não depende do conteúdo, e cuja plena juridicidade não pode portanto ser afectada pelas contradições que apresente com a moral, com a ideia de justiça ou com quaisquer outras realidades do plano da natureza.

17. Relembro como o formalismo de Kelsen parte da distinção entre *ser* e *dever ser*, entre o *sein* e o *sollen*. Distinção absoluta: mundo das normas e mundo da natureza são subs-

tâncias separadas, e é em consequência dessa separação que o fundamento da validade de uma norma tem de estar em uma outra norma anterior, em um anterior *dever ser*, e nunca num *ser* pois que do *ser* não pode brotar o *dever ser*. A base da construção está, portanto, no conceito de identidade da substância.

Compreende-se assim que a validade e a natureza jurídica de uma determinada norma implique a validade de uma norma anterior, e assim sucessivamente. É bem conhecido o exemplo de Kelsen: o verdugo decepa à machadada a cabeça do sentenciado: porque é isto válido, e não um brutal assassinato? porque, por detrás do gesto do carrasco está a sentença do juiz. Mas do juiz, que mandou matar, porque se diz que agiu juridicamente, e não que foi o autor moral do homicídio? Porque por detrás do juiz está o rigor dos preceitos do Código Penal. Mas o Código Penal? Esse retira a sua validade do facto de ter sido votado por um órgão ao qual a Constituição deu o poder de fazer leis. E a Constituição? A Constituição será válida, por ter sido estabelecida pela forma prevista por outra Constituição anterior. Tal Constituição anterior também há-de ter tido um ascendente válido, e assim sucessivamente.

Esta Escada de Jacob há-da porém ter algum limite. E isso obriga a supor um ponto originário, que é um conceito lógico e já não um facto histórico, isto é, que pode nunca ter acontecido mas nós temos de admitir como necessário momento genético de toda a validade posterior. A esse primeiro elo da cadeia do jurídico temos de o supor válido por si mesmo, pois que resulta da própria forma como a questão foi posta que não existe qualquer anterior validade que se lhe possa ter comunicado. Tal validez por si mesmo, escreve Kelsen, é uma suposição do nosso espírito. Mas não é uma suposição gratuita ou que pudesse ser pensada por forma diferente; é antes um pressuposto absolutamente necessário, visto que sem ele não se poderia explicar toda a posterior validade normativa.

É a esse suposto primeiro elo que, na terminologia de Kelsen, se designa por norma fundamental, ou *Grundnorm*, con-

ceito que, como se sabe, desempenha função basilar em toda a construção científica do grande mestre de Viena (').

Não me envergonho de confessar a dificuldade que sinto em compreender esta teoria, mesmo que lhe não atribua outro valor que o de simples método operacional de explicação. Estamos num círculo de estudo, e não parecerá mal que cada um exponha as suas dúvidas. A que desde logo me assalta o espírito é se não existirá contradição entre esta *suposição* da validade em si mesma da primeira norma e a utilidade explicativa de tal primeira norma: pois se, quando não existe uma fonte de validade anterior, me é permitido admitir a norma considerada como válida por si mesma, para quê referir toda a realidade jurídica a uma hipotética norma anterior em vez de, muito simplesmente, a admitir como válida por si mesma?

Afigura-se-me também que, desde que se adopte como ponto de partida o princípio da identidade da substância, esse princípio terá forçosamente consequências mais vastas que aquelas que Kelsen dele extrai, e precisamente essas conse-

(') Qual é o fundamento da validade destas normas que regulam a criação das normas gerais, determinando por quais órgãos e mediante que processo devem ser criadas? Respondendo a esta questão, chega-se talvez à Constituição mais antiga, ou, por outras palavras, funda-se a validade da Constituição estatal do momento, invocando que ela foi estabelecida em conformidade com as disposições de uma Constituição estatal anterior, que saiu de uma modificação operada conformemente a essa Constituição, portanto conformemente a uma norma positiva posta por uma autoridade jurídica; mas seguindo por essa via, chega-se finalmente a uma Constituição que é historicamente a primeira, que não nasceu pela forma que acaba de ser caracterizada, e cuja validade não pode já ser ligada a uma norma positiva criada por uma autoridade de direito — uma Constituição que entrou em vigor por forma revolucionária, isto é, ou por violação da Constituição precedentemente em vigor, ou por uma esfera que, anteriormente, não era domínio de validade de uma Constituição estatal e de uma ordem jurídica repousando sobre ela. Pergunte-se então enfim qual é o fundamento da validade dessa Constituição historicamente primeira, isto é, da Constituição que não nasceu por via de modificação constitucional de uma Constituição precedente. Se por um lado nos recordarmos que nos abstermos provisoriamente de

quências tornam impossível a conclusão que dele se pretende tirar. Se a substância é intransmutável e tem de permanecer idêntica a si mesma, então não se segue apenas que o *sein* não se possa transformar em *sollen*, que o *ser* não se possa converter em *dever ser*; segue-se igualmente, e com a mesma necessidade, que a existência *como ideia* não se possa transmutar em existência *como realidade*. Ora quando se diz que, por exigência lógica, tenho de ter a ideia de uma norma anterior a todas as demais, para em seguida concluir que é essa norma que explica a validade jurídica, estou a passar do plano da consciência para o plano do real, estou a atribuir existência fora do espírito aquilo cuja necessidade só ficou provada como exigência do espírito.

A *Grundnorm* é, na verdade, concebida por KESLEN como algo de que o espírito sente a falta para explicar a realidade normativa, mas logo a seguir aparece afirmada como um postulado dessa mesma realidade. Ora postular é afirmar uma objectividade, é admitir algo como existente exteriormente a nós; aliás, só como realidade normativa exterior ao espírito a *Grundnorm* pode ter a pretensão de explicar e fundamentar

tomar em consideração a existência de um direito internacional, e se por outro lado renunciarmos a reportar a validade da Constituição e a validade das normas criadas em conformidade com ela a uma norma que teria sido posta por uma autoridade metajurídica, como Deus ou a Natureza — então não haverá senão uma resposta possível: a validade desta Constituição, o seu carácter de norma obrigatória, devem ser supostos, admitidos como hipóteses, se se quiser que seja possível interpretar os actos estabelecidos em conformidade com as disposições como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os actos praticados em aplicação dessas normas jurídicas gerais, como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas. É preciso, com absoluta necessidade, que esta hipótese seja uma norma, visto que só uma norma pode ser o fundamento da validade de uma outra norma; mas não será uma norma estabelecida por uma autoridade jurídica, mas uma norma suposta, isto é, uma norma que se supõe se se reconhece à significação subjectiva quer do acto constituinte, quer dos actos criadores das normas estabelecidas conformemente à Constituição, o carácter de significação objectiva» (*Teoria pura do direito*, trad. franc., Paris).

a validade dos ordenamentos existentes, pois que estes ordenamentos existem, evidentemente, como realidades objectivas.

Ora esta passagem do ideal para o real parece-me contraditória com a base ontológica do sistema, que está, como já vimos, no princípio da identidade da substância. É, a meu ver, um vício de tipo semelhante àquele que KANT denunciou no célebre argumento de SANTO ANSELMO que, do facto de ter a ideia de Deus como um ser perfeito, concluía a existência objectiva, pois que a inexistência é uma forma de imperfeição.

Por outro lado, a única razão que, segundo Kelsen, obriga a conceber a *Grundnorm* como existente, é a necessidade de explicar a validade e unidade dos sistemas jurídicos. Cito uma passagem da *Teoria Pura*: «a validade da primeira constituição, o seu carácter de norma obrigatória, devem ser supostos, admitidos como hipóteses, se quisermos interpretar os actos estabelecidos em harmonia com as suas disposições como actos de criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas» (*). E isto parece-me conduzir a um círculo vicioso: a validade e unidade dos ordenamentos têm como único suporte a validade da uma primeira constituição; mas a afirmação de validade dessa primeira constituição também tem um suporte, o qual não é outro senão a validade do ordenamento, pois é a validade deste que obriga a supor a tal validade originária. O facto de Kelsen afirmar que a validade da *Grundnorm* reside nessa primeira norma, não foi recebida de fora, não resolve o problema e nem essa afirmação se pode considerar correcta. Na lógica não há tempo nem há espaço. Reconhecer que a validade da primeira norma é uma necessidade decorrente do valor jurídico dos ordenamentos actuais, é o mesmo que admitir que a primeira norma também não se justifica por si mesma: apenas se substituiu o fundamento de uma validade anterior, pelo fundamento de uma validade posterior. Se assim é, o problema pode ser posto nestas palavras: a juridicidade dos ordenamentos actuais só se explica pela validade de uma

(*) *Idem*, 265.

norma anterior, mas a validade dessa norma anterior só se supõe em virtude da validade dos ordenamentos actuais. Ora isto lembra muito aquele tipo de argumentação utilizado, por exemplo, por certos fidalgos que apoiam a certeza da sua fidalguia no facto de provirem de avoengos que não podem ter deixado de ser fidalgos, visto que são antepassados seus. Ou — numa imagem preferível porque mais simples — é a ponte suspensa de pilares que se suspendem da própria ponte. Há nisto uma flagrante petição de princípio.

A *Grundnorm* atribui-se, porém, no sistema da Teoria Pura, uma outra função: ela não serve só para explicar a validade formal das normas, mas também para fundamentar a unidade formal e lógica dos ordenamentos. Se da ponte descermos agora ao rio, podemos dizer que, do mesmo modo que não é possível imaginar um rio sem nascente, também não poderemos conceber um ordenamento jurídico sem uma primeira fonte normativa; ora, pois que há várias fontes, há também vários rios, e é a diversidade da suposta origem normativa que explica não só a pluralidade dos ordenamentos, mas também a unidade interna de cada um deles: estes não são justaposições ocasionais e contingentes mas sistemas lógicos, porque todas as suas partes componentes derivam de uma mesma fonte normativa, e nela vão em última análise beber a essência da sua validade. É pois uma explicação *lógica*, mas que tem muita afinidade com as explicações genéticas de tipo histórico; e há nela algo que sugere, transferida ao direito, a teoria de DURKHEIM sobre a unidade clânica: o que está na base do clã é a suposta descendência de um antepassado comum.

18. Compreende-se a audiência encontrada por esta construção vigorosa e aparentemente evidente: a cada rio uma fonte, de cada fonte o seu rio.

Mas também este aspecto da Teoria Pura apresenta dificuldades que não sei se poderão ser, dentro dela, resolvidas. É que eu posso pensar a ideia de rio sem uma primeira fonte, ou a ideia de ordenamento sem *Grundnorm*, visto que nenhuma fonte pode em si conter um rio, nenhuma fonte *explica* o rio.

O que já não conseguiria era pensar o rio independentemente de a água de muitas fontes se ter relacionado por forma a definir um caudal comum. A localização da origem pode fazer parte da história natural do rio, mas o que serve para lhe definir a função e a natureza não é esse ponto originário, mas a relação permanente que se estabeleceu entre esse e muitos outros pontos.

Saindo da metáfora, mas continuando a pensar segundo a linha que com ela se exprimia, pode dizer-se que na verdade o ordenamento jurídico tem uma natureza própria, e que a validade formal e a unidade lógica do sistema são aspectos necessariamente ligados a tal natureza. Mas não se sente com a mesma evidência que tais caracteres fiquem explicados pela simples referência a determinado ponto anterior, suposto antepassado cujo cromossoma se viesse transmitindo através das gerações e dos degraus da normas, imprimindo nelas o semblante da juridicidade e agrupando-as, como se fossem famílias, em grandes conjuntos sistemáticos. Parece-me que um tal tipo de explicação é puramente aparente e que implica uma *coisificação* do que não é senão relativo, ou, talvez com mais rigor, uma atribuição da natureza de entidade substancial, existente *a se*, a algo que se torna muito mais inteligível quando interpretado de modo puramente relacional.

Não vejo que algum motivo obrigue a admitir que a razão de ser da validade e unidade lógica do ordenamento tenha de se explicar pela referência a um ponto situado fora do ordenamento, ou a um momento anterior de génese jurídica. Pelo contrário, quando olhamos com espírito realista um ordenamento determinado, e pretendemos explicá-lo sem ser por referência a algum direito natural, a intuição imediata é no sentido de que a juridicidade substancial e o correlativo valor formal das normas não lhes foram comunicados de fora, mas nasceram e residem dentro do próprio ordenamento, são-lhe imanescentes, estão nele, de certo modo, como a resistência está na viga, em todos os pontos da viga e em nenhum mais que em qualquer outro. A validade jurídica não é uma luz que irradie de uma norma de natureza especial e se comunique às outras partes

do sistema, como a luz do sol aos planetas solares, mas sim uma relação do tipo da que existe entre os pontos do círculo, uma relação que entre todas as normas dos vários graus se estabelece ou deve estabelecer, para que elas se revistam do atributo da juridicidade no seu duplo aspecto material e formal.

Certamente o problema, como todo o problema, comporta outras dimensões e pode ser enunciado em termos completamente diferentes: o absoluto direito pode ser referido a valores de uma outra ordem, buscando-se a inteligibilização do problema num plano transcendental. Em última análise a ideia de direito radica na ideia absoluta de dever, e esta tem a sua explicação no facto de que o Homem, criatura de Deus, tem consciência dos imperativos e dos caminhos que resultam da sua natureza duplamente terrena e sobrenatural. É este o fundo de uma importante direcção da filosofia jurídica contemporânea, através da qual se reactualiza a concepção tomista do Direito. E, para quem procure alicerçar o fenómeno jurídico na rocha firme de um absoluto, não vejo que outra solução se possa deparar mais válida.

Mas esse é já um outro lanço da questão. O direito, como toda a obra do espírito, tem a sua mecânica, a sua lógica e a sua metafísica, e comporta explicações válidas dentro de cada um desses planos, explicações que não se contradizem precisamente porque se situam em pavimentos diferentes da existência mental (*). E eu pretendo intencionalmente restringir-

(*) Toda a realidade comporta vários tipos de explicação; veja-se, por exemplo, a análise feita por V. VAN DIKE, in *Ciencia política: un análisis filosófico*, Madrid, 1962, cap. III. É sugestivo o exemplo dos fenómenos linguísticos, que se podem explicar em termos fonéticos, sintáticos e semânticos, correspondentes aos três planos fundamentais da explicação mecânica, lógica e metafísica, cada um dos quais não dispensa os restantes. Relativamente ao direito, a explicação mecânica situa-se ao nível do direito positivo, a explicação lógica ao nível da ciência do direito, a explicação metafísica ao da filosofia do direito. Suponho que só quando se apresente a explicação lógica como única

-me ao plano lógico, por modo a poder atingir soluções cuja aceitação não fique dependente da posição assumida por cada um em face das interrogações fundamentais da existência.

Ora a relação intra-ordenamental que parece gerar o valor das normas, que nos leva a senti-las como verdadeiro direito ou como injunções abusivas ou erradas, é a da harmonia do conteúdo e forma do comando em relação ao conjunto normativo no qual o comando se integra. Não pretendo inovar nomenclaturas, mas suponho que a palavra *coerência* nos pode servir, melhor que qualquer outra, para exprimir aquela relação.

19. Não me esqueço de que uma objecção que poderia ocorrer no espírito de muitos seria a de que a validade que a *Grundnorm* explica, e aquela que o conceito de coerência poderia servir para explicar, são validades diferentes. A palavra é só uma, mas as realidades que ela traduz são duas: no primeiro caso validade formal, no segundo validade puramente material. Ora se, como o Kelsenismo afirma, a forma jurídica é completamente independente do conteúdo material da norma, e só a forma é, em si mesma jurídica, teria de se admitir a conclusão de que uma pretensa explicação que só se poderia utilizar para justificar a validade material, e nunca a forma, do direito, não explicaria afinal coisa alguma ⁽¹⁰⁾.

explicação válida se poderá ser qualificado de positivista lógico ou de neo-positivista, porque só então se negará legitimidade à metafísica jurídica; fora disso, as pesquisas lógico-jurídicas não são incompatíveis com as posições jusnaturalistas. Porque me parece que o traço mais identificador do positivismo jurídico é a negação do direito natural, não posso concordar com o ilustre Professor CABRAL DE MONCABA, quando qualifica por aquela forma a minha posição filosófica. (V. *Neo-positivismo e ciência do direito*, in *Estudos filosóficos e históricos*, I, p. 320 e ss., e *Para a história da filosofia em Portugal no século XX*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 1960, p. 8).

⁽¹⁰⁾ Durante um dos debates, o problema foi posto em termos diferentes, e estabeleceu-se o paralelo entre aquilo a que chamamos o conceito de coerência e a *Grundnorm*, para se concluir pela desnecessidade

Não julgo porém nem que a forma e a matéria do direito, o valor formal e o valor material, sejam realidades independentes, nem que se possa dizer que a relação de coerência seja apenas fecunda como explicação da validade material, nada tendo que ver com valor formal.

É um facto de observação corrente o de que o valor material se reflecte sobre o valor formal. Nos sistemas de direito costumeiro, essas duas espécies de valor não podem sequer distinguir-se, e o desuso, que é a consequência directa da perda do valor material da regra como instrumento normativo, representa igualmente a perda do valor formal. Na fase do direito escrito, qualquer que seja o valor material que a comunidade atribua ao comando, a vitalidade formal mantém-se, em princípio, até à revogação expressa, e isso em virtude do próprio carácter de generalidade das regras, cuja vigência não poderia

daquela conceito, uma vez que ele vem a desempenhar uma função idêntica à que cabe à norma fundamental do sistema kelseneano: identificar o jurídico e definir a unidade sistemático-jurídica. Sem dúvida. A diferença está em que, através da elaboração do conceito de coerência, aqueles resultados obtêm-se sem se cair na perigosa distinção entre a forma e o conteúdo do direito, distinção inevitável dentro da lógica da Teoria Pura: «Uma norma jurídica não é válida porque tenha um certo conteúdo [...] é válida porque foi criada de uma certa forma, e, mais precisamente, em última análise, de uma forma que é determinada por uma norma fundamental, norma suposta; é por essa razão, e por essa razão somente, que ela faz parte da ordem jurídica cujas normas são criadas conformemente a essa norma fundamental. Daqui segue-se que todo o conteúdo, qualquer que seja, pode ser direito. Não existe conduta humana que deva ser excluída, em razão do seu fundo, da possibilidade de se tornar conteúdo de uma norma jurídica. E também se não pode negar que uma dada norma jurídica seja válida ou recusar reconhecer a sua validade, invocando que o seu conteúdo contrariaria o de outra norma que não faz parte daquela mesma ordem jurídica sob cuja norma fundamental repousa a validade da norma em questão.» (*Teoria pura*, ed. cit., p. 261) Sobre o problema das relações ético-jurídicas em Kelsen, é muito importante o ensaio do professor CABRAL DE MONCADA: *Novos horizontes filosófico-jurídicos do após-guerra*, in *Estudos filosóficos*, 421.

ficar dependente do juízo que os destinatários entendam formular acerca delas.

Mas isso não autoriza, a meu ver, a que se considerem o valor formal e o valor material como realidades independentes, e, sobretudo, não consente a perigosa tese de que qualquer conteúdo possa revestir forma jurídica, qualquer violência arvorar-se em direito.

O que nós verificamos quando observamos a realidade é que a perda do valor material de uma regra jurídica implica na grande maioria dos casos — e portanto tem como *efeito normal* — a perda do valor formal. Os milhares de actos de revogação de lei que preenchem a história do direito provam isso mesmo: a lei foi revogada (isto é, perdeu o seu valor formal) precisamente porque já não possuía valor material ⁽¹¹⁾.

Há, sem dúvida, os casos de retardamento, como aliás exis-

⁽¹¹⁾ O problema da correlação entre as duas formas da validade constitui o tema de um estudo de grande profundidade do Dr. ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO: *Vigência e temporalidade do direito*, publicado nos vols. XIX e XX do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. A coincidência entre as referidas formas é a essência da juridicidade: «Com o momento de encontro entre a norma promulgada, que o texto escrito conservou e trouxe até ao presente, e o homem, que no presente está obrigado a descobri-la e a adoptá-la, surge a fase mais impressiva do fenómeno da vigência: pois é então que, mediante o acto de repensar o texto legal, o «espírito objectivo» pode vir a receber do intérprete a consciência de si mesmo, a auto-reconhecer-se, e por consequente, a conduzir à espontânea aceitação da norma promulgada. Quando isto sucede, a sensibilidade jurídica dominante continua a poder reutilizar a norma como fonte das suas reacções — portanto a senti-la vigente, a senti-la como se fosse a sua epiderme — e a heteronomia do querer supra-individual do Estado funde-se com a autonomia do querer individual. Quando isto deixa de se produzir, debalde pode o Estado, recorrendo ao aparato coactivo, manter pela força a norma promulgada: doravante já ninguém a consegue reviver como vigente — e a observância dela passa a ter o colorido de uma mera sujeição a um acto de força. Cessando a vigência da norma, fica apenas a nua heteronomia da autoridade estadual que calca o presente vivo com o passado morto» (*loc. cit.*, XX, 155-6).

tem também exemplos de normas cuja validade formal nunca foi acompanhada de uma validade intrínseca. Mas esses casos não são a regra, mas a excepção, e talvez sirvam menos para revelar a natureza do jurídico que para documentar a presença daquela margem de erro que é inerente a toda a obra humana.

A regra é, indubitavelmente, a de que quando o conteúdo de uma norma se revela incoerente dentro do conjunto de um sistema, a validade formal dessa norma atinge também o seu fim. Ora quando dois valores variam entre si com tão estreita concomitância, não se pode pensar que se trate de realidades independentes. Pode, sim, haver dificuldade em descobrir a lei que preside à correlação flagrante; mas, por causa dessa dificuldade, concluir pela negação da correlação, parece-me que é falsear o próprio tutano da realidade. A Teoria Pura do Direito, ao afirmar dogmáticamente que o conteúdo e a forma jurídicas são essencialmente independentes, e que a essência do jurídico está unicamente no valor formal, comete, a meu ver, aquele falseamento.

Não me parece aliás válida a objecção de que a relação de coerência explique apenas o valor material das normas, sendo irrelevante para a determinação do seu valor formal.

Se examinarmos os sucessivos escalões dos comandos jurídicos, descobriremos, em primeiro lugar, que a apreciação jurisdicional de qualquer acto de aplicação do direito consiste na formulação de um juízo sobre esse mesmo acto: coerência em relação ao comando-regra que se applicou, e coerência em relação aos actos do mesmo escalão normativo. No primeiro caso, a falta de coerência tem como efeito necessário a anulação da decisão; a segunda das mencionadas formas de coerência é a que se pretende garantir através dos diversos meios de unificação jurisprudencial previstos nos sistemas de direito positivo. No caso português, o meio usado é, como se sabe, o recurso para o Pleno, espécie esta de procedimento impugnatório que não tem por fundamento a ilegalidade da decisão recorrida, mas tão somente a sua incoerência com os casos paralelos.

Se considerarmos o plano dos comandos-regras, encontramos igualmente a coerência sob aquela dupla forma horizontal

e vertical, e em um e outro caso vemos que a falta de coerência afecta o valor formal, visto que tem o efeito de afastar a imperatividade de normas formalmente válidas. Se a incoerência está na relação entre a regra subordinada e a regra subordinante (caso, v. g., de contradição entre o regulamento e a lei), pode a destinatário da norma subordinada impugnar o comando contido na regra incoerente e, se na respectiva discussão contenciosa conseguir demonstrar a incoerência, a norma viciosa não lhe será aplicada, não obstante conservar toda a sua validade⁽¹²⁾

O instituto de inconstitucionalidade material é uma outra afloração deste mesmo princípio de que o valor formal não basta para a juridicidade, pois que, em princípio, o comando é nulo para aquele que o argua de incoerente e demonstre a arguição. As normas meramente programáticas das Constituições doutrinárias têm precisamente a função de assegurar a coerência ordenamental sob o aspecto material, e por isso mesmo parece-nos que a norma que as contrarie não pode ser reconhecida como válida. O que sucede é que, por a noção de coerência não se encontrar elaborada pela ciência jurídica, a função das normas programáticas como elementos de coerência não tem sido reconhecida, havendo tendência para as considerar meras declarações platónicas, às quais se chega a recusar o carácter de fontes de efeitos jurídicos⁽¹³⁾.

Ainda no plano dos comandos-regras, se a incoerência se verificar entre normas do mesmo grau, incumbe ao intérprete o dever de descobrir se, sob a contradição aparente, existe afinal uma coerência oculta mas que pode ser demonstrada; mas se, excutidos os meios, se averiguar que a contradição não

(12) É esse o regime resultante do decreto-lei 40.768, de 8-9-1956, art. 16, § único.

(13) É essa a opinião dominante. G. BURDEAU escreve que se trata de regras «desprovidas da força obrigatória própria do direito positivo» (*Traité de science politique*, III, 130). O Professor MARCELLO CAETANO, numa posição que nos parece melhor, e que é a que está de acordo com a concepção de ordenamento jurídico que perfilhamos (cf. *infra*, n. 15), considera-as comandos dirigidos ao legislador.

pode ser eliminada, a solução será a da supressão do conceito por via interpretativa. Este fenómeno da chamada *interpretatio abrogans* é um exemplo flagrante de como a coerência substancial pode comandar a validade formal. O mesmo fenómeno se pode aliás verificar, em maior ou menor grau, em todas as formas de interpretação correctiva ⁽¹⁴⁾.

Se passarmos ao plano dos comandos-conceitos, torna-se porventura ainda mais nítida a dependência do valor em relação à coerência. Esta constitui a própria base tanto do princípio (coerência teleológica) como do conceito (coerência lógica) e é até o único critério que permite aferir do seu valor. Dizer que um conceito é ou não válido é afinal o mesmo que

(14) O jusnaturalismo tradicional sustenta que a norma jurídica não obriga quando esteja em contradição com a norma de direito natural. Escreve, por exemplo, HELMUT COING: «Tomemos o caso de uma clara e explícita violação do direito natural. A vigência jurídica de uma norma jurídica, a pretensão de ser vinculativa na medida em que é uma posição de vontade promulgada em nome da comunidade, não fica afectada por tal violação: a norma continua tendo essa pretensão, ainda que contradiga a norma de direito cultural. Mas contra a pretensão da norma ergue-se agora a contradição que parte de uma camada superior do espiritual: do reino da moral, do direito natural; a pretensão de vigência da norma choca com a proibição imposta por uma norma de mais alto nível. Esta suprime o carácter vinculatório da consciência do homem moralmente vinculado, o qual deve actuar como se ela não existisse. Tal norma não vincula. Em último extremo, o indivíduo pode passar à resistência activa» (*Fundamentos de filosofia del derecho*, trad. esp., Barcelona, 1961, p. 250). Esta pretensão de compatibilidade entre a plenitude do valor jurídico e a carência de valor vinculativo é o indicio de uma fragilidade insanável. A noção de coerência sistemática intraordenamental elimina, a meu ver, aquela dificuldade. A norma que infringe os valores insitos no sistema não obriga, não só moral, mas ainda positivamente: o dispositivo instituído para garantia da coerência pode funcionar mal, e é isso o que geralmente sucede, em boa parte por não haver uma noção clara da função que a tal dispositivo (v. g., a garantia da constitucionalidade) compete desempenhar como garante da juridicidade substancial; mas esses defeitos de funcionamento não afectam a essência das coisas, do mesmo modo que os vícios dos tribunais não podem alterar a teoria sobre a natureza das leis.

dizer que ele é ou não coerente com a realidade que pretende explicar, como dizer de um princípio que é ou não válido é o mesmo que dizer que ele é ou não coerente com os valores de que decorre.

Não me demorarei muito mais — porque me falta, além de tempo, a preparação — sobre este tema aliciante, do qual estou certo que uma meditação mais longa poderia extrair muitas e fecundas consequências para a construção de uma renovada teoria do direito. A noção de coerência está profundamente ligada a todo o jurídico, e parece situar-se logo na origem da ideia de direito. É um lugar comum dizer que o direito tem por função regular as relações sociais por forma a eliminar os conflitos, e embora a asserção não se deva aceitar como traduzindo senão uma parte da verdade, não há que recusar que nessa parte é exacta: é função específica do direito a eliminação da violência suscitada pelo atrito natural entre os interesses. Ora esse fim atinge-o o direito através da definição e garantia de um plano de coerência ao qual as relações intersubjectivas ficam submetidas. Um campo jurídico pode, naquilo que tem de essencial, definir-se como um campo de coerência institucionalizada, e isto por um duplo título: primeiro, porque a delimitação do conjunto institucional se faz pela referência a valores cuja aceitação comum determina a própria existência do grupo social, competindo ao direito a realização da coerência entre esses valores e as normas que regem as condutas; segundo, porque a permanência do conjunto, a cujo serviço o direito está, só é possível mediante a eliminação dos conflitos, ou, noutros termos, a introdução de coerência entre as pretensões subjectivas.

O ordenamento jurídico surge-nos assim como um sistema de coerência entre os três planos do valor, da norma e da conduta. A função do Poder é a de definir e assegurar aquele sistema, mas dentro desta perspectiva carece de sentido a contradição clássica entre Poder e Direito, entre governantes e governados. A relação entre estes dois termos é ubíqua, impondo-se a ambos eles e podendo ser pensada a partir de qualquer deles, do mesmo modo que o centro se pode pensar a partir

do círculo, ou o círculo se pode pensar a partir do centro, porque não é de nenhum dos termos que resulta a natureza da relação jurídica, mas da própria ideia de coerência que está na base da relação.

A importância da noção de coerência para a organização científica do direito, a função que ela desempenha como raiz e critério da validade do jurídico, estão por um lado relacionadas com a própria natureza social do direito, por outro com o carácter, que todo o direito reveste, de aparelho de conexão entre os dois planos dos valores e das circunstâncias sociais.

Todo o sistema jurídico supõe, na sua base, uma sociedade. As normas jurídicas correspondem as relações sociais. Pode portanto dizer-se, e tem sido dito muitas vezes, que o direito, no seu conjunto, constitui uma projecção do facto da sociedade no plano normativo, afirmação verídica sob a condição de não excluir que o direito seja, simultaneamente, a projecção dos valores sobre os factos sociais.

Ora a ideia de sociedade é inseparável da ideia de coesão. Sem algum grau de coesão não há sociedade, mas elementos soltos que não formam conjunto algum. Sociedade é, por definição, conjunto, e o nexó estruturante do conjunto denomina-se, precisamente, coesão. Ora, do mesmo modo que se pode dizer que o direito é a projecção normativa da sociedade, dir-se-á que a coerência é a projecção normativa da coesão.

Entre estes dois conceitos há uma relação muito estreita. Coesão é uma realidade da natureza, coerência é uma realidade lógica, e portanto do reino da cultura; mas a relação que essas realidades exprimem é a mesma, e poderia dizer-se que coerência é coesão lógica, e coesão é coerência material. As relações entre a coesão interna dos grupos e a coerência dos respectivos sistemas jurídicos são aliás manifestas: a toda a quebra da coesão social do grupo correspondem perturbações na coerência do sistema, e sabe-se como as contradições e deficiências do sistema jurídico podem introduzir conflitos graves e prejudicar a coesão das respectivas sociedades. Suponho pois que se pode dizer que a coerência jurídica está para a coesão social assim como o direito está para a sociedade, e dessa igualdade

decorre o corolário de que o direito, por ser essencialmente social, tem de ser essencialmente coerente.

A coerência aparece assim como fazendo parte da própria essência do jurídico, e daí que constitua critério que pode ser utilizado para explicar a validade das normas e identificar a natureza do direito (15).

Antes de passar ao ponto seguinte do sumário, peço que me seja permitido introduzir um parêntesis de justificação pessoal. Dou-me perfeitamente conta da ousadia — poderia talvez escrever-se fatuidade — que há nesta pretensão de estabelecer objecções a uma construção tão profunda e tão prestigiosa como a da Teoria Pura. Decerto que não se trata de dúvidas de primeira leitura, caso em que a probidade intelectual obrigaria a calá-las, até poderem ser reverificadas; decerto também que a autoridade adversa, por maior que seja, não dispensa do dever de exprimir a própria opinião. Mas o principal motivo que me levou a expôr as minhas divergências em relação ao pensamento de Kelsen foi o facto de nos encontrarmos todos num círculo de estudos, lugar onde a cada qual deve ser permitido reflectir e raciocinar em voz alta, e onde os próprios erros

(15) Suponho que é a intuição desta mesma correlação que está no fundo do solidarismo de DUGUIT. No seu livro *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (Paris, 1901) o insigne escritor propõe-se superar os termos clássicos do problema das relações entre o direito e o Estado, relações interpretadas por uns como anterioridade dos direitos individuais naturais, por outros como sendo o direito apenas a obra do Estado, dotado de personalidade própria. Para DUGUIT, a única realidade é a da consciência do indivíduo, mas os indivíduos são solidários e, quanto mais a consciência individual se desenvolve, tanto mais se interioriza a consciência da solidariedade. Ora o direito é, no fundo, solidariedade explicitada e garantida; o direito não é um puro ideal abstracto, é uma realidade, que exprime as obrigações que se impõem de facto a todos os membros de uma sociedade precisamente porque são solidários; e as formas jurídicas variam com as formas da solidariedade a que correspondem. De acordo com a sua posição positivista, DUGUIT vê na solidariedade não apenas a base da unidade lógica do direito, mas o próprio fundamento do direito.

podem ser desculpados pela utilidade de provocarem rectificações e mútuos esclarecimentos. Trata-se na verdade de um escritor e de uma doutrina cuja importância, no quadro das ideias contemporâneas, é enorme. Ainda agora, não obstante ser um facto raro a publicação de obras de filosofia do direito em Portugal, aparecem duas traduções de Kelsen, e uma delas acompanhada de um estudo muito valioso sobre este escritor ⁽¹⁶⁾. Não será portanto inútil o debate que em torno do assunto se possa estabelecer.

Entre os presentes, temos hoje um verdadeiro especialista na matéria: o sr. Dr. JOSÉ INÁCIO CLÍMACO DE BRITO que, depois de concluída com alta classificação a sua licenciatura em Lisboa, prolongou os seus estudos na Universidade de Viena para especialmente se dedicar ao conhecimento da obra de Kelsen. Pedi-lhe especialmente que viesse aqui esta noite, na esperança de que, com a contribuição preciosa que está em condições de prestar, enriqueça esta sessão ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Dr. JOÃO BAPTISTA MACHADO: *Nota preambular ao livro A Justiça e o direito natural*, Coimbra, 1963.

⁽¹⁷⁾ O Sr. Dr. CLÍMACO DE BRITO interveio efectivamente no debate para afirmar a sua discordância em relação às críticas formuladas pois que, em sua maneira de entender Kelsen, a *Grundnorm* não existe fora do espirito, é uma «norma pensada» e não um imperativo. Não é, portanto, uma norma de direito positivo como as outras, mas mero «presuposto lógico-transcendental» da ordem jurídica — mera explicação filosófica e expressão sintética da sua unidade e validade. Além disso, a «norma fundamental» não é cronológica mas só logicamente anterior à primeira Constituição histórica e ao ordenamento que a esta se reconduz. A «norma fundamental» estabelece apenas que, se certo ordenamento é no seu conjunto e por via de regra eficaz, o sentido subjectivo do acto que instituiu a primeira Constituição histórica é também o seu sentido objectivo — quer dizer, tem o sentido de criar direito objectivamente válido. O que no fundo não é mais que a maneira de formular em linguagem kantiana o princípio básico do positivismo jurídico. A *Grundnorm* não justifica porque é a eficácia o critério do jurídico, apenas diz isso mesmo (diz também que o direito é necessariamente um sistema e que nenhuma norma se funda em si mesma mas noutra norma).

20. Podemos agora retomar o fio da exposição, do qual aparentemente me desviei ao explorar a relação semântica entre as expressões de ordenamento jurídico e de direito positivo. Foi um desvio voluntário, porque não pode empreender-se nunca a resolução de um problema sem, primeiro, o enunciar correctamente. Quem pretender analisar a crise do direito nos vários níveis em que se situa e nos principais aspectos em que se desdobra, não pode deixar de partir de uma noção, tão clara quanto possível, da arquitectura do edifício que se diz arruinado por essa mesma crise. Procedendo de outra forma, não atingirá mais que noções confusas, incompletas, e talvez marginais em relação ao que se deve considerar como constituindo o cerne da questão.

De acordo com a perspectiva da realidade jurídica que procuramos esboçar, a investigação sobre a crise do direito tem necessariamente de consistir numa análise do comportamento dos valores que ao ordenamento presidem; numa observação do plano intermédio constituído pelos princípios gerais e pelos conceitos técnicos; no exame das características e tendências dominantes no direito positivo contemporâneo; na indagação da maneira como as regras de direito são aplicadas às situações concretas; e finalmente, na indagação das relações que ligam entre si os quatro níveis do jurídico e os conglobam em sistema unitário e actuante.

São quatro problemas os que assim se propõem. Examinar a crise ao nível dos valores é um problema de filosofia jurídica. Pessoa e Estrutura, elemento e conjunto, são o alfa e o omega de uma escala de posições em relação à qual o entendimento dos homens diverge e oscila, ao sabor das inflexões do tempo em que vivem. Saber se a cidade foi feita para o homem, se o homem foi feito para a cidade, é questão que parece ter preocupado os pensadores do direito desde os primeiros tempos em que o direito foi considerado objecto digno da atenção dos filósofos. E as interpretações sobre essa equação de valores condicionam directamente as formas jurídicas e reflectem-se na lei de cada dia.

Examinar o problema ao nível dos princípios e dos concei-

tos, é um problema de ciência do direito. As realidades transformaram-se, e com elas as leis que as regulam. Muitos conceitos caducaram, outros novos nasceram. Mas até que ponto cumpriu a ciência a sua função de acrescentar, nos roteiros das suas teorias, as paragens novas onde, entretanto, a vida nos levou? Muitos dos esquemas clássicos permanecem em vigor: é isso o sinal de uma vitalidade perene, ou a sobrevivência aparente de coisas que, na realidade, já não têm vida? Em que medida, para exemplificar com a mais importante das noções de base, a elaboração científica da distinção entre o direito público e o direito privado se coaduna com a nova escala do empreendimento humano? ⁽¹⁸⁾.

Examinar a crise ao nível das regras, é um problema de crítica legislativa. Li, mas não me foi agora possível localizar onde, que as leis são como as plantas: estão sempre certas, o que pode estar errado são os livros de botânica. Pois dir-se-ia que alguns legisladores estão convencidos disso. Esquecem que as plantas pertencem ao reino da natureza, as leis ao reino da cultura. São obra dos homens, e, como tudo quanto é obra dos homens, estão sujeitas ao dever ser. Ora as leis devem ser claras, metódicas, não contraditórias. Destinadas a introduzir disciplina, devem elas próprias ser disciplinadas. Não-de ser enunciadas sem tecnicismos oraculares, de modo que os destinatários as possam compreender lealmente, e isso sem desobriga

⁽¹⁸⁾ A necessidade de condensar a matéria da última conferência não me permitiu incluir nela a referência que tencionava fazer a este assunto que aliás tem a maior importância dentro da temática da crise jurídica, por muitos interpretada como consistindo fundamentalmente numa crise do privatismo: «O direito civil não deveria estar na dependência do poder político de ocasião: eis uma ideia que se deveria impor à democracia, como se impunha outrora à Realeza. Quem toca nesse direito, toca na ordem da vida privada dos homens, e toca portanto na própria civilização», exclama RIPERT. Muitos outros escritores apontam para a publicização do direito privado (muitas vezes entendida como uma *socialização* do direito) como um sinal de crise (v., por todos, *Socialisation et personne humaine* — 47^e Semaine sociale de France, Grenoble, 1960). Nesta perspectiva, o direito público é o direito do Estado, o direito privado é o

da correcção técnica dos conceitos que utilizam e da exactidão dos regimes que instituem. Devem obedecer e respeitar os cânones básicos dos regimes a que se referem e ter em atenção as linhas mestras do ordenamento a que pertencem, e não esquecer que, se muitos conceitos nascem da lei, há conceituações anteriores a toda a criação legislativa e valores a cujo serviço a lei não pode deixar de estar. Devem, ainda, conter-se dentro dos limites da competência do órgão que as dita e acaatar os princípios da hierarquia legal das fontes do direito, porque a hierarquia das leis é uma instituição fundamental, atra-

direito da Pessoa, e, na mesma medida em que a esfera do Estado se amplia, o direito das pessoas vai submergindo. É tese que se tornou hoje um lugar comum, mas que me parece um bom exemplo de como a insuficiente análise dos conceitos jurídicos se pode converter em factor de crise. Como sustentei em outro trabalho, o que caracteriza o direito público não é o fenómeno formal de um dos intervenientes na relação jurídica aparecer revestido de *jus imperii*, mas a própria natureza da actividade humana tutelada: o direito público é a disciplina jurídica da *integração*, o direito privado é a disciplina jurídica da *relação*. A toda a categoria normativa corresponde uma forma própria de relação subjacente, e o facto de as relações poderem ser de dois tipos radicalmente diferentes não pode deixar de repercutir sobre a natureza íntima das normas correspondentes. Ora a função relacionadora e a função integradora, são, na verdade, relações de um tipo completamente diferente, diferença que, como se sabe, até se pode exprimir por forma matemática. No primeiro caso, os elementos postos em relação caracterizam-se pela equivalência; cada elemento conta na mesma medida em que o outro conta e todo o direito é por isso dominado pela ideia do equilíbrio intersubjectivo, valor que está na base da ideia de justiça. Por isso mesmo os valores psicológicos são relevantes, não havendo motivo para sacrificar um a outro, nem para substituir o teor normativo resultante do acordo por qualquer outro. No segundo caso, os elementos da relação — pessoa e estrutura — são já de natureza diferente, situam-se em diversos planos de valor, e aquela ideia de equivalência deixa de se verificar. Não é o interesse da estrutura a sobrepor-se ao interesse da pessoa, mas o interesse da pessoa a realizar-se através do direito segundo uma forma inteiramente distinta da revestida nas relações interpessoais. É a intuição desta diferença fundamental que tem levado os escritores a definir o direito privado como um direito de coordenação e o direito público como um direito

vés da qual se procura efectivar a coerência formal do ordenamento. Esses, alguns dentre os deveres da Lei; quais as infracções nesse campo cometidas pelo direito positivo em vigor?

Por último, examinar a crise ao nível dos comandos de aplicação é fundamentalmente um problema de análise da actividade judiciária. Toda a decisão judicial, ainda quando quem a profere se não dê conta disso, implica uma noção global sobre todo o conjunto do sistema, e toda a operação de aplicação da lei supõe uma actividade interpretativa sobre o alcance normativo da regra aplicada. Estes dois aspectos são indesligáveis, e a metodologia da interpretação, que é uma das questões mais

de subordinação, aquele como um direito de liberdade, este como um direito de autoridade, o primeiro como um domínio da autonomia da vontade, o segundo como o terreno propício do interesse geral, imposto às vontades individuais. São tudo corolários daquela diferença fundamental que consiste na referência das duas ordens normativas a dois planos distintos da conduta social do homem» (*Lições de introdução ao direito*, p. 258-9). O que portanto determina o carácter do direito é o carácter da relação; no tempo do artesanato, a relação existente entre o aprendiz e o seu patrão é interpessoal e tem a sua disciplina prescrita no código do direito privado; na sociedade moderna, o vínculo que liga o trabalhador à empresa é já uma relação de integração, um pertencimento, cuja tutela pertence ao direito público. Ora sucede que, no tempo da codificação, a estrutura típica, quase a única, era o Estado, e isto tanto por imposição da filosofia individualista como em consequência das condições económicas. Daí o ter acontecido que o direito público tivesse sido identificado com o direito do Estado, identificação que hoje perdura, apesar de as estruturas integradoras das actividades humanas terem crescido de dimensão, transformando as antigas relações interpessoais, que tinham a sua expressão jurídica no contrato, em relações de integração estrutural, só disciplinaíveis no direito público. Sucede porém que a sobrevivência do antigo conceito de direito público como direito do Estado abre as portas da intervenção estadual em muitos campos que na verdade são do direito público, porque se analisam em relações de integração dos indivíduos nas estruturas, mas não se referem ao Estado, e é essa intervenção que está na base das queixas que, no mesmo tom da de RIPERT, têm sido formuladas por inúmeros juristas.

debatidas do direito actual, reflecte a noção que se tenha sobre a totalidade do ordenamento. Em que medida se infiltraram, na hermenêutica que efectivamente se pratica, as contradições que se reflectem nas leis, nos conceitos e nos valores, e qual é a culpa tocante dessa infiltração no grande processo da crise judiciária?

São quatro problemas distintos, mas estreitamente ligados entre si. Responder a essas perguntas é, penso eu, resolver o problema que estamos a investigar ⁽¹⁰⁾.

(Continua)

(10) Durante o debate foi afluído o problema da validade do sistema coerencial em si mesmo, isto é, independentemente de uma referência ontológica. O grupo de malfetores que dominasse a comunidade e sobre ela impusesse o seu próprio sistema de coerência, não poderia chamar direito às normas impostas pois que, por referência aos valores absolutos, essas normas não constituiriam direito, mas anti-direito.

A questão não pode, a meu ver, colocar-se em termos tão simples.

A noção de coerência é impensável sem a correlativa ideia de conjunto. Cada norma ou cada conduta não pode ser julgada coerente ou incoerente por referência a si mesma, mas sim, e só, por referência a outras condutas e a outras normas. O conjunto dos elementos entre os quais se estabelece e se institucionaliza a relação coerencial constitui um sistema; quando o sistema dispõe dos meios necessários para assegurar a efectivação da coerência, estaremos perante uma organização jurídica.

Ora os sistemas coerenciais são de diverso grau. A noção de coerência pode ser mais compreensiva ou menos compreensiva, e quanto mais compreensiva for, mais restrito é o campo que define. A coerência imposta pela existência do grupo familiar tem um conteúdo muito mais rico, muito mais impregnado de exigência psicológica e moral que, por exemplo, a coerência exigida pelo pertencimento à comunidade nacional. É um fenómeno muito próximo do que se pode observar nas sucessivas valências do conceito de *ordem pública*, conceito este que parece exprimir precisamente o mínimo de coerência exigível entre diversos sistemas coerenciais postos em contacto.

Quer estejam institucionalizados quer não, os campos coerenciais de menor extensão integram-se em campos de maior extensão, e assim sucessivamente até ao limite da consciência comum de valores que está na base da existência do Estado. Porque é a consciência do valor o que determina o campo coerencial e é a existência de valores comuns que

permite exigir a coerência das condutas e das normas, coerência que tem por ponto de referência precisamente esses valores.

No exemplo discutido, o bando de malfetores só poderia ser qualificado desse modo na medida em que a sua actividade fosse contraditória com os valores admitidos como ponto de referência das condutas; mas precisamente essa contradição revelaria que o sistema coerencial continuava a existir, independentemente do facto de não ser reconhecido pelos eventuais detentores do poder. Estes seriam apenas malfetores, isto é, elementos incoerentes dentro do sistema comunitário no qual se integram e portanto à margem do direito. O direito consistiria portanto na reacção contra a violação.

Hipótese bem diferente, mas que talvez seja a que está no espírito dos que argumentam com essa suposição dos malfetores, é a de um determinado grupo se colocar numa posição considerada incoerente com os valores admitidos por outros grupos e, por hipótese, pela comunidade que o conjunto dos grupos forma.

Teremos então de distinguir: ou o conjunto dos grupos institucionalizou um sistema coerencial comum (o que é o mesmo que dizer que existem valores aceites por todos os grupos, os quais, por referência a tais valores, constituem comunidade organizada), ou não. No primeiro caso, sem dúvida que as normas aberrantes são antijurídicas. Convém à parte, mas repugnam ao todo em que a parte se integra. É o que se passa com a disciplina criminosa do *gang*, constituída por normas de conduta gerais, obrigatórias e garantidas coactivamente, mas que não são jurídicas, precisamente porque são incompatíveis com o sistema coerencial institucionalizado pela comunidade de que o grupo faz parte.

No segundo caso, não vemos que a juridicidade possa ser negada. O direito que reina no seio de um grupo pode parecer, aos membros dos outros grupos, como sendo a negação do direito; isto acontecerá sempre que um grupo considere os seus próprios valores como os únicos admissi-

veis. Mas a verdade é que a juridicidade nasce da coerência da conduta e da norma em relação a um quadro de valores admitidos, e valores diferentes originam necessariamente sistemas coerenciais diferentes. Um dos grupos pode querer impor a sua própria concepção de vida ao outro grupo, e, se o caminho escolhido para isso for o da violência, essa imposição significa a guerra. Mas no final, haverá um direito vencedor e um direito vencido, não um direito e um anti-direito.

O processo de Nuremberga ilustra precisamente o que acabo de dizer. O esforço de guerra, realizado em conjunto por vários Estados durante alguns anos, em vista de objectivos comuns e dispondo de comandos unificados, criou em dado momento a ideia da existência de valores exigíveis para além dos campos de coerência institucionalizados no Estado. Daí o ter parecido possível revestir de forma jurídica a exigência de responsabilidade que talvez não existissem por referência a um determinado conjunto coerencial institucionalizado em determinado Estado, mas podiam ser consideradas como desvios de um sistema definido por um conjunto de valores os quais, pois que eram admitidos como válidos para um vasto conjunto de Estados, se consideravam, através de uma espécie de indução amplificante, como exigíveis a todos os membros da comunidade internacional. Restabelecida a paz, a convergência ocasional nascida da solidariedade militar, foi sendo substituída pelos antagonismos subjacentes, antagonismos esses que aliás já se fizeram sentir durante o próprio julgamento e dificultaram o veridictum. A medida que se foi tornando evidente a inexistência de um sistema de referências comuns supra-estaduais, foi aumentando a dúvida quanto à juridicidade do julgamento, dúvida que hoje é maior que há vinte anos, precisamente porque entretanto se tornou claro não existir um quadro de valores comuns, suficientemente forte para definir e institucionalizar um campo jurídico ou, o que é o mesmo, um sistema de coerência exigível.