

A argumentação jurídico-constitucional comparada sobre hierarquia normativa

*Ricardo Sousa da Cunha*¹

Resumo: A hierarquia normativa pode parecer uma das questões mais típicas de cada sistema jurídico-constitucional por relacionar fontes de Direito batizadas internamente, mas quando perspetivada a partir de exemplos comparados, constata-se que esta solução jurídica procura resolver um problema comum a diferentes sistemas jurídicos comparados, com diferentes origens históricas e localização geográfica. A procura pela unidade da argumentação jurídica comparada constitucional, que aqui se enceta a partir do mesmo exemplo material, é um dos decisivos passos na adequada consideração do argumento jurídico comparado, em especial, em ordenamentos jurídicos com uma grande abertura ao Direito Internacional e Comparado, como o Timorense.

Palavras-chave: (1) Direito Comparado, (2) Constituição, (3) Argumentação Jurídica Comparada.

¹ O autor é Doutor em Ciência Jurídicas-Públicas pela Escola de Direito da Universidade do Minho, *Master in International Law* pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atualmente, é Professor Adjunto no Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Professor Convidado na Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigador no Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov). Em Timor-Leste, foi Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Timor Lorosa'e e Consultor do Serviço de Assuntos Jurídicos e Constitucionais da Presidência da República de Timor Leste.

O argumento jurídico-constitucional comparado

A reconstrução metodológica do Direito Comparado no quadro das ciências jurídicas tem valorizado o papel da relação com a alteridade (o *outro*) na construção identitária, referido por Legrand ao trabalho da desconstrução de Derrida que é o mesmo pelo qual se permite superar qualquer limite diferenciador (*differenciated - differentiating*) na argumentação jurídica, neste caso, entre o direito interno e o direito comparado (COENDET 2012: 29). O Direito Comparado é assim construído como uma “*categoria do direito nacional*” (COENDET, 2016: 493 e seguintes), na construção da “*transsubjectividade*” de Wohlrapp pela qual o

[d]ireito comparado enriquece o ponto de vista do direito nacional (...) e permite construir novas teorias téticas ou criticar pontos de vista epistémicos ou téticos do direito nacional (COENDET, 2016: 494).

A transsubjectividade, segundo Coendet, não defende uma perspetiva estrangeira, mas a “*transformação do ponto de vista nacional numa perspetiva nacional, através do argumento comparado*” (COENDET 2016: 496). Este é o momento definidor do exercício comparado, segundo Coendet, quando o argumento de direito comparado é internalizado de forma definidora, que o afasta inclusivamente de receções comparadas ou dos *legal transplants*, marcando o passo de *linking* para o de *comparing* (COENDET, 2016: 505 e seguintes). O exercício comparado é, assim, um exercício pragmático alicerçado na ambição de correta interpretação de um argumento jurídico estrangeiro, mesmo que sempre consciente dos próprios limites internos da argumentação integrado no que o Autor, mais amplamente, constrói como uma “*paragramatologia jurídica*” (COENDET, 2012:

128). Este é um exercício especialmente dirigido à argumentação jurídica levada a cabo pelos juízes, no pleno uso dos poderes hermenêuticos, mas que Coendet refere a propósito de diversos participantes no diálogo judicial, juízes, partes, peritos externos e mesmo *fora* internacionais, e que, como se verá adiante, é cada vez mais imposta também aos poderes separados na Constituição pela doutrina e pela própria jurisprudência.

Esta *intencionalidade especificamente jurídica* dos estudos de Direito Comparado é a marca da sua reconstrução metodológica argumentativa a partir da mediação linguística da construção identitária alicerçada na alteridade. Se o funcionalismo tinha a sua especial intencionalidade no “*social engineering*”, importado para os estudos de Direito Comparado, a crescente relevância da integração normativa global no quadro da reconstrução argumentativa do Direito revela o papel comprometido dos argumentos de Direito Comparado internalizados, como apontou Coendet, numa das *dimensões relacionais plurais contemporâneas que impõem os estudos de Direito Comparado*. O lugar metodológico do Direito Comparado assim considerado facilita a identificação de argumentos jurídicos que se pode dizer “viajam”. É a partir daqui que, mais facilmente, se perspetiva a natureza necessariamente comparada do desenvolvimento do Direito, mais ainda do Direito cosmopolita integrado à escala do planeta (CUNHA, 2016: 197 e seguintes), e se questiona da *possibilidade dos transplantes jurídicos*. A comparação é promovida em diversos espaços pensados para o cumprimento das finalidades de desenvolvimento do Direito interno no Direito Comparado — tanto na produção legislativa, como nas decisões judiciais, que, apesar das suas diferenças,

até estilísticas, não deixam de ser, como já referido a Coendet, o mais bem-sucedido.

O *funcionalismo*, tradicionalmente considerado como o método do Direito Comparado, admite a sua reconstrução como técnica do método argumentativo do Direito Comparado na identificação do *tertium comparationis* (terceiro comparado) como tópicos argumentativos em torno dos quais se desenrola a argumentação jurídica comparada. A proposta aqui prosseguida tem o seu fundamento ontológico na comparação do resultado mediado linguisticamente (de Heidegger a Derrida) da comunicação pública de uma identidade comunitária construída com base na *diferença* (com Schmitt), que integra na sua própria argumentação (jurídica) o Outro pelo Direito Comparado conforme ensina Thomas Coendet a partir da desconstrução da divisão positivista que trata qualquer argumento de Direito Comparado como um mero facto, sem esquecer, como referido por Legrand aos estudos de Direito Comparado, que este exercício é sempre um “*ato de poder*” sempre comprometido na “*reapresentação*” e reconstrução identitária do próprio comparatista já no “*modo descritivo para o modo prescritivo*”, pelo que comparar é, assim, também sempre relacionar de tal forma que limita sempre a ambição de *neutralidade* típica do comparatista.

O argumento jurídico comparado é especialmente decisivo na justiça constitucional (VALE, 2019: 134 e seguintes). Peter Häberle acrescenta, aliás, o direito comparado aos elementos de interpretação jurídica de Savigny aplicados à hermenêutica constitucional na “*sociedade aberta*” (HÄBERLE, 1989: 913 e seguintes). A assinalada relação em comum dos estudos de

Direito Constitucional e de Direito Comparado com a alteridade constituinte, definidora da própria identidade, como apontada por Schmitt e Legrand, convergem na construção do Direito Constitucional Comparado. Na verdade, se a ideia de Constituição, como documento escrito, no qual se consagra a proteção dos Direitos Fundamentais e a separação dos poderes, nos termos do artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, é a primeira “exportação” do movimento revolucionário da codificação, a *justiça constitucional* é também, em larga medida, expressão de soluções jurídicas comparadas que “viajam” através dos mesmos argumentos, como se procura aqui confirmar a propósito da argumentação consequencial que desde a origem dos processos de fiscalização da constitucionalidade das leis orienta o *princípio da hierarquia normativa* sob a Constituição.

Da possibilidade dos transplantes jurídicos

A globalização socioeconómica tem promovido um movimento de integração normativa à escala mundial que leva a “*transplantes jurídicos*” que, muitas vezes, não tomam em consideração quaisquer especificidades locais e a doutrina distingue dos implantes jurídicos (JERÓNIMO, 2015: 42 e seguintes). Apesar de não ser esse o papel dos estudos de Direito Comparado, não se pode deixar de avaliar qualquer um destes fenómenos da perspectiva da perfeição dos processos de deliberação normativa, neste momento ainda da sua própria democraticidade interna.

O movimento de “*better law*” foi já criticado entre as finalidades utópicas do funcionalismo metodológico no Direito Comparado, mas parece hoje em dia renascido em diversos programas de ajuda ao desenvolvimento, do Banco Mundial, ao FMI ou às próprias agências da ONU (como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), e promovido também pela exportação de uma pressão pela eficiência económica das soluções normativas de inspiração da económica liberal (norte-americana) agora promovida ao nível global (e que cada vez mais parece impor a solução com melhor performance na análise económica do Direito). O papel desempenhado pelos estudos de Direito Comparado neste exercício leva Veronica Corcodel a apresentar a construção do Direito Comparado durante o século XX como uma “*ambivalente apologia social pela Modernização*” no período anterior à II Guerra Mundial (CORCODEL, 2019: 95 e seguintes) e no período subsequente como “*disfarçada apologia ambivalente pela transformação liberal*” (CORCODEL, 2019: 144 e seguintes).

No entanto, apesar do eventual risco de estes propósitos se transformarem num projeto político de colonização jurídica, não parece caber entre as preocupações metodológicas do Direito Comparado desenvolver esta crítica. Este é um risco inerente a um diálogo jurídico-político cosmopolita de que o Direito Comparado é veículo privilegiado como elemento participante da própria natureza dos processos dialógicos de comunicação jurídica transnacional. Aliás, esta é uma crítica que tanto poderia ser formulada aos transplantes impostos como àqueles voluntários, apoiados ou não externamente, e contra os quais não se podem brandir as limitações metodológicas do Direito

Comparado, mas antes se devem fortalecer as suas exigências de rigor.

Aliás, a posição afirmada anteriormente de integração dos resultados dos estudos de Direito Comparado como tópicos argumentativos do diálogo jurídico interno leva a que se questione a própria eficácia dos referidos “transplantes” jurídicos. Parte da doutrina recusa mesmo a possibilidade destes transplantes jurídicos, como da perspectiva do “culturalismo” faz Pierre Legrand quando se refere à “impossibilidade” de transplantes jurídicos sempre dependentes da relação com o contexto cultural (LEGRAND, 1997: 111 e seguintes) ou Michelle Graziadei quando reconhece que transplantes implicam sempre uma incorporação à realidade normativa que tem o condão de sempre reagir (GRAZIADEI, 2008: 469).

A partir do exemplo já referido da quase-universalização da codificação civil em todo o mundo com referência ao modelo do Código Civil francês, sem prejuízo para a querela durante o século XIX com a Escola Histórica do Direito de Savigny, não deixa de ser significativo apontar como esta codificação foi feita em ordenamentos jurídicos estaduais-formais emergentes, como no caso de Timor-Leste, de forma a incluir normas pessoais do direito da família e sucessões que não determinaram que deixassem de vigorar, pelo menos por este efeito, as normas consuetudinárias relativas às relações familiares que sobreviveram desde antes do período colonial, toleradas ou até admitidas nesse caso. Exemplo deste movimento é a aprovação e entrada em vigor do Código Civil em Timor-Leste que, apesar de prever a existência de um “casamento barlaqueado monogâmico” no artigo 1478.º num esforço de localização da

tradição codificadora civilista europeia-continental de inspiração napoleónica, não encontra aplicação prática, mantendo-se a normatividade consuetudinárias nas relações familiares locais. A verdade é que dos exemplos referidos dificilmente se encontram transplantes jurídicos *totais*, revelando-se sempre instâncias internas de *mediação* que funcionam como crivo doméstico ao transplante estrangeiro — na sucessão de Estados é a nova Constituição, nos regimes coloniais as exceções pessoais impostas por variados regimes de “indigenato”. Em todos os casos, à solução legislativa falta sempre controlar a prática administrativa ou judicial que a pode desvirtuar, desenvolver ou ignorar. Tudo isto explica o maior sucesso dos “transplantes judiciais” que permitem a mais fácil adaptação de uma solução jurídica estrangeira a uma realidade jurídica nova na solução de um problema comum, semelhante ou até partilhado, pela argumentação jurídica dirigida à solução de um caso — como referiu Coendet. Estas são também as pistas já anteriormente prosseguidas pela relação em condições de *equivalência* de diferentes ordens jurídicas comparáveis (TEUBNER, 1982: 13 e seguintes).

A hierarquia normativa intrassistemática

A difusão quase universal da solução judicial desenvolvida para o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América no caso *Marbury v. Madison* permite testar esta possibilidade. A afirmação do princípio da constitucionalidade deu-se de mãos dadas com a afirmação da garantia judicial da Constituição, num difícil processo que, apenas na segunda metade do século XX, se consolidou definitivamente em todo o mundo (MATOS, 2004: 100

e seguintes). Originalmente, a questão da hierarquia constitucional foi referida à “decisão histórica” da *US Supreme Court* dos EUA [*Marbury v. Madison case 5 U.S. (1C) 137 (1803)*], segundo a qual a Corte afirmou a jurisdição para garantir a constitucionalidade dos atos legislativos do Congresso em período de ainda exacerbado *princípio da soberania parlamentar* típico do liberalismo britânico. Constituições formais revolucionárias, como a americana (1776), ou as francesas (a partir de 1791), ou mesmo as Constituições monárquica alemãs, nada definiram em relação ao seu valor hierárquico legal, assumindo principalmente o papel de declarações proclamatórias. Em Portugal, ainda em 1790, os tribunais estavam legalmente proibidos de controlar a constitucionalidade das leis. O poder constituinte revolucionário lidou facilmente com as isenções do poder prerrogativo e da soberania parlamentar, no quadro do emergente princípio da separação de poderes, reservas que ainda hoje se mantém, por exemplo, em França, e que em Portugal vigoraram muito além da previsão constitucional do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis, na Constituição de 1911, por influência Americana, via a Constituição Brasileira de 1891.

Marbury v. Madison

Apesar disto, os Tribunais já haviam afirmado a necessidade sistemática do controlo da hierarquia normativa, pelo menos, desde que Sir Edward Coke no “*Dr. Bonham's Case*” declarou:

And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against

Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void. (COKE, 2003: Vol 1).

Inspirado neste exemplo, em 1803, a USSC liderada pelo *Chief Justice* Marshall afirmou definitivamente a doutrina do controlo judicial da constitucionalidade das leis num processo onde se discutia a obrigação de o recém-empossado Presidente Jefferson cumprir a nomeação tardia de juizes (os *midnight judges*) pelo seu antecessor Adams. A divergência assentava no facto de esta nomeação ter por fundamento o *Judiciary Act*, aprovado pelo Congresso e promulgado já depois das eleições que assinalaram a derrota de Adams e a vitória de Jefferson, tendo essa nomeação ocorrido nos últimos dias do mandato daquele, com a intervenção como Secretário de Estado do, mais tarde, nomeado *Chief Justice* Marshall. Confrontado com uma decisão difícil, em que uma eventual decisão judicial contrária ao Presidente em funções poderia ser simplesmente ignorada e uma decisão a favor dificilmente se justificaria considerando sua intervenção anterior no caso, o *Chief Justice* Marshall aproveitou a oportunidade para afirmar a doutrina do controlo judicial da constitucionalidade das leis. A vitória assim dada ao Presidente, que não a contestou, redefiniu permanentemente os poderes da USSC, nos EUA como em todo o mundo, mesmo que, ao afirmar o novel controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis, a USSC tivesse limitado o seu próprio poder de *mandamus* nas decisões de primeira instância, interpretando de maneira restrita o *Judiciary Act* dos EUA de 1801. Toda a ironia é neste processo inescapável!

Costa / ENEL

Os Tratados da União Europeia também não faziam menção à relação hierárquica entre o Direito da União e o dos Estados-Membros. Coube ao Tribunal de Justiça da União Europeia decidir no histórico caso *Costa / ENEL* sobre “*a impossibilidade de os Estados fazerem prevalecer sobre uma ordem jurídica aceite por eles numa base de reciprocidade, uma medida unilateral*”. O primado baseia-se na autonomia da nova ordem jurídica da UE (Acórdão *Van Gend & Loos*) como uma necessidade existencial para garantir o cumprimento efetivo dos objetivos para os quais a Comunidade foi constituída e que estaria ameaçada se os Estados-Membros pudessem derrogar essas obrigações em violação do princípio *pacta sunt servanda*. O princípio do primado, que atualmente já se encontra codificado pelos Tratados e pelo TJUE, procura defender a aplicação uniforme do Direito da União Europeia sob o mecanismo da decisão prejudicial e seu precedente de facto. As obrigações decorrentes do princípio do primado do Direito da União Europeia podem ser organizadas da seguinte forma: (1) a não aplicação de leis nacionais incompatíveis por todas as autoridades nacionais; (2) a interpretação do Direito nacional em conformidade com o Direito da União Europeia; (3) a eliminação de qualquer ato de Direito nacional incompatível com as disposições do Direito da União; (4) a tutela judicial efetiva do Direito da União Europeia; (5) a obrigação de os Estados-Membros garantirem que os seus nacionais cumprem o Direito da União Europeia, em especial à luz do princípio da cooperação leal (MARTINS, 2000: 431).

Portanto, o princípio do primado do Direito da União Europeia não pode ser relacionado, pelo menos diretamente, a

uma relação hierárquica entre regras de diferentes sistemas jurídicos de origem federal. Uma perspetiva adequada sobre a relação entre sistemas jurídicos equivalentes nunca o admitiria e, ainda mais, em um processo de integração económica e política de Estados soberanos (CUNHA, 2016: 333 e seguintes). O princípio do primado é muito mais complexo e sofisticado, a fim de abranger as necessidades de efetividade do Direito da União Europeia e a preservação da soberania constitucional dos Estados Membros, conforme garantido pelas decisões dos Tribunais Constitucionais dos Estados Membros.

Lei do Fundo Petrolífero e OGE

A Constituição de Timor-Leste não estabelece uma hierarquia normativa clara além da própria preeminência constitucional, no artigo 2.º, n.º 2. Além do *princípio de constitucionalidade*, neste artigo 2.º, a Constituição determina a relevância do direito internacional num sistema jurídico muito aberto à internacionalidade, estabelecendo o artigo 9.º da Constituição a sua posição supralegal e infraconstitucional. É possível encontrar outros casos de parametricidade hierárquica entre normas, além daquelas expressamente elencadas na Constituição, a partir da previsão no artigo 126.º, n.º 1, alínea a) da existência de relações de “ilegalidade” entre os “atos normativos”, o que necessariamente impõe relações hierárquicas entre eles. Assim, decorre logicamente do artigo 97.º, n.º 2, da Constituição que o Orçamento do Estado tem primazia sobre os atos legislativos ordinários que “*no ano económico em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento ou nos Orçamentos Retificativos*”. Além

disso, a Constituição determina que as leis-quadro previstas no artigo 95.º, n.º 2, l) e m) têm carácter paramétrico no que diz respeito aos atos normativos que as originam, assim como as Leis de Autorização Legislativa, previstas no artigo 96.º, sobre os respetivos atos normativos autorizados. Outros casos de hierarquia normativa podem ser identificados na ordem jurídica, a saber, a relação hierárquica necessária entre os atos legislativos que prevêm a sua própria regulamentação por lei, como é o caso de uma lei que prevê sua regulamentação por decreto-lei: ver, por exemplo, artigo 44.º da Lei Orgânica da Presidência da República (Lei n.º 3/2011, de 1 de junho, Lei Orgânica da Presidência da República, conforme alterada pela Lei n.º 1/2014, de 29 de janeiro), relativa ao estatuto e à remuneração do pessoal da Presidência da República, que foi adotada como Decreto-Lei. O mesmo pode ser dito para a relação entre atos jurídicos e regulamentos administrativos que os implementam.

É mais difícil pensar em casos de parametricidade jurídica que não aqueles especificamente permitidos pela Constituição. O facto é que a ideia de um sistema jurídico exige ordem, daí a ideia de um sistema que não está sendo discutido diariamente — ou nas palavras de Wintgens: *“Um sistema jurídico é um conjunto fechado de proposições logicamente conectadas”* (WINTGENS, 2017: 9). No entanto, ao discutir a relação entre a Lei n.º 13/2009, de 21 de outubro, com o Orçamento do Estado anual, elaborado, aprovado e executado de acordo com esta Lei, se deve impor a consideração de que a LOGF foi aprovada com o objetivo de ser respeitada e não pode ser temporariamente derogada pelo período de um ano por uma lei que aprova o Orçamento do Estado. O mesmo pode ser dito da Lei n.º 1/2002, de 7 de

agosto, que, como legislação inaugural do sistema jurídico, define as bases jurídicas do sistema jurídico e as formas de atos normativos. Não se pode aceitar, sob pena de chegar a uma solução absurda, que qualquer ato normativo possa alterar esta Lei que visa definir as condições de sua liberdade condicional.

A jurisprudência do Tribunal de Recurso, preenchendo temporariamente as funções do Supremo Tribunal de Justiça, também como jurisdição constitucional, nos processos 04/2008 e 01-CONST-11, no contexto do controlo abstrato da constitucionalidade, estabeleceu o vínculo entre o Orçamento do Estado e o conteúdo da Lei n.º 9/2005. Na perspetiva da ilegalidade dos atos normativos, essa violação foi construída como uma “*inconstitucionalidade indireta*” (Processo n.º 04/2008, publicado no JR, Série I, n.º 44, 26 de novembro de 2008, página 2729 e seguintes) — “*como uma lei ordinária de vinculação específica*” (TR Processo n.º 01-CONST-11, publicado na Série I, parágrafo 5 A, 14 de fevereiro de 2011, página 18) — embora o Tribunal aceite que não há referência constitucional a uma teoria geral da hierarquia normativa na Constituição.

A argumentação judicial comparada

A relevância de estudos jurídicos comparativos sobre a argumentação expendida, principalmente no que se refere aos processos judiciais, está crescendo à medida que a informação flui cada vez mais facilmente e juristas de todos os lugares dialogam na resolução de problemas semelhantes em diferentes ordens jurídicas. Como se viu nos casos anteriores, não se pode exagerar a importância da argumentação jurídica comparada na

hermenêutica constitucional (ROMANO, 2012: 469), um campo em que Maccormick apontou para a “auto-validação” de decisões como *Marbury v. Madison* ou *Costa / ENEL*.

A argumentação consequencial

Embora separadas por duzentos anos, essas decisões determinam uma solução “lógica”, implicada argumentativamente na ideia de sistema jurídico, que recusa como inaceitável qualquer opção diferente, numa argumentação caracterizada como “consequencial” (MACCORMICK, 2010: 109). A formulação de uma argumentação “consequencial” é decisiva para qualquer decisão, mais ainda para as decisões (re)fundadoras de um qualquer ordenamento jurídico. Os argumentos consequenciais são, em geral, hipotéticos, ponderando as consequências jurídicas em relação a uma série de valores, como justiça, senso comum, bem comum, conveniência pública, entre outros elementos. São usados fundamentos substantivos para justificar decisões judiciais de natureza *finalística* (por se promover um valor substantivo em particular) ou relativos à correção intrínseca da decisão propostas — Maccormick avisa como a avaliação de consequencialistas pertinentes remete para critérios de “justiça” e de “senso comum” e, ademais, da referência a “princípios constitucionais básicos” que se referem aos pressupostos fundamentais sobre filosofia política e a correta divisão de trabalho (separação de poderes) entre os órgãos de soberania. (MACCORMICK, 2006: 178).

Embora não haja menção expressa a qualquer um destes casos, uma opção argumentativa semelhante pode ser apontada

à decisão do Tribunal de Recurso em Timor-Leste sobre a construção da hierarquia legal como a única opção de funcionamento do sistema jurídico de Timor-Leste, uma recordação de argumentos que “viajam” no espaço e no tempo.

O Tribunal de Recurso declarou que:

[u]ma vez aqui, podemos concluir que, embora o texto constitucional não se refira a 'leis paramétricas', o legislador constitucional criou condições para a admissibilidade da existência de leis desse valor. ***Não faria sentido prever a possibilidade de rever a legalidade de atos e regras legislativas sem ter leis paramétricas*** (sublinhado acrescentado).

A mesma “*armadilha consequencial*” (MACCORMICK, 2010: 103) pode ser encontrada nesta passagem, na qual o juiz constitucional é tentado pela argumentação autorreferencial que conclui o que está em discussão para conformar de forma definitiva as soluções do ordenamento jurídico. O “argumento jurídico” construído pelo TR sobre a hierarquia normativa em Timor-Leste é, portanto, o mesmo que foi construído desde o *Marbury v. Madison*, afirmando o primado constitucional com o seu controlo judicial, e que tem sido desenvolvido na construção do sistema jurídico da União Europeia desde o Acórdão *Costa / ENEL*.

O elemento material

O que vai dito recorda que o apelo a critérios de justiça material é especialmente decisivo para a argumentação consequencialista. Poder-se-ia, inclusivamente, argumentar que essa é a natureza específica da “hermenêutica constitucional”,

dada a natureza autorreferencial da Constituição no coração de qualquer ordem legal. Além do já referido, Maccormick identifica esta questão, referindo-se à autopromoção de diferentes valores por diferentes ramos do direito, um argumento que há muito tempo é usado “contra” a União Europeia e o projeto economicamente liberal que ela promove. Este é o contributo dado ao *Concept of Law de MACCORMICK* quando refere:

[o] que deve ser essencial ao ‘aspeto interno’ da norma de reconhecimento é algum compromisso consciente de exercer os valores políticos que parecem ampará-la e de sustentar de modo concreto os princípios políticos considerados inerentes à ordem constituída da sociedade em questão. Esteja correta ou não, ela não é incompatível com a tese de Hart, embora envolva estender essa tese além do que seria autorizado por qualquer palavra que Hart tenha dito (MACCORMICK, 2006: 179).

Este entendimento não contradiz as limitações argumentativas das decisões judiciais, mas, pelo contrário, revela as contradições internas de qualquer decisão, a saber, decisões judiciais, ainda mais para decisões constitucionais sobre hierarquia normativa. A argumentação judicial em Timor-Leste sobre a hierarquia normativa foi construída com a declaração de inconstitucionalidade do Orçamento do Estado de 2008 por violação da lei do fundo de petróleo e, a verdade, é que o Tribunal tem sido particularmente ativo na defesa das receitas financeiras da exploração de recursos naturais. Recentemente, o Tribunal considerou inconstitucional a alteração da mesma Lei do Fundo Petrolífero, por violação da obrigação constitucional de garantir a sua estabilidade. A defesa dos recursos naturais públicos contra o seu esgotamento pela escolha política contingente é facilmente compreensível como um fundamento argumentativo sólido e pacífico para o exercício de uma ação

judicial mais pró-ativa, particularmente decisivo em sociedades emergentes de situações pós-conflito.

O elemento contextual

O “contexto” de uma ordem jurídica emergente, aberta ao direito e influência internacionais e, particularmente à ajuda estrangeira ao desenvolvimento, não é indiferente da perspectiva da argumentação jurídica comparada. O relator neste caso foi um juiz estrangeiro (português) contratado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que baseou a sua decisão na doutrina e jurisprudência estrangeira (portuguesa) na resolução de um problema para o sistema jurídico timorense, que na verdade teria muito poucos outros elementos de apoio à decisão jurídica. A questão da hierarquia normativa apenas se colocou ao juiz perante a omissão de previsão constitucional expressa, considerando a abertura do próprio procedimento constitutivo, modelada por solução aproximada da Região Administrativa Especial de Macau, (RAEM, RPC), também uma ex-colónia portuguesa, cuja Lei Básica, depois da transição para a RPC em 1999, omite também qualquer a referência à hierarquia normativa, deixando essa questão para ser resolvida pela legislação ordinária. No caso do sistema normativo da Lei Básica de Macau, a hierarquia normativa foi construída legalmente considerando as limitações das competências legislativas da Assembleia Legislativa, a inexistência de qualquer competência legislativa do Executivo ou do Chefe do Executivo, o que determina que a hierarquia legislativa seja colocada apenas entre atos legislativos e regulamentares. É possível que os legisladores constituintes tenham tido uma ideia semelhante, considerando o

texto da competência legislativa do Governo, nos termos do artigo 115.º, n.º 3 da Constituição, mas a prática legislativa veio a alargar em concorrência com o Parlamento Nacional.

A consideração das omissões do processo constituinte na relação com o poder judicial não limita a consideração de argumentos jurídicos comparados a este caso. Vinte anos após o “*big bang*” constitucional em Timor-Leste, com o referendo de 30 de agosto de 1999, é possível verificar as virtudes e limitações de um processo constituinte muito particular numa situação pós-conflito. O procedimento constituinte foi disputado entre aqueles que defendiam uma Convenção Constitucional e uma Assembleia Constituinte, com argumentos que não eram já na altura neutros, entre os partidários do partido político (FRETILIN) que acabou assumindo uma posição dominante na Assembleia Constituinte e os partidários do líder carismático Xanana Gusmão, sem partido político organizado. O processo foi liderado pela Organização das Nações Unidas, sob a UNTAET, liderado por Sérgio Vieira de Mello, mas esteve muito longe de ser um processo consensual e foram as soluções de uma Constituição, amplamente construídas no contexto da ajuda internacional, que deram origem às decisões judiciais aqui apontadas que construíram a Lei Constitucional de Timor-Leste. Além da decisão relativamente à hierarquia normativa, a abertura da disposição constitucional sobre o direito subsidiário para preencher as lacunas da ordem jurídica emergente permitiu que os tribunais escolhessem a lei colonial portuguesa — a última legislação *de jure* aplicável em Timor-Leste — numa solução que foi alterada pelo legislador por meio de uma lei interpretativa que impôs a legislação indonésia - a última de facto vigente — como legislação subsidiária do

ordenamento jurídico emergente. O tribunal optou por não controlar a constitucionalidade de uma lei ordinária que ambiciona interpretar a própria Constituição, revelando um grau de *restraint* judicial que é evidência de uma considerável sensibilidade às consequências jurídico-políticas dos seus julgamentos.

Conclusão preliminar

A argumentação jurídico-constitucional em torno da hierarquia normativa intrassistemática pode parecer, dessa perspetiva interna, sempre uma discussão *sui generis*, mas o elenco aqui recordado de decisões judiciais revela a unidade comparada de vários argumentos aqui expendidos. Se a Constituição foi um dos primeiros transplantes saído da codificação do movimento constitucional pós-Revolução Francesa, não surpreende a unidade da argumentação jurídico-constitucional sobre a hierarquia normativa interna, aqui apontada com referência aos elementos consequenciais. A argumentação jurídica constitucional é, assim, sempre comparada, mais bem-sucedida judicialmente mas, como se viu no último ponto, nem sequer limitada a esse espaço.

Bibliografia citada

COENDET, Thomas (2016). «Legal Reasoning: Arguments from Comparison». *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 102, 2016/4: p. 493.

- COENDET, Thomas (2012). *Rechtsvergleichende Argumentation*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- COKE, Sir Edward (2003). *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Steve Sheppard (ed.), Indianapolis: Liberty Fund, vol. I: Chapter: Dr. Bonham's Case.
- CORCODEL, Veronica (2019). «Modern Law and Otherness - The Dynamics of Inclusion and Exclusion in Comparative Legal Thought, Studies» in *Comparative Law and Legal Culture Series*. Cheltenham: Elgar.
- CUNHA, Ricardo Sousa da (2016). *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita - o Direito Administrativo Global entre a Constitucionalização e a Fragmentação*. Coimbra: Almedina.
- GRAZIADEI, Michele (2008). «Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions». In Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008: pp. 441 a 475, *maxime* p. 469.
- HÄBERLE, Peter (1989). «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als 'fünfter' Auslegungsmethode», *Juristenzeitung (JZ)*. 24: pp. 913 e seguintes.
- JERÓNIMO, Patrícia (2015). *Lições de Direito Comparado*. Braga: ELSA UMINHO.
- LEGRAND, Pierre (197). «The impossibility of 'legal transplants'». *Maastricht Journal of European & Comparative Law*. Vol. 4: pp. 111 e seguintes.

- MACCORMICK, Neil (2006). *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- MACCORMICK, Neil (2010). *Rhetoric and the Rule of Law – a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press.
- MARTINS, Ana Maria Guerra (2004). *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- MATOS, André Salgado (2004). *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina: pp. 100 e seguintes.
- ROMANO, Serena (2012). «Comparative Legal Argumentation: Three Doctrines». *Diritto e questioni pubbliche*. N.º 12/2012.
- TEUBNER, Günther (1982). «Reflexives Recht». *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*. Vol. 68, 1/1982: pp. 13 e seguintes.
- VALE, André Rufino (2016). *Argumentação Constitucional - Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Coimbra: Almedina.
- WINTGENS, Luc J. (2017). «Legisprudence as a new Theory of Legislation». In Luc J. Wintgens (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*. Londres: Routledge: pp 3 e seguintes.

Jurisprudência Citada

Costa / ENEL, Acórdão de 15.07.1964, no Proc. 6/64, Flaminio Costa v. ENEL.

Marbury v. Madison case 5 U.S. (1C) 137 (1803).

Processo do Tribunal de Recurso n.º 04/2008, publicado no JR, Série I, n.º 44, 26 de novembro de 2008, pp. 2729 e segs.

Processo do Tribunal de Recurso n.º 01-CONST-11, publicado no
Jornal da República, Série I, parágrafo 5 A, 14 de fevereiro
de 2011.

Thomas Bonham v. College of Physicians, 1610, 8 Co. Rep. 107
77 Eng. Rep. 638.

*Van Gend & Loos - Acórdão de 05.03.1963, no Proc. 26/62, NV
Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend &
Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration.*