

VOLUME XLIII — N.º 1

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 2



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLIII — N.º 1 - 2002

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- MESTRE LUÍS MORAIS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Julho de 2003

I Doutrina

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — A reserva da intimidade da vida privada e familiar	9
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Direitos humanos — Uma lacuna no Tratado de Amizade Luso-Brasileiro?	27
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — A via federal	31
<i>Luís de Lima Pinheiro</i> — Competência internacional em matéria de contratos com consumidores	41
<i>Maria Luísa Duarte</i> — União europeia e entidades regionais: as regiões autónomas e o processo comunitário de decisão.....	55
<i>Fernando Araújo</i> — O Tribunal Penal Internacional e o problema da jurisdição universal	71
<i>Ana Maria Guerra Martins</i> — Les valeurs communes et la place de la Charte en Europe	121
<i>Dário Moura Vicente</i> — Problemática internacional dos nomes de domínio.....	147
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto e Silvia Alves</i> — O “Caso da baixela Germain” os factos e o Direito.....	171
<i>Filipe da Boa Baptista</i> — Ainda a questão da distinção entre Acordos e Tratados internacionais na Ordem Constitucional Portuguesa.....	207
<i>David Duarte</i> — Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias	257
<i>Carla Amado Gomes</i> — Le risque cet inconnu.....	283
<i>Gaetano Mosca</i> — A classe política (António Araújo).....	313
<i>Madalena Marques dos Santos e Miguel Lopes Romão</i> — Diferenças encontradas na comparação entre os Livros I e II das Ordenações Manuelinas... ..	349
<i>Alexandre Nuno Capucha</i> — Da intimação para um comportamento e sua articulação com a defesa do ambiente (Contributo para o seu reconhecimento como instrumento privilegiado para uma tutela ambiental acrescida).....	377

<i>Paula Vaz Freire</i> — O comportamento económico e o imperialismo da Economia.....	417
<i>Ana Rodrigues da Silva</i> — A responsabilidade ambiental por actos de Direito Internacional Público.....	429
<i>Sofia Tomé D'Alte</i> — O Sigilo Fiscal: um direito da administração tributária e uma garantia dos administrados	491
<i>Ivo Miguel Barroso</i> — Sobre o regime da alteração substancial de factos, na fase de julgamento, em processo-crime.....	511
<i>Helena Margarida Pires de Sousa Nunes</i> — Anglicismos em textos jurídicos portugueses	527
<i>Lourival Vilanova</i> — Política e Direito — Relação normativa.....	547
<i>Maria do Carmo Puccini Caminha</i> — O acesso à jurisdição no espaço integrado do Mercosul	555
<i>Sérgio Resende de Barros</i> — A função do senado no controle difuso de constitucionalidade no Brasil.....	577

II Trabalhos de alunos

<i>Diogo Costa Gonçalves</i> — Da “auctoritas” como elemento constitutivo da juridicidade: a génese do jurídico	585
<i>Miguel Sousa Ferro</i> — A iniciativa legislativa popular.....	611

III Jurisprudência

<i>Maria Raquel Rei</i> — Acórdão da Relação de Lisboa de 5 de Fevereiro de 2002 (Anotação).....	689
--	-----

IV Legislação

<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — O regime jurídico-legal do Instituto Hidrográfico como laboratório de Estado: um projecto legislativo adiado que prejudica Portugal	707
<i>Luís Duarte D'Almeida, António Lamego e Sónia Reis</i> — Para reforma do direito penal e disciplinar da Marinha mercante.....	759
<i>Marco Alexandre Saias</i> — A Convenção sobre os direitos da criança.....	793

V Vida Universitária

<i>João Baptista Villela</i> — “Lectio Brevissima”	853
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina de Direito Constitucional	

(Justiça Constitucional) para um curso de mestrado, apresentado pelo
Doutor Fernando Alves Correia em provas de agregação..... 857

Pedro Ferreira Múrias — Programa de Direito das Obrigações (turma da
noite — ano lectivo de 2001-2002)..... 865

VI Recensões

Eduardo Vera-Cruz Pinto — Karl Galinsky, *Augustan Culture-An Inter-
pretive Introduction*, Princeton-New Jersey, Princeton University Press,
1996, 474 pp. ISBN 0-691-05890-3 (pbk.) 905

**OS ARGUMENTOS DA INTERDEFINIBILIDADE
DOS MODOS DEÔNTICOS EM ALF ROSS:
A CRÍTICA, A INEXISTÊNCIA DE PERMISSÕES FRACAS
E A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO
EM MATÉRIA DE NORMAS PRIMÁRIAS**

DAVID DUARTE

I — O ENUNCIADO DO PROBLEMA

A compreensão do problema que agora se coloca passa, como quase todo o exercício da ciência jurídica que tenha de contrapor normas, nas suas diferentes modalidades, pela distinção hartiana entre normas primárias e normas secundárias, o que, se não quer dizer que se trata de uma descrição imaculada de modalidades de normas, em toda a sua dimensão e ramificações, quer dizer, no entanto, que com ela se contrapõe a mais vincada diferença de normas em razão do respectivo conteúdo⁽¹⁾. A distinção e os respectivos termos são conhecidos e, também, bastante simples: as normas primárias são as normas que regulam as condutas, os comportamentos dos sujeitos a quem o direito se aplica, enquanto as normas secundárias são as normas que incidem sobre outras normas, ou seja, são as normas que têm outras como objecto, sejam estas primárias ou secundárias⁽²⁾. A distinção, ao mesmo tempo, tem a capacidade — axiomática, sem necessidade de demonstração — de esgotar a pluralidade de normas do ordenamento jurídico, o que leva a uma consequência que é relevante salientar: qualquer norma do ordenamento, necessariamente, tem de se reconduzir a um dos seus dois termos, pois uma

(1) A referência é, obviamente, a Herbert Hart e à contraposição de normas que faz em *The Concept of Law*, 2.^a ed., Oxford, 1994, pp. 84 e ss.

(2) Cfr. Herbert Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 98. A distinção hartiana original, no entanto, apenas define as normas secundárias como relativas às primárias, não concebendo como normas secundárias as que incidem sobre outras normas secundárias. A ampliação, por razões empíricas, é, no entanto, natural, dado que a existência de normas secundárias que não incidem sobre normas primárias é uma evidência: basta pensar em normas que regulam o início de vigência de normas secundárias.

norma jurídica, assim sendo, ou é uma norma primária ou é uma norma secundária (3).

A distinção entre normas primárias e normas secundárias, no entanto, só releva aqui para efeitos de definição e delimitação das primeiras, apesar de, em rigor, grande parte das suas virtualidades se encontrar no que permite em matéria de normas secundárias, cuja enumeração e sistematização de forma completa viabilizará, ao contrário do que se verifica na versão original da distinção, uma compreensão dos diferentes modos em que a unidade do ordenamento jurídico, a norma, se pode apresentar (4). A questão é para os presentes efeitos, no entanto, lateral. O que releva neste contexto é compreender que, enquanto conjunto representativo de todas as normas de conduta, são as normas primárias que reflectem os modos deônticos básicos, que se podem caracterizar, de forma simplificada, como os diferentes sentidos possíveis de regulação dos comportamentos dos sujeitos (5). Os modos deônticos relevantes para o problema da interdefinibilidade, assim sendo, são apenas os modos concebíveis relativamente às condutas, e que são: (i) o modo de permissão, que faculta a realização da conduta, (ii) o modo de proibição, que impede a realização da conduta e (iii) o modo de imposição, que determina a obrigatoriedade da conduta (6).

A correspondência entre os modos deônticos de regulação de comportamentos e as normas de conduta, por outro lado, não levanta dificuldades de

(3) A exaustão normativa da distinção não é posta em causa com as normas de competência, pois, de um ou do outro lados da fronteira, a integração é sempre pacífica. Apesar de tudo, entende-se que não há razões para que não sejam vistas, naturalmente, como normas secundárias. Cfr. Eugenio Bulygin, *On Norms of Competence*, in LPh, 1992, vol. 11, pp. 204 e ss.

(4) O elenco de modalidades de normas secundárias na distinção hartiana é, obviamente, limitado, pois apenas compreende (cfr. Herbert Hart, *The Concept of Law*, cit., pp. 92 e ss.) as normas de alteração (*rules of change*), as normas relativas à tomada de decisões (*rules of adjudication*) e as normas de reconhecimento (*rules of recognition*), o que decorre, essencialmente, de apenas se pretender mencionar as normas necessárias à institucionalização do ordenamento jurídico (cfr. Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, 8.ª ed., Barcelona, 1997, p. 92). Ao lado dessas modalidades, no entanto, respeitando o recorte categorial das normas secundárias, outras são concebíveis: normas sobre a definição semântica de enunciados de outras normas, normas sobre produção e cessação de efeitos de outras e normas de resolução de conflitos de normas, por exemplo.

(5) Sem prejuízo, naturalmente, da existência de uma questão paralela relativa à determinação dos modos deônticos reflectidos pelas normas secundárias, essencialmente composições de modos de normas de conduta, embora haja distinções a fazer, que aqui não cabem. Quanto ao problema do modo deôntico das normas secundárias, em geral, e de competência, em particular, Sven Jensen, *On Norms of Conduct and Norms of Competence*, in *Theory and System of Legal Philosophy*, Stuttgart, 1985, p. 21; e Alf Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, pp. 118 e 119.

(6) As referências aos três operadores do dever ser são quase infundáveis: por exemplo, Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas*, 2.ª ed., Ciudad de México, 1997, p. 54; Lourival Vilanova, *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, São Paulo, 1977, p. 35; e Georg von Wright, *Norm and Action*, London, 1963, p. 83.

maior, nomeadamente se for tida em conta a diferença entre a norma e o enunciado normativo, como expressão comunicativa da norma, diferença que permite compreender que, no domínio do significado da formulação normativa, seja qual for a opção verbal da comunicação, a conduta regulada é sempre permitida, proibida ou imposta (7). A correspondência faz-se, por isso, não para o enunciado da norma, mas para o significado do enunciado normativo, dado que é esse significado, a norma propriamente dita, que é o sentido deôntico que regula efectivamente a conduta em causa (8). Ao mesmo tempo, importa ver que, na norma, o modo deôntico é expresso no elemento estrutural que estabelece a relação de condicionalidade entre a previsão e a estatuição, o operador deôntico, cuja função normativa é, entre a descrição do que condiciona a consequência e a descrição desta, determinar qual o sentido em que essa consequência se manifesta (9). Aos três modos deônticos correspondem, assim, três modalidades de normas de conduta — permissivas, proibitivas e impositivas —, cuja diferença resulta, naturalmente, do tipo de operador deôntico que se encontra em cada uma delas.

As referidas correspondências podem ser formuladas através da seguinte tabela, com a qual se chega às três modalidades de normas de conduta, utilizando-se normas descritivamente iguais para salientar que a diferença ocorre apenas em razão do distinto operador deôntico nelas contido: com uma previsão (= a) e uma estatuição (= b) idênticas, ou seja, implicando todas qualquer coisa igual (b) sob a mesma dependência (a), as normas apenas divergem no sentido da determinação ($P \neq Pr \neq I$).

modo deôntico	operador deôntico	norma de conduta
permissão	permite = P	permissiva = a P b
proibição	proíbe = Pr	proibitiva = a Pr b
imposição	impõe = I	impositiva = a I b

(7) O aspecto para o qual se chama agora a atenção é o que decorre de a formulação linguística da norma, por razões derivadas da própria linguagem, compreender na oração normativa locuções verbais diferenciadas das locuções típicas dos modos deônticos, sem que isso signifique, naturalmente, que aquelas não sejam mais do que meras alternativas de linguagem (cfr. Alf Ross, *Directives and Norms*, cit., p. 117; e, ainda, Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 7.ª ed., Berlin, 1997, p. 131).

(8) Como ficou claro no terceiro Kelsen e é hoje pacífico (cfr. Georg von Wright, *Deontic Logic: a Personal View*, in RI, 1999, vol. 12, p. 31; Riccardo Guastini, *Fragments of a Theory of Legal Sources*, in RI, vol. 9, 1996, p. 368; Eugenio Bulygin, *Norms and Logic*, in LPh, 1985, vol. 4, p. 149; e Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, pp. 130 e 131).

(9) Com a separação, que se entende correcta, do operador deôntico (*deontic operator*) relativamente à previsão (*legal facts*) e à estatuição (*legal consequence*), Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, 1987, p. 62. Cfr., ainda, Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 9.ª ed., Stuttgart, 1997, p. 35; e Lourival Vilanova, *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, cit., p. 54.

O que até agora se disse serviu apenas para permitir a compreensão do problema presente: o problema da interdefinibilidade dos modos deônticos, que se resume a saber, como já decorre do respectivo enunciado, se os modos deônticos se definem uns relativamente aos outros através de negações, no sentido de serem ou não inversos, determinando-se, em caso afirmativo, a possibilidade de a ordenação se poder fazer, ou reconduzir, apenas a um único modo ⁽¹⁰⁾. O problema da interdefinibilidade dos modos deônticos, no entanto, acaba por se limitar à interdefinibilidade da permissão, dado que, como é amiúde referido na literatura sobre lógica deôntica, nunca ninguém, ao que se saiba, pôs em causa a interdefinibilidade dos modos de proibição e imposição ⁽¹¹⁾. A explicação da mesma é, por isso, elementar: o que quer que seja que é proibido é exactamente o mesmo que o contrário disso ser imposto, ou seja, de forma mais clara, impor qualquer coisa é o mesmo que proibir o contrário dela ⁽¹²⁾. A interdefinibilidade entre proibição e imposição, assim sendo, leva à substituição de ambos os modos por um único: o modo de obrigação, que gera idêntico operador deôntico, de onde decorrem as normas de obrigação [a O b], que regulam qualquer conduta abrangida por normas proibitivas ou impositivas ⁽¹³⁾.

A interdefinibilidade descrita entre os modos de proibição e imposição pode ser representada, com descritores lógicos, como seguidamente se faz em (i) e (ii), onde se pode ver através dos respectivos operadores que as normas N^1 e N^2 são iguais, tal como as normas N^3 e N^4 ; a utilização de um único operador deôntico para expressar essa interdefinibilidade [O], pode ver-se em (iii) e (iv), sendo que aí se demonstra que não há nenhuma conduta regulada nas normas N^1 , N^2 , N^3 e N^4 que, obviamente, não esteja regulada nas normas N^5 e N^6 , normas estas que, pela sua oposição (v), descrevem todas as condutas aqui possíveis.

(i)	$N^1 \text{ a Pr } b = N^2 \text{ a I } \sim b$
(ii)	$N^3 \text{ a Pr } \sim b = N^4 \text{ a I } b$
(iii)	$N^5 \text{ a O } b = N^3 \text{ a Pr } \sim b = N^4 \text{ a I } b$
(iv)	$N^6 \text{ a O } \sim b = N^1 \text{ a Pr } b = N^2 \text{ a I } \sim b$
(v)	$N^5 \text{ a O } b > - < N^6 \text{ a O } \sim b$

⁽¹⁰⁾ Cfr. Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, 3.ª reimpressão, 1998, p. 172; Ota Weinberger, *The Expressive Conception of Norms*, in LPh, 1985, vol. 4, pp. 187 e 188; e Kazimiers Opalek/Jan Wolenski, *On Weak and Strong Permissions*, in RTh, 1973, heft 2, p. 169.

⁽¹¹⁾ Como referem, Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Permisos y Normas Permisivas*, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, p. 216.

⁽¹²⁾ Cfr. Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, cit., p. 72; Lourival Vilanova, *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, cit., p. 102; e Georg von Wright, *Norm and Action*, cit., pp. 83 e 84.

⁽¹³⁾ Cfr. Alf Ross, *Directives and Norms*, cit., p. 116; e Andrew Jones, *On the Logic of Deontic Conditionals*, in RI, 1991, vol. 4, p. 360.

O verdadeiro problema da interdefinibilidade dos modos deônticos está, então, na possibilidade de fazer equivaler o modo deôntico de obrigação — que substitui imposição e a sua negação de proibição — ao modo de permissão, resumindo-se a saber se é ou não correcto afirmar, do mesmo modo que a proibição é igual à imposição do contrário, que a obrigação é também o contrário da permissão (14). A interdefinibilidade dos modos de obrigação e permissão não é, no entanto, tão simples e consensual como a anterior, dado que as questões específicas que se colocam a propósito do modo de permissão conduzem a diferentes soluções, de afirmação e negação, que contêm, qualquer uma delas, distintos argumentos de sustentação. A dificuldade está, assim, nos respectivos fundamentos (15).

II — O ENUNCIADO DA SOLUÇÃO

O enunciado de uma solução, deste modo, pode já ser apresentado, sendo que a respectiva perceptibilidade não é afectada, também, porque, no caso, se trata da afirmação da total interdefinibilidade entre os dois modos: o modo de permissão é exactamente o contrário do modo de obrigação, o que significa que os sentidos de regulação de ambos, desde que associadas as negações correlativas, podem ser idênticos (16). A solução da interdefinibilidade do modo de permissão relativamente ao modo de obrigação, na perspectiva da norma, implica, então, que o operador de obrigação se pode expandir para o domínio das condutas reguladas por normas permissivas, possibilitando, assim, que as condutas permitidas possam ser reguladas, também, com um operador de obrigação (17). A solução enunciada, por isso, tem a consequência de as normas de obrigação, para além de poderem regular todas as condutas submetidas a normas proibitivas e impositivas, como referido, o poderem ainda fazer relativamente a todas as condutas submetidas a normas permissivas (18).

(14) Quanto aos termos do problema, Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Introducción à la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, cit., p. 173; e Alf Ross, *Directives and Norms*, cit., p. 128.

(15) Como se pode ver, como exemplos de diferentes leituras, em Kazimierz Opalek/Jan Wolenski, *Normative Systems, Permission and Deontic Logic*, in RI, 1991, vol. 4, p. 335; e Ota Weinberger, *Der Erlaubnisbegriff und der Aufbau der Normenlogik*, in LA, 1973, vol. 16, pp. 113 e ss.

(16) Cfr., quanto às negações, Zygmunt Ziembinski, *Kinds os Discordance of Norms*, in *Theorie der Normen*, Berlin, 1984, p. 479.

(17) Cfr., genericamente, Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *von Wright y la Filosofía del Derecho*, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pp. 89 e 90.

(18) Cfr. Alf Ross, *Directives and Norms*, cit., p. 120.

A solução pode representar-se, com o auxílio de descritores lógicos, da seguinte forma: havendo interdefinibilidade entre o modo de obrigação e o de permissão, como se entende — o que está descrito normativamente em (i), através da oposição entre N^1 e N^2 —, a regulação total das condutas é susceptível de se fazer apenas à luz do operador deontico de obrigação; as igualdades entre as normas N^1 e N^3 , N^4 e N^5 e N^6 e N^2 , enunciadas em (ii), (iii) e (iv), demonstram-no.

(i)	$N^1 \text{ a } O \text{ b } \gg \ll N^2 \text{ a } P \text{ b}$
(ii)	$N^1 \text{ a } O \text{ b } = N^3 \text{ a } I \text{ b}$
(iii)	$N^4 \text{ a } O \sim b = N^5 \text{ a } Pr \text{ b}$
(iv)	$N^6 \text{ a } \sim O \text{ b } = N^2 \text{ a } P \text{ b}$

A interdefinibilidade entre os modos de obrigação e de permissão tem ainda outra consequência, nem sempre devidamente salientada, mas que é um resultado lógico da sua afirmação: se a obrigação é o contrário da permissão, a permissão é também, naturalmente, o contrário da obrigação⁽¹⁹⁾. O que parece ser uma evidência — e, obviamente, é — não deixa, por isso, de ter implicações, sendo a mais intuitiva, de acordo com o que até agora se disse, a que decorre de não ser apenas o modo deontico de obrigação o único que está apto a descrever a determinação de todas as condutas. A contrariedade simétrica entre a obrigação e a permissão implica que o operador de permissão, através de negações, está logicamente tão apto como o de obrigação a determinar essa regulação, o que, para além do que significa por si só, contraria ainda, também, a tradicional tese da superioridade do modo de obrigação⁽²⁰⁾.

A representação desta interdefinibilidade, com a conclusão da simetria, pode ver-se no quadro seguinte, onde se enuncia, com o mesmo pressuposto do quadro anterior — a própria interdefinibilidade, descrita em (i), através da oposição entre N^1 e N^2 —, a igualdade entre as normas N^7 e N^1 , N^8 e N^4 e N^2 e N^6 , como consta de (v), (vi) e (vii); esta igualdade é relevante, dado que, como as normas N^1 , N^4 e N^6 são também iguais às normas N^3 , N^5 e N^2 , que descrevem os três

⁽¹⁹⁾ Cfr. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 3.^a ed., Oxford, 1999, p. 96.

⁽²⁰⁾ Cfr., quanto a este aspecto, Kazimierz Opalek/Jan Wolenski, *Normative Systems, Permission and Deontic Logic*, cit., p. 335. Ao mesmo tempo, a interdefinibilidade entre os modos deonticos de obrigação e permissão permite ainda antever a verdade proposicional do chamado princípio da proibição, que afirma que tudo o que não é imposto, nem proibido, é permitido, princípio de onde resulta já a sugestão da plenitude do ordenamento: se são contrários os modos, não existindo outro sentido ordenatório, que não existe, as condutas ou são obrigadas ou permitidas. Quanto a este princípio, também conhecido como tese reflexa, Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Introducción à la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, cit., pp. 177 e ss.

modos deônticos, em (ii), (iii) e (iv), daí resulta que, com o operador deôntico [P], estão reguladas todas as condutas possíveis.

(i)	$N^1 a O b \rightarrow N^2 a P b$
(ii)	$N^1 a O b = N^3 a I b$
(iii)	$N^4 a O \sim b = N^5 a Pr b$
(iv)	$N^6 a \sim O b = N^2 a P b$
(v)	$N^7 a \sim P \sim b = N^1 a O b$
(vi)	$N^8 a \sim P b = N^4 a O \sim b$
(vii)	$N^2 a P b = N^6 a \sim O b$

III — OS ARGUMENTOS DA INTERDEFINIBILIDADE EM ALF ROSS

A afirmação da interdefinibilidade entre os modos deônticos pode passar, como referido, por diversas justificações, sendo a de Alf Ross, porventura, a mais conhecida e a que mais tem servido como referência crítica às teses negativistas. A interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross, no entanto, passa por argumentos que são, de alguma forma, inaceitáveis e que, por isso mesmo, são insusceptíveis de a sustentar em termos que se possam considerar como cientificamente válidos ⁽²¹⁾. O ponto de partida básico de Alf Ross, nesta matéria, consiste em defender que a permissão só existe por contrariedade à obrigação, o que, nos termos em que o entende, significa que as normas permissivas são todas exceções a normas de obrigação, tendo a consequência de não haver nenhuma norma permissiva que não seja uma modificação do âmbito de uma proibição ⁽²²⁾. A interdefinibilidade de obrigação e permissão, assim sendo, parte do pressuposto de o direito apenas regular o que é obrigatório, dado que as normas permissivas são apenas negações, ideia que fica clara quando se vê que Alf Ross afirma que, fora do contexto das normas de obrigação, não há sequer normas permissivas ⁽²³⁾.

A defesa da interdefinibilidade dos modos deônticos com base neste argumento, no entanto, não deve ser vista isoladamente. Ao argumento da recondução da

⁽²¹⁾ Embora importe ter em conta, para pôr as coisas no seu devido sítio, que a crítica a Alf Ross não pode fazer esquecer, para quem a faz e para quem a lê, que ao célebre jurista dinamarquês se aplica o que tão correctamente de Hans Kelsen disse Santiago Nino: "His work is illuminating even when he makes mistakes" (cfr. Santiago Nino, *Marshall's "Logic" and Kelsen's "Problem"*, in *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995, p. 219).

⁽²²⁾ Cfr. *Directives and Norms*, cit., p. 120.

⁽²³⁾ Cfr. *Directives and Norms*, cit., p. 120.

permissão à obrigação como exceção desta associa-se outro, directamente relacionado com a superioridade do modo de obrigação relativamente ao modo de permissão. Afirmo Alf Ross que o modo de obrigação é o único que pode descrever a totalidade do ordenamento em matéria de normas de conduta, o que é relevante neste contexto porque o autor dinamarquês, se admite ordenamentos exclusivamente formados por normas de obrigação, já não concebe ordenamentos apenas formados com permissões⁽²⁴⁾. A base do raciocínio, que apoia a natureza forte do modo de obrigação, explica-se na parte em que sustenta que, a existirem normas permissivas desligadas de normas de proibição, delas não resultaria nenhuma forma de condução de comportamentos, porque a norma permissiva, por si só, não tem significado normativo nenhum, não estabelecendo, como o próprio diz, guias de conduta. A norma permissiva, por só se compreender no contexto da norma de obrigação, também justifica, então, que a obrigação seja o único modo que pode ser utilizado como operador para expressar qualquer norma⁽²⁵⁾.

A relação entre normas permissivas e normas de obrigação em Alf Ross fica assim relativamente perceptível, sendo que o contexto da sua defesa da interdefinibilidade entre os respectivos modos está, no fundo, na forma como encara a questão da norma primeira, não no sentido da norma fundamental ou da norma de reconhecimento, mas no sentido da modalidade de norma de conduta da qual derivam todas as outras⁽²⁶⁾. É que, para Alf Ross, a norma primeira do ordenamento é uma norma de obrigação, como o chega a afirmar, embora com diferente terminologia, baseando-se na ideia imperativista de só a regulação proibitiva e impositiva ser efectivamente necessária para a ordenação das condutas⁽²⁷⁾. A partir daqui, como se de inferências se tratasse, os seus argumentos da interdefinibilidade não são mais do que meros corolários: (i) o ordenamento jurídico, excluindo as normas secundárias, é um conjunto de proibições e imposições, mais as excepções de permissão, (ii) não há, em princípio, permissões avulsas, porque uma norma de permissão desligada duma norma de obrigação não regula condutas, e (iii) o único modo com significado normativo forte é o de obrigação, pois é o único que pode descrever a ordenação das condutas logicamente admissíveis⁽²⁸⁾.

Os argumentos de Alf Ross, no entanto, levantam uma questão que não pode deixar de ser considerada: saber qual o sentido ordenatório do espaço de

(24) Cfr. *Directives and Norms*, cit., p. 120.

(25) Cfr. *Directives and Norms*, cit., p. 117.

(26) As referências são, claro, às normas de habilitação ou definição do ordenamento em, respectivamente, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., Wien, 1960, pp. 45 e ss.; e Herbert Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 94.

(27) Cfr. Alf Ross, *Directives and Norms*, cit., p. 117.

(28) Cfr. *Directives and Norms*, cit., pp. 116 e ss.

indiferença normativa, que decorre de o ordenamento se esgotar em normas de obrigação com permissões excepcionais das mesmas. A questão justifica-se porque Alf Ross não refere qual o sentido ordenatório que subjaz a esse espaço, levantando a dúvida quanto a não haver aí, de todo, um sentido ordenatório, o que equivaleria, tendo em conta a inaplicabilidade do ordenamento, a uma negação dos modos deônticos. A questão justifica-se, mais ainda, porque, se é claro que todas as condutas, ou as remanescentes, não podem estar sujeitas a normas de obrigação, ou a uma norma geral de obrigação, então, as que ficam fora do âmbito de incidência do ordenamento, necessariamente, não têm regulação⁽²⁹⁾. A dúvida, no entanto, não chega a ter consistência. A afirmação posterior de o espaço de indiferença consistir numa zona de liberdade, onde as condutas ficam na opção de cada sujeito, é a afirmação de que há aí um sentido ordenatório subjacente de permissão⁽³⁰⁾. O problema que daqui decorre, no entanto, é que, assim sendo, os argumentos de Alf Ross contêm uma significativa contradição, como se verá.

A construção pode demonstrar-se com o auxílio de descritores lógicos através da tabela seguinte, onde se mostra em (i) que, se o ordenamento [Or] é composto pelos três modos deônticos na sua versão normativa, representando [x] e [y] todas as previsões e todas as estatuições do mesmo operador deôntico, a negação do mesmo é igual à negação das diferentes normas de conduta; por isso, como se vê em (ii), o que Alf Ross parece pressupor como indiferença [In] teria de ser igual à negação de todas as normas de conduta, sendo que, como visto, a indiferença quanto às condutas não pode equivaler a uma imposição ou proibição das mesmas, como consta de (iii); a indiferença, no entanto, equivale, como depois fica claro, e como só podia ser, a uma permissão não normativizada, como consta de (iv).

(i)	$Or = (x P y \wedge x I y \wedge x Pr y) \rightarrow \sim Or = \sim(x P y \wedge x I y \wedge x Pr y)$
(ii)	$In y = \sim(x P y \wedge x I y \wedge x Pr y)$
(iii)	$\sim\Diamond In y = I y \vee Pr y$
(iv)	$In y = P y$

IV — A CRÍTICA

A primeira consideração aqui relevante passa pela demonstração de a norma primeira, ao contrário do que afirma Alf Ross, não ser uma norma de obrigação,

(29) Cfr. Kazimiers Opalek/Jan Wolenski, *On Weak and Strong Permissions*, cit., p. 178.

(30) Cfr. *Directives and Norms*, cit., pp. 128 e 129.

mas sim, como se entende, uma norma de permissão. A conclusão aparece com a hipótese de um ordenamento em que só exista uma norma, que tudo proíba ou que tudo imponha, ordenamento que seria, naturalmente, inoperativo: o cumprimento dessa norma era impraticável, a norma seria inefectiva, sendo, ao mesmo tempo, por essa razão, inválida ⁽³¹⁾. Ao contrário, já seria aceitável, pelo menos concebível sem as mesmas consequências, um ordenamento em que só existisse uma norma permissiva, que tudo permitisse: naturalmente que se trataria de uma ordenação globalmente limitada, mas a norma não era necessariamente inefectiva, nem, no plano deôntico, se poderia afirmar a respectiva invalidade *a priori*. A norma primeira, assim, só pode ser uma norma permissiva, o que é, desde logo, a negação da afirmação de Alf Ross de o modo de permissão não ter significado normativo isolado: o modo de permissão tem-no de forma tão intensa que é, ao contrário, o único que se pode conceber isoladamente ⁽³²⁾.

Ao mesmo tempo, daqui resulta que, ao contrário do que afirma Alf Ross, em vez de só serem concebíveis ordenamentos com normas de obrigação, sem normas permissivas, o que só pode conceber-se são ordenamentos com normas permissivas: (i) um ordenamento só com normas de obrigação tinha de deixar fora todas as condutas que não fossem proibidas nem impostas, que não teriam assim qualquer ordenação, dado que não podia ser tudo imposto e proibido, como visto, e (ii) um ordenamento só com normas de obrigação seria necessariamente um ordenamento sem alternativas de comportamento: o modelo pressupõe a inexistência de normas permissivas e são apenas estas que as podem conferir ⁽³³⁾. Ao invés, as contrariedades agora vistas já não se verificam na concepção de um ordenamento apenas com normas permissivas: (i) um ordenamento só com permissões já não passa necessariamente por um espaço de indiferença normativa, porque todo ele podia compreender permissões, e (ii) um ordenamento só com permissões conferiria sempre a possibilidade de haver alternativas de comportamento, dado que essa é a natureza da norma permissiva. A conceber-se um ordenamento com uma única modalidade de normas, as respectivas normas só poderiam ser permissivas e não, porque o ordenamento seria inoperativo, normas de obrigação ⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ Ou seja, seria, no sentido alexyano, sociológica e normativamente inválida (cfr. Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2.^a ed., Freiburg, 1994, pp. 139 e ss). Por outro lado, se pode parecer discutível que haja invalidade de uma norma que é a única do ordenamento, é preciso ter em conta que, no verdadeiro sentido kelseniano, a inefectividade extrema e a falta de vinculatividade correlativa já são, por si, causas de invalidade (cfr. Santiago Nino, *Some Confusions Surrounding Kelsen's Concept of Validity*, in *Normativity and Norms*, Oxford, 1998, p. 261).

⁽³²⁾ Quanto à afirmação de Alf Ross, cfr. *Directives and Norms*, cit., p. 120.

⁽³³⁾ Cfr. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 85 e 86; e Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3.^a ed., Frankfurt, 1996, pp. 194 e ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., p. 131.

O argumento de Alf Ross que mais nitidamente falseia os dados da questão, no entanto, é o que decorre da afirmação, meramente empírica, de no ordenamento só haver normas permissivas como exceções de normas de obrigação. É que, em rigor, o argumento declina com a avaliação de qualquer ordenamento jurídico concreto, onde facilmente se descortinam normas permissivas que nada têm a ver com normas de obrigação, pela simples razão de o seu domínio material não estar coberto por normas de obrigação que, com maior âmbito, tenham o mesmo objecto⁽³⁵⁾. Os exemplos são relativamente fáceis de descortinar, desde as normas que conferem permissões de comportamentos humanos básicos, como deslocar-se ou expressar opiniões, a normas que conferem a possibilidade de o exercício de uma norma de competência poder realizar-se desta ou daquela forma⁽³⁶⁾. A constatação empírica quanto à existência de normas permissivas independentes de normas de obrigação parece ser, então, aceitando-se a correcção dos exemplos, totalmente contrária. E a consequência, assim, só pode ser uma: se há no ordenamento normas de permissão não reportadas a normas de obrigação, então, pelo menos com esse fundamento, não há interdefinibilidade dos modos deônticos⁽³⁷⁾.

O aspecto mais problemático da crítica é, no entanto, o que decorre do espaço de indiferença normativa, onde, apesar de forma pouco explícita, se descortina em Alf Ross um sentido ordenatório subjacente de permissão. É claro que a hipótese de esse espaço não ter sentido ordenatório não faz sentido: os modos deônticos esgotam as alternativas de dever ser quanto às condutas e a equivalência da inaplicabilidade do ordenamento a uma negação daqueles consubstanciaria a própria subtracção do comportamento como conduta: a consequência, inevitável, seria a de a zona de indiferença criar a não conduta⁽³⁸⁾. A questão, resolvida como o foi, leva, no entanto, a outra e à contradição já mencionada. Admitir-se que o espaço de indiferença normativa contém uma permissão subjacente significa aceitar, na totalidade, a distinção entre permissões anormativas e permissões normativas, ou seja, significa conceber que, ao lado de normas de

(35) O que é o enunciado de uma relação normativa de excepcionalidade. Cfr. Carlos Alchourrón, *Conflicts of Norms and The Revision of Normative Systems*, in LPh, 1991, vol. 10, p. 423.

(36) Basta ver o que a propósito da questão refere, com uma lista de diferentes tipos de permissões, Ota Weinberger (cfr. *The Expressive Conception of Norms*, cit., pp. 189 e 189).

(37) O que é uma inferência lógica resultante da afirmação de a interdefinibilidade só existir em razão de as normas permissivas apenas se reportarem a normas de obrigação, como visto. Cfr. Alf Ross, *Directives and Norms*, cit., p. 120.

(38) O que é empiricamente inaceitável, mas inevitável como conclusão lógica: se todas as condutas têm sentido ordenatório, haja ou não norma que o expresse, o que agora não interessa, a inexistência de sentido ordenatório para alguma delas só pode equivaler à sua inexistência, sob pena de a primeira premissa ser falsa (cfr., quanto às relações lógicas, Carlos Alchourrón, *On Law and Logic*, in RI, 1996, vol. 9, p. 331).

permissão que consubstanciam exceções a normas de obrigação, mas que permitem, há ainda condutas que, apesar de não reguladas, são também permitidas. O que decorre daqui, em rigor, é o mesmo que resulta da teoria das permissões fracas e fortes, ou seja, é exactamente o que Alf Ross refuta com os seus argumentos da interdefinibilidade ⁽³⁹⁾.

A representação do que se disse pode ver-se através da tabela seguinte, onde em (i) se descreve a hipótese de a zona de indiferença normativa ser a negação das normas de conduta; se retira, em (ii), a conclusão de que, com a negação dos operadores correlativos, essa zona implicaria no plano empírico a própria não conduta; se enuncia, em (iii), que a impossibilidade da não conduta — axioma empírico —, associada à impossibilidade de o sentido ordenatório ser de imposição ou obrigação, leva a que o espaço de indiferença normativa tenha um sentido ordenatório de permissão, sem norma, pelo menos; e se mostra, em (iv), que, assim sendo, a concepção do ordenamento que daí resulta é exactamente igual à da teoria das permissões fracas e fortes, onde a totalidade das condutas se relaciona com uma ordenação formada pelo ordenamento e pela permissão reguladora no caso de inaplicabilidade do ordenamento.

(i)	$In\ y = \sim(x\ P\ y \wedge x\ Pr\ y \wedge x\ I\ y)$
(ii)	$In\ y = \sim(P \wedge Pr \wedge I) \rightarrow \sim y$
(iii)	$(\sim\Diamond\sim y) \wedge (\sim\Diamond\ In\ y = I\ y \vee Pr\ y) \rightarrow In\ y = P\ y$
(iv)	$y^n \Leftrightarrow Or (= x\ P\ y \wedge x\ Pr\ y \wedge x\ I\ y) \wedge \sim Or (= P\ y)$

V — A TEORIA DAS PERMISSÕES FRACAS E FORTES

O ponto essencial da teoria das permissões fracas e fortes prende-se com a consideração de o modo de permissão, ao contrário do que acontece com os restantes modos deônticos, ter diferentes graus intensidade de regulação, basicamente dois, correspondentes a uma permissão menos intensa, a fraca, e a outra mais intensa, a forte ⁽⁴⁰⁾. A permissão fraca é a que resulta da inexistência de norma no ordenamento que expressamente regule uma conduta, pelo que, nessa ausência, a conduta é permitida, mas apenas no sentido em que não há proibição nem imposição a impender sobre a mesma ⁽⁴¹⁾. Ao invés, a permissão forte

⁽³⁹⁾ Cfr. *Directives and Norms*, cit., pp. 116 e ss.

⁽⁴⁰⁾ E, refere-se que há basicamente dois graus de intensidade, porque, em rigor, Georg von Wright (cfr. *Norm and Action*, cit., p. 88) menciona ainda diferentes graus dentro da permissão forte, não relevantes aqui.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Georg von Wright, *Norms and Action*, cit., p. 86.

é uma permissão que directamente resulta de uma norma vigente no ordenamento jurídico, norma essa que estabelece, portanto, que a conduta em causa pode verificar-se: a conduta está igualmente permitida, só que, ao contrário do caso anterior, agora está submetida a uma norma ⁽⁴²⁾. A distinção entre as permissões fracas e fortes é, por isso, linear: resume-se à inexistência ou existência de norma, sendo que, em ambos os casos, o sentido ordenatório da conduta é sempre o de permissão ⁽⁴³⁾.

Ao mesmo tempo, como se disse, a teoria das permissões fracas e fortes tem sido a mais significativa base sustentação da negação da interdefinibilidade dos modos deônticos, negação que parte, exactamente, da diferença entre os dois tipos de permissão. A sequência é, em termos sumários, a seguinte: sendo o que é permitido no sentido fraco o contrário do que é obrigado, porque não tem regulação e, por isso, não é proibido ou imposto, então, o que é permitido no sentido forte já não é apenas o contrário do que é obrigado, porque é necessariamente diferente ⁽⁴⁴⁾. A permissão forte, assim, torna-se autónoma da simples negação da obrigação, ou seja, da permissão fraca, não sendo, portanto, reconduzível àquela. A interdefinibilidade dos modos deônticos fica, deste modo, posta em causa, dado que, como aí se afirma, o modo de permissão não é, globalmente considerado, o correlativo negativo do modo de obrigação. A ordenação de condutas necessita conjuntamente, por conseguinte, dos operadores de permissão e de obrigação, na medida em que apenas a permissão fraca pode ser descrita com a negação do operador de obrigação ⁽⁴⁵⁾.

A teoria das permissões fracas e fortes, apesar das críticas que suscita, tem-se mantido, ao longo do tempo, como um suporte da negação da interdefinibilidade. A última razão dessa sobrevivência está hoje no chamado argumento das autoridades normativas, com base no qual a distinção entre as permissões, como é dito, continua a justificar-se ⁽⁴⁶⁾. A explicação do mesmo, sumariamente, baseia-se no seguinte: (i) se uma conduta é permitida através de uma norma quando antes não era objecto de qualquer regulação, a conduta passa de uma situação de permissão fraca para uma situação de permissão forte, através

⁽⁴²⁾ Cfr. Georg von Wright, *Norms and Action*, cit., p. 86.

⁽⁴³⁾ Cfr. Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Permisos y Normas Permisivas*, cit., p. 218.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Georg von Wright, *Norms and Action*, cit., p. 85.

⁽⁴⁵⁾ Como exemplo de evolução da teoria na negação da interdefinibilidade, embora já, apenas, na perspectiva do uso descritivo dos modos deônticos, que se considera irrelevante, Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, cit., pp. 177 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Outros exemplos da teoria em Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas*, cit., pp. 52 e ss.; e Ota Weinberger, *Der Erlaubnisbegriff und der Aufbau der Normenlogik*, cit., pp. 127 e ss.

da norma permissiva ⁽⁴⁷⁾; (ii) como o ordenamento tem diferentes autoridades normativas, que podem emitir normas sobre essa conduta, fica claro que a autoridade normativa subordinada à que emitiu a permissão forte se encontra em diferente situação sobre a conduta antes e depois da norma ⁽⁴⁸⁾; (iii) antes da permissão forte a conduta podia ser pela autoridade normativa subordinada proibida, permitida ou imposta, mas, depois da permissão expressa, esta autoridade normativa já não pode proibir ou impor a conduta. A diferença entre o antes e o depois da regulação da conduta pela permissão forte justifica, então, a distinção entre os dois tipos de permissão ⁽⁴⁹⁾.

VI — A IRRELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO PARA EFEITOS DO SENTIDO ORDENATÓRIO DE PERMISSÃO

A questão central com a qual a teoria das permissões fracas e fortes tem de se debater é a de saber qual a diferença efectiva entre ambos os tipos de permissão, no que concerne ao que é efectivamente relevante: o sentido ordenatório de uma conduta na relação entre os modos deônticos. É que, em rigor, a permissão, para efeitos de regulação de uma conduta, é exactamente igual no caso de estar normativamente prevista, como no caso contrário, admitindo, naturalmente, que podem existir sentidos ordenatórios anormativos, como é pressuposto da referida teoria ⁽⁵⁰⁾. A conduta, em ambos os casos, é sempre permitida e, na contraposição com os restantes modos, está sempre num estado de negação da aplicação dos operadores destes. A teoria das permissões fracas e fortes, por outro lado, também não explica, como se entende, de que modo a independência do modo de permissão, quando se trate de uma permissão forte, preclude a interdefinibilidade com o modo de obrigação ⁽⁵¹⁾. A autonomia que a permissão forte tem relativamente à obrigação, resultado de ser apenas a permissão fraca a negação desta, não explica porque é que a permissão forte também não nega o modo de obrigação. Aliás, esta inexplicabilidade já levou,

(47) Cfr. Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Permisos y Normas Permisivas*, cit., p. 235.

(48) Cfr. Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Permisos y Normas Permisivas*, cit., p. 236.

(49) Cfr. também, embora com diferente terminología, Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Libertad y Autoridad Normativa*, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pp. 244 e ss.

(50) E que é necessário admitir sempre que se aceite ou considere a existência de um espaço de indiferença normativa, como visto antes. Quanto ao sentido ordenatório da indiferença, Kazimiers Opalek/Jan Wolenski, *On Weak and Strong Permissions*, cit., p. 181.

(51) Falta de explicação esta que se materializa em várias dúvidas, afirmadas expressamente na própria exposição da versão original da teoria. Cfr. Georg von Wright, *Norms and Action*, cit., p. 92.

em versões mais actuais da teoria, a uma revisão parcial da negação da interdefinibilidade ⁽⁵²⁾.

O argumento das autoridades normativas não pode também deixar de ser contestado, nomeadamente como argumento relevante para a questão da diferença entre as permissões, onde o que está em causa é saber se o destinatário da permissão é diferentemente regido nos casos em que, relativamente a uma conduta, a permissão é de um ou outro tipo ⁽⁵³⁾. A contestação ao argumento resulta logo do facto de desfocalizar a questão, dado que o mesmo não incide sobre a diferença entre permissões, mas sim sobre as consequências da existência de diferentes planos hierárquicos entre duas normas de competência. O que o argumento mostra, assim, não concerne à permissão, mas antes, ao resultado da existência de duas normas de competência, onde, acrescidamente, uma norma de hierarquia faz limitar o exercício de uma delas quando é exercida a outra ⁽⁵⁴⁾. A norma permissiva nada tem a ver com isso e o exemplo teria idêntico efeito, o que o demonstra, se a autoridade normativa superior, em vez de uma norma permissiva, tivesse emitido uma norma proibitiva ou impositiva: a autoridade normativa subordinada estaria, igualmente, impedida de regular a conduta em diferente sentido.

O argumento das autoridades normativas, por isso, faz intervir no problema da diferença entre permissões algo que lhe é totalmente exterior: a existência de normas de competência que têm diferentes níveis hierárquicos e que, por isso, fazem com que o exercício da norma de competência de nível inferior fique sujeito à conformidade com as normas que resultam do exercício da norma de competência superior. O que o argumento mostra, então, é a relação operativa entre essas normas e não a diferença de regulação, pois em ambos os casos, claro, o destinatário da permissão pode realizar a conduta de forma indiferenciada ⁽⁵⁵⁾. O argumento, bem vistas as coisas, acaba por estar ainda mais distante da norma permissiva do que a afirmação que enuncia que uma permissão, quando tenha mais do que um destinatário, é sempre, também, uma norma proibitiva, como se isso fosse relevante para a permissão enquanto tal. A distinção entre as permissões fracas e fortes, assim, mesmo que tenha alguma utilidade linguística, parece não ter relevo no que concerne a diferentes modos de dever ser ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ Cfr. Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin (cfr. *Permisos y Normas Permisivas*, cit., p. 219), através da admissão da interdefinibilidade no uso prescriptivo dos modos deônticos, uso que é, no fundo, o único relevante.

⁽⁵³⁾ Ou seja, onde o que é relevante é saber se há uma *different normative force* entre elas, como diz Joseph Raz (cfr. *Practical Reason and Norms*, cit., p. 87).

⁽⁵⁴⁾ Objecção da qual há alguma consciência, como se pode ver em Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Libertad y Autoridad Normativa*, cit., p. 245.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 87 e 88.

⁽⁵⁶⁾ Outras críticas à teoria das permissões fracas e fortes em Kazimiers Opalek/Jan Wolenski, *On Weak and Strong Permissions*, cit., p. 181.

VII — A NORMA PERMISSIVA GERAL E A INTERDEFINIBILIDADE

As dificuldades da teoria das permissões fracas e fortes, no entanto, não passam apenas pelas críticas efectuadas: mais do que isso, o que aparece como posto em causa é a totalidade da distinção, dado que se entende que não existem permissões fracas⁽⁵⁷⁾. Afirma-se agora, então, a premissa básica que esteve subjacente à crítica à interdefinibilidade em Alf Ross, que nega a teoria das permissões fracas e fortes, e que, ao mesmo tempo, é o fundamento primeiro da interdefinibilidade aqui defendida, tal como visto com o enunciado da solução: em matéria de normas de conduta, o ordenamento contém sempre uma norma permissiva geral que cobre todo e qualquer comportamento, fazendo com que as normas de obrigação não sejam mais do que normas excepcionais⁽⁵⁸⁾. A norma permissiva geral é uma norma jurídica, efectivamente vigente em qualquer ordenamento, e é, por isso, a razão da negação daquelas referências: é a razão de ser de não haver espaço de indiferença normativa em matéria de normas primárias, de não haver, também, permissões fracas, que assim são consumidas, e, ainda, de as normas de obrigação não serem mais do que o correlativo negativo, no espaço normativo que ocupam, do que é assim permitido⁽⁵⁹⁾.

A propósito da relação entre o modo de permissão e o modo de obrigação já houve oportunidade de afirmar que a norma primeira, em matéria de condutas, é necessariamente uma norma permissiva: (i) se for necessário conceber um ordenamento com uma única norma geral essa norma só pode ser permissiva e (ii) a ter de se conceber um ordenamento com normas de uma única modalidade, também só com normas permissivas é que esse ordenamento é concebível. O modo permissivo, por isso, é o modo deôntico de base do ordenamento, ao abrigo do qual todo o conjunto de normas é organizado, podendo afirmar-se que a regulação de condutas proibidas e impostas se realiza por contraposição ao carácter permitido dos comportamentos não sujeitos a normas de obrigação⁽⁶⁰⁾.

(57) O que também é dito por Kazimiers Opalek/Jan Wolenski (cfr. *On Weak and Strong Permissions*, cit., p. 182), mas na perspectiva de não haver, sequer, normas permissivas.

(58) A norma permissiva geral é, portanto, uma norma geral de liberdade de condutas humanas, no sentido alexyano. Cfr. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 309 e ss.

(59) Pelo que, com esta norma permissiva geral, não há apenas uma liberdade negativa reconhecida pelo ordenamento, ao jeito kelseniano, mas, mais do que isso, uma liberdade positiva geral, que directamente tudo permite (cfr., quanto à referência, Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, pp. 106 e 107).

(60) O que se reconduz, ainda no pensamento não normativo, ao chamado axioma ontológico, que afirma que a liberdade do homem é um *prius* em relação à própria experiência jurídica. As referências em Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Libertad y Autoridad Normativa*, cit., p. 240.

A afirmação feita de, em matéria de normas de conduta, a norma primeira ser uma norma permissiva, não basta, no entanto, para justificar a existência de uma norma permissiva geral. O mais que permite é fundamentar que, a existir uma norma de conduta geral, essa norma só pode ser permissiva, ficando por demonstrar, no entanto, o salto que vai desde essa afirmação à que agora se realizou, relativa à vigência em qualquer ordenamento de uma norma permissiva geral. A respectiva demonstração, por isso, não pode ser lógica, mas apenas empírica ⁽⁶¹⁾.

Ao contrário de Alf Ross, radicalmente, que afirmava desconhecer um ordenamento em que existissem normas permissivas que não fossem exceções a normas de obrigação, a avaliação das normas vigentes no ordenamento permite concluir, exactamente ao invés, que vigora sempre uma norma permissiva geral: o ordenamento contém sempre uma norma que permite todas e quaisquer condutas. A constatação decorre da mera análise de quaisquer conjuntos normativos encarregues de estabelecer as situações jurídicas fundamentais, onde sempre se encontra, à cabeça, um enunciado normativo que contém um direito geral de liberdade, o que não é mais do que o domínio material de uma norma que confere uma permissão ilimitada de acção humana, limitada depois por outras normas que, com idêntico ou diferentes operadores deônticos, estabelecem, através de distintos domínios materiais, os contornos do permitido e do não permitido ⁽⁶²⁾. A norma que confere um direito geral de liberdade é, portanto, a norma permissiva geral, dado que o domínio material da comunicação *todos têm direito à liberdade* é, rigorosamente, a permissão de qualquer conduta: se apenas existisse no ordenamento a norma aí contida, a situação ordenatória seria igual à da permissão geral originária, dado que não haveria quaisquer restrições à conduta humana ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ É que, se a lógica pode estabelecer relações entre normas, não pode, por si só, autonomamente, determinar a existência de normas. Cfr. Roberto Vernengo, *On Logical Interpretation of Legal Sentences*, in ARSP, 1993, vol. 79, p. 6.

⁽⁶²⁾ Exemplos de normas permissivas gerais através do enunciado de um direito geral de liberdade, em casos soltos, podem ver-se no artigo 7.º, n.º 1, da constituição finlandesa (*everyone has the right to personal liberty*), no artigo 13.º, n.º 1, da constituição italiana (*personal freedom shall be inviolable*), no artigo 2.º, n.º 1, da lei fundamental alemã (*free development of personality*), ou no artigo 31.º, n.º 1, da constituição polaca (*freedom of the person shall receive legal protection*). No caso português, a sede da norma permissiva geral encontra-se no artigo 27.º, n.º 1, da constituição (*todos têm direito à liberdade*), cuja fórmula textual serve aqui como modelo de enunciado paralelo. A questão da má inserção sistemática do enunciado no texto português, em artigo integralmente subordinado ao direito à segurança — o que tem gerado vários equívocos a propósito da relação entre ambos e da definição do próprio sentido de liberdade aqui presente —, não é, obviamente, tratada aqui.

⁽⁶³⁾ Ou seja, o tal axioma ontológico, só que normativizado. Cfr. Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Libertad y Autoridad Normativa*, cit., pp. 240 e 241.

A partir da fórmula linguística *todos têm direito à liberdade*, pode-se ver na tabela seguinte como essa oração normativa é uma reversão de *em qualquer circunstância é permitida qualquer acção humana*, o que seria o texto paradigmático da norma permissiva geral; a igualdade apura-se com base no critério de a norma retirada ser igual em ambos os casos, desde que se mantenha a fidelidade aos sentidos semânticos objectivos dos dois enunciados.

com o enunciado em qualquer circunstância é permitida qualquer acção humana
a estatuição é: qualquer acção humana $\rightarrow y^n$
o operador deontico é: é permitida $\rightarrow P$
a previsão é: em qualquer circunstância $\rightarrow x$
a norma é: $x P y^n$, e aquele enunciado o que melhor descreve a permissão geral
o enunciado <i>todos têm direito à liberdade</i> , no entanto, também conduz a: $x P y^n$
$\rightarrow y^n$, porque a liberdade não está aqui limitada, representa e abrange qualquer acção
$\rightarrow P$, porque a correspondência entre o ter direito e os modos deonticos, aqui, só pode significar permissão
$\rightarrow x$, porque há sempre uma dependência condicional da estatuição, mesmo que não escrita

A compreensão da extensão da norma que confere a permissão geral de condutas, por outro lado, não necessita, sequer, que se traga à colação a sua natureza de princípio, cujo efeito é, como é sabido, a respectiva expansibilidade no ordenamento até à convergência com normas de sinal contrário, regulando desse modo toda a realidade entretanto envolvida. A desnecessidade deste suporte técnico deriva, logo, do seu próprio domínio material, que compreende, por si só, todas as condutas: a afirmação deontica de uma liberdade geral é a afirmação de que quaisquer condutas podem realizar-se⁽⁶⁴⁾. Ao mesmo tempo, a extensão da norma não é afectada pelas observações tradicionais de falta de determinabilidade da situação jurídica. É que, aqui, não está em causa se a norma define um direito, ou situação jurídica similar, mas antes se dela resulta a determinação de uma permissão omnicomprensiva, que, depois, se defina pelas próprias limitações decorrentes das restantes normas. A norma de permissão geral apenas releva, assim, neste plano, onde funciona como a norma geral em matéria de condutas, sendo a falta de determinabilidade uma questão que passa ao lado deste problema⁽⁶⁵⁾.

(64) Quanto às características das normas de princípio, Jan Sieckmann, *Richtigkeit und Objectivität im Prinzipienmodell*, in ARPS, 1997, vol. 83, pp. 14 e ss.; e Stephen Utz, *Rules, Principles, Algorithms and the Description of Legal Systems*, in RI, vol. 5, 1992, pp. 23 e ss.

(65) A distinção destes planos em Alf Ross, *On Law and Justice* (tradução argentina de Genaro Carrió, 1994), p. 168; e, ainda, num certo sentido, Karl Olivecrona, *Legal Language and Reality*, in *Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, 1962, pp. 182 e 183.

A avaliação empírica relativa à efectiva existência de uma norma permissiva geral no ordenamento baseou-se no universo de normas que resultam de enunciados textuais de normas, o que permitiu ver que a afirmação da existência dessa norma é, logo aí, demonstrável. A avaliação em causa, no entanto, não seria decisiva, dado que se entende que a norma permissiva geral existe e vigora no ordenamento, também, como norma de raiz consuetudinária, o que desfaz também qualquer dúvida sobre a sua correlação intrínseca ao que se define como o ordenamento⁽⁶⁶⁾. A permissão geral é assim, desde logo, uma norma consuetudinária: (i) as condutas humanas estão associadas a um sentido deôntico de permissão, podendo realizar-se desde que dentro do quadro das restantes normas do ordenamento jurídico e (ii) esse sentido só pode ser jurídico, porque seapura por contraposição a normas dessa natureza, as correlativas normas de obrigação. Assim sendo, a própria realização da liberdade atesta a vigência, como norma consuetudinária do ordenamento jurídico, da permissão geral⁽⁶⁷⁾. É que, em rigor, na estática de um ordenamento, se o que se pode fazer jurídico seapura pelo que não se pode fazer jurídico, o que se pode fazer é sempre jurídico e pode-se sempre fazer.

A vigência de uma norma permissiva geral no ordenamento é, então, a justificação específica aqui formulada para a interdefinibilidade dos modos deônticos, tal com foi, desde logo, apresentada como solução do problema. A justificação, assim sendo, resume-se às duas seguintes premissas: (i) como há uma norma que permite positivamente todas as condutas, essa norma permissiva geral é o contrário das normas de obrigação que apenas a visam negar, sendo que, (ii) assim, o que é proibido ou imposto não pode deixar de ser, exactamente, o contrário do que é permitido, porque tudo é permitido caso não seja imposto⁽⁶⁸⁾. Ao mesmo tempo, tendo sempre em conta que apenas se fala de normas primárias, a vigência dessa norma permite ainda ver a correlativa concepção do ordenamento, compreendendo-se a diferente mundividência do mesmo relativamente a Alf Ross e à teoria das permissões fracas e fortes. As ideias base da respectiva organização são, então, as seguintes: (i) o ordenamento não tem qualquer espaço

(66) E que não condiz com a ideia de *master system* de Carlos Alchourrón, que expressa a concepção de um sistema normativo ideal (cfr. *On Law and Logic*, cit., p. 333). O ordenamento, aqui, é a referência teórica dos ordenamentos jurídicos existentes (cfr. Luigi Ferrajoli, *The Semantics of the Theory of Law*, in *Law and Language*, Liverpool, 1997, p. 250).

(67) Cfr., genericamente, Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, cit., p. 284. Sobre a interpretação do costume, incidindo na prática e no seu significado normativo, com vista à afirmação da vigência de uma norma, Riccardo Guastini, *Reencuentro con la Interpretación*, in *Distinguiendo*, Barcelona, 1999, p. 207.

(68) A interdefinibilidade dos modos deônticos, como se pode ver, justifica-se, então, com argumentos que são exactamente os contrários daqueles de que se servia Alf Ross (cfr. *Directives and Norms*, cit., p. 120) para defender o mesmo resultado.

de indiferença normativa, porque a norma permissiva geral consome as respectivas permissões fracas, e (ii) todas as condutas têm uma regulação directa, que decorre das normas de obrigação e permissões avulsas ou, genericamente, da norma permissiva geral ⁽⁶⁹⁾.

A tabela seguinte representa as afirmações anteriores: assim, em (i), descreve-se a regulação de condutas pelo prisma da teoria das permissões fracas e fortes — e de Alf Ross, como visto —, onde se vê que a totalidade das condutas se relaciona com uma regulação formada pelo ordenamento, composto pelas três modalidades de normas primárias, ao qual acresce o espaço de indiferença normativa, com sentido ordenatório de permissão; no entanto, como essa permissão não normativa pertence à norma permissiva geral, em (ii), isso significa que, apesar da contradição, aquele espaço também pertence ao ordenamento; o que daqui resulta, como consta de (iii), é que o ordenamento regula todas as condutas com as três modalidades de normas e a norma permissiva geral, que abrange, com a excepção das condutas especialmente reguladas, todas as restantes; sendo a negação do ordenamento, naturalmente, um conjunto vazio, como consta de (iv).

(i)	$y^n \Leftrightarrow Or (= x P y \wedge x Pr y \wedge x I y) \wedge \sim Or (= P y)$
(ii)	$P y \in x P y^n \rightarrow \sim Or \in Or$
(iii)	$Or = (x P y^n \wedge x P y \wedge x Pr y \wedge x I y)$
(iv)	$\sim Or = \emptyset$

VIII — A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO EM MATÉRIA DE NORMAS PRIMÁRIAS: BREVES CONSEQUÊNCIAS

A existência de uma norma permissiva geral, como não é difícil de intuir, tem várias consequências na compreensão do ordenamento e na relação entre as normas, justificando-se no presente contexto, para além da fundamentação da interdefinibilidade, analisar as que dizem respeito: (i) a saber se há ou não lacunas no ordenamento jurídico, (ii) a compreender a natureza excepcional das normas de obrigação e (iii) a articular a relação entre a norma permissiva geral e todas as restantes normas permissivas ⁽⁷⁰⁾. A questão (i) é, no entanto, a questão ful-

⁽⁶⁹⁾ Quanto à concepção do ordenamento em Alf Ross, Riccardo Guastini, *Alf Ross: une Théorie du Droit et de la Science Juridique*, in *Théorie du Droit et Science*, Paris, 1994, pp. 260 e 261. Quanto ao mesmo, na teoria das permissões fracas e fortes, Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, cit., pp. 170 e ss.

⁽⁷⁰⁾ Um exemplo, embora limitado, como se entende, do que possam ser as restantes normas permissivas pode ver-se em Ota Weinberger, *The Expressive Conception of Norms*, cit.,

cral, que, apesar de estar já praticamente respondida, por se ter dito que não havia qualquer espaço de indiferença normativa, precisa ainda de alguma definição de contornos. A norma permissiva geral, convém não esquecer, à luz da distinção hartiana feita inicialmente, é apenas uma norma de conduta, sendo que, por isso, não tem qualquer projecção, nem relevo, em sede de normas secundárias ⁽⁷¹⁾.

A norma permissiva geral, como visto, consome e preclui a existência de um espaço de indiferença normativa em matéria de normas de conduta, absorvendo também as condutas aparentemente não reguladas que, pelo padrão normativo de regulação, o devessem ser ⁽⁷²⁾. As condutas dos sujeitos a quem o direito se aplica, deste modo, ficam totalmente dominadas por uma norma que tudo permite, sendo que, depois, conduta a conduta, é necessário apurar se, sobre a que estiver em causa, impende ou não uma específica norma que estabeleça uma imposição ou uma proibição. A consequência é, por isso, natural: no plano das normas primárias não se pode afirmar que o ordenamento tenha lacunas, na estrita medida em que a acção humana está integralmente regulada pelo conjunto de normas primárias. É irrelevante, inclusive, que o conjunto seja quantitativamente diminuto ou que, ao invés, haja uma multiplicidade de comportamentos especificamente regulados. A existência de uma norma permissiva geral confere sempre plenitude ao ordenamento em matéria de normas primárias, podendo afirmar-se que, desde os comportamentos mais básicos às condutas que são ainda só meras hipóteses de acção humana, o sentido deôntico a aplicar é sempre o de permissão, na inexistência de qualquer outro que no caso caiba ⁽⁷³⁾.

O que resulta das considerações anteriores, pelo menos em matéria de normas primárias, é que nem faz sentido distinguir entre lacunas e espaço de indiferença normativa, pondo já de parte a questão das chamadas lacunas axiológicas, que não são em rigor lacunas, mas apenas problemas de conflitos de

pp. 188 e 189. A referência, aqui, reporta-se também a todas as normas que têm sido referidas como permissões avulsas.

⁽⁷¹⁾ Apesar de se entender, como já se aflorou, que os modos deônticos das normas secundárias são derivações dos modos das normas primárias, ao contrário de Dick Ruiters (cfr. *Legal Powers*, in *Normativity and Norms*, Oxford, 1998, pp. 471 e 472.), e mais no sentido do próprio Alf Ross (cfr. *Directives and Norms*, cit., p. 118). As questões, no entanto, não se confundem, porque uma diz respeito ao âmbito de uma norma de um determinado modo e outra, apenas, aos modos de várias normas.

⁽⁷²⁾ Para se utilizar a noção de lacuna, tal como é referida comumente (cfr. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., Berlin, 1991, p. 373).

⁽⁷³⁾ Resolvendo-se o problema quanto às lacunas originárias — relativas a comportamentos não regulados pelo ordenamento — e às lacunas derivadas — relativas a condutas novas, por exemplo, criadas através de novas técnicas que permitem comportamentos humanos novos, impossíveis à luz da situação tecnológica anterior (quanto à distinção, Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Introducción à la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, cit., p. 165).

normas onde há questões de natureza moral a incidir sobre uma das diferentes soluções possíveis (74). A falta de sentido daquela distinção, à luz da norma permissiva geral, fica patente em cada uma das partes: (i) não há sentido para condutas juridicamente indiferentes, não havendo qualquer extrajudicialidade nesta matéria, porque a norma permissiva geral é já um sentido ordenatório pretendido para a regulação de qualquer conduta humana (75) e (ii) não há espaço teórico para a lacuna, porque sendo tudo regulado, não se coloca o plano do que deveria ter disciplina normativa e não tem. A distinção, portanto, decai, porque claudica a própria ideia de espaço de indiferença normativa. A existência permanente de solução para a questão do direito aplicável a uma conduta faz com que, neste contexto, falar de lacunas seja imperitante (76).

A concepção do problema é relativamente semelhante nas conclusões, mas algo distinta nos fundamentos, quando não se pensa na lacuna enquanto insuficiência regulativa pela inexistência de norma aplicável, a chamada lacuna normativa, mas antes na designada lacuna jurídica, ou seja, na lacuna que decorre de o direito, na globalidade, não conter a resolução de um problema específico (77). A questão passa por outros fundamentos, aqui, porque a lacuna jurídica deriva de um pensamento que compreende a possibilidade, por demonstrar, de um dever ser jurídico não reconduzível a normas: em rigor, a lacuna jurídica não existe. O direito é, apenas e só, um conjunto de normas, sejam princípios ou regras, integralmente compostas de previsão, operador deôntico e estatuição, e nada mais há que possa dar solução a uma questão de dependência jurídica que

(74) Trata-se apenas de um problema de inaplicabilidade de uma norma que, por insuficiência da previsão, conduz a resultados tidos como moralmente inaceitáveis (referindo-se a lacunas axiológicas, Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, cit., p. 287). A questão, no entanto, ou (i) é sempre uma questão de desconformidade normativa, quando há uma norma jurídica superior que faça a censura desse esquecimento, ou (ii) é uma questão de inaplicabilidade da norma insuficiente, aplicando-se sempre outra, como visto.

(75) Fica assim claro que se entende ser incorrecto dizer-se que há condutas irrelevantes para o direito, como é comum dizer-se e como também afirma Alf Ross (cfr. *Directives and Norms*, cit., p. 129): o que há são condutas que o direito entende que podem realizar-se dentro da liberdade individual, deixando-as, pela ausência de outra norma, sob a alçada da norma permissiva geral.

(76) Por outro lado, como a norma permissiva geral é uma norma de regulação de quaisquer condutas, não faz sentido aqui a distinção entre sistemas abertos e fechados (cfr. Ota Weinberger, *The Expressive Conception of Norms*, cit., p. 188; e Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, cit., p. 170), porque a própria configuração da norma produz idênticos resultados em ambos os casos.

(77) A noção de lacuna jurídica em Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 375 e 376; num sentido inaceitável, como se a norma consuetudinária não fizesse parte do ordenamento, Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, cit., p. 177.

não seja uma dessas unidades do ordenamento ⁽⁷⁸⁾. A regulação jurídica, por isso, esgota-se na norma e todas as soluções jurídicas não são mais do que a aplicação de uma estatuição, seja qual for o processo de determinação da norma aplicável que esteja em causa ⁽⁷⁹⁾. Ao contrário do que se verifica nas considerações anteriores, limitadas a normas de conduta, a questão, aqui, não se esgota, naturalmente, nas normas primárias.

A afirmação da inexistência de lacunas não é, no entanto, total, porque ela parte da assunção da vigência de uma norma permissiva geral, que só cobre o espaço das normas de conduta. O ordenamento é naturalmente incompleto, mas a sua incompletude apenas se manifesta nas normas secundárias, ou seja, nas normas que se reportam a outras normas. A lacuna como situação ordenamental não é, deste modo, questionada, havendo lacunas sempre que haja insuficiências de regulação, o que, assim sendo, apenas ocorre nos casos em que não existe ou é limitada a ordenação que permite a aplicação de uma norma que carece de outra para cumprir a sua tarefa de regulação ⁽⁸⁰⁾. A incompletude do ordenamento é visível, então, em vários casos, desde a insuficiência de norma de competência que faz faltar o modo de exercício de uma situação jurídica à insuficiência de norma que preveja a resolução de um conflito normativo, passando pela norma de definição semântica que deixou de parte um enunciado que, tudo somado, nela deveria caber. O ordenamento compreende lacunas, certamente, mas o critério é objectivamente determinado: a lacuna só existe se a insuficiência resultar da falta regulativa de uma norma secundária ⁽⁸¹⁾.

A existência de uma norma permissiva geral, voltando ao estrito domínio das normas primárias e analisando agora a questão (ii), relativa à relação normativa com as normas de obrigação, significa que o ordenamento tem uma norma de conduta de carácter geral, relativamente à qual todas as outras de diferente operador deôntico se encontram numa relação de excepcionalidade. As normas de obri-

⁽⁷⁸⁾ É que, se toda a norma é a indicação de um dever ser, como refere Simone Goyard-Fabre (cfr. *De L'Idée de Norme à la Science des Normes*, in *Théorie du Droit et Science*, Paris, 1994, p. 215), o dever ser também só pode ser normativo. Cfr., ainda, Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., p. 199.

⁽⁷⁹⁾ É sempre aplicável uma estatuição, que é normativa, mesmo que a solução, para dar o exemplo mais "hard case", resulte de ponderações de normas de princípio: neste caso, é a estatuição do princípio prevalecte que se aplica, sendo essa a norma que determina a solução (cfr., nomeadamente, Jan Sieckman, *Abwägung von Rechten*, in ARPS, 1995, vol. 81, p. 172; e Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 79 e ss.).

⁽⁸⁰⁾ Há, assim, apenas, uma completude parcial do ordenamento, globalmente considerado.

⁽⁸¹⁾ Pelo que a lacuna, como insuficiência normativa exclusiva do conjunto das normas secundárias, prescinde das considerações tradicionais (cfr. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 373), necessárias para a diferenciar do espaço de indiferença normativa.

gação, quer se trate de normas de proibição ou de normas de imposição, são todas, por isso, normas excepcionais, na medida em que o respectivo domínio material conduz à produção de efeitos de sinal contrário aos que decorreriam da aplicação da norma permissiva⁽⁸²⁾. A todas as normas de obrigação aplicam-se, então, as normas secundárias que regulam a aplicação de normas excepcionais, o que significa, por exemplo, que qualquer norma de obrigação estaria sujeita à norma que proíbe a aplicação analógica. A questão, no entanto, não se chega sequer a colocar: como se trata de normas primárias, não há sequer lacuna, pelo que a proibição de aplicação analógica apenas reflecte o dever ser de aplicação da norma permissiva geral ao caso que, aparentemente, poderia justificar uma decisão proibitiva ou impositiva à luz da analogia⁽⁸³⁾.

A norma permissiva geral, abordando a questão (iii), relativa à articulação com outras normas permissivas, aparece também como uma norma de aparente irrelevância das restantes normas permissivas do ordenamento, dado que, à primeira vista, a permissão geral faz das restantes normas permissivas meras repetições do efeito jurídico de permissão para condutas específicas. A questão, no entanto, não é tão linear⁽⁸⁴⁾. As restantes normas permissivas do ordenamento não se limitam a conferir a permissão do comportamento à luz da definição hipotética do mesmo. A respectiva função normativa, pelo menos fora dos casos com contornos claramente declarativos, é a de estabelecer as condições de realização da conduta, configurando desta forma, desde logo, limites ou formas acessórias da acção⁽⁸⁵⁾. Aliás, a razão de ser destas normas permissivas avulsas está, exactamente, na definição das condições da permissão e, por conseguinte, na realização normativa imediata da ponderação entre a própria permissão geral e as normas de sinal contrário que impõem que a permissão só se justifique em

(82) A relação de generalidade excepcionalidade que assim se formula no conjunto de normas primárias do ordenamento é, portanto, em virtude da norma permissiva geral, exactamente a oposta da relação de Alf Ross (cfr. *Directives and Norms*, cit., pp. 120 e ss.), onde, como se viu, as normas permissivas é que eram as normas excepcionais do conjunto de normas de conduta.

(83) Em rigor, o resultado da norma permissiva geral quanto à norma de proibição de aplicação analógica de normas excepcionais é que esta norma — que é uma norma secundária — tem apenas como domínio material as normas secundárias. Quanto à analogia na resolução de lacunas, em termos genéricos, Bernard Jackson, *Analogy in Legal Science: Some Comparative Observations*, in *Legal Knowledge and Analogy*, Dordrecht, 1991, pp. 154 e 155.

(84) Na perspectiva da relação entre a norma do direito geral de liberdade e as normas das liberdades especiais, mas para aqui totalmente transplantável, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 350 e ss.

(85) Referindo-se apenas a uma definição da certeza da permissão da acção, Ota Weinberger, *The Expressive Conception of Norms*, cit., p. 189. Cfr., ainda, diferentemente, Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms*, cit., p. 96.

determinadas circunstâncias da acção específica em causa ⁽⁸⁶⁾. Ao aplicarem a permissão geral a hipóteses específicas com definição de condições de conduta permitida, as restantes normas permissivas são, assim, relativamente à norma permissiva geral, normas especiais, que precludem, portanto, a aplicação da norma geral no específico domínio normativo destas.

⁽⁸⁶⁾ As normas permissivas avulsas funcionam deste modo, na perspectiva da criação material de normas, como concretizações da norma permissiva geral na colisão com outras normas do ordenamento, através da especificação da permissão para uma previsão normativa mais definida.