

4. Os artigos da responsabilidade do Professor Mario d'Antonio e do Dr. Filipe Fraústo da Silva, ambos numa linha de racionalização e simplificação da legislação, inserem-se de forma muito clara nas preocupações de *Legislação*. Com efeito, em números anteriores, divulgámos textos governamentais recentemente adoptados, na Alemanha e em França, com uma preocupação de racionalização da produção jurídica.

O Professor Mario d'Antonio salientando a inegável componente política da crise da legislação – com contornos muito particulares na actual situação italiana – enumera as iniciativas mais relevantes, adoptadas recentemente em Itália, para combater os aspectos da crise da lei respeitantes à formulação e elaboração legislativas.

O Dr. Filipe Fraústo da Silva, contrariamente ao autor italiano, não se debruça sobre as questões da racionalização e simplificação dos procedimentos legislativos, centra antes a sua atenção na «reorganização dos dispositivos normativos existentes» e, na parte final do seu artigo, enuncia algumas propostas de solução. Dois textos de grande interesse pragmático para uma reflexão sobre estas matérias.

O CONSELHO COORDENADOR

Da aplicação da lei no tempo e das disposições transitórias*

António Menezes Cordeiro
Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa
e da Universidade Católica de Lisboa

m.º 7
1993 - 7-2

A aplicação da lei no tempo e as disposições transitórias integram-se no tema mais geral da aplicação da lei. Esta, por seu turno, surge como um dos aspectos da realização do Direito, caracterizada como um processo cognitivo-volitivo, essencialmente unitário e assente em modelos de decisão jurídica.

Na ausência de regras específicas, a aplicação da lei no tempo segue o disposto no artigo 12º do Código Civil. Em qualquer dos casos, há que ter em conta a substancialização do Direito transitório: este deve ponderar as decisões finais que realmente faculte, através das remissões que realize.

1 A APLICAÇÃO DA LEI: DA SUBSUNÇÃO AOS ACTUAIS MODELOS DE DECISÃO

I A aplicação da lei no tempo insere-se no âmbito mais vasto da aplicação das regras jurídicas. Esta aplicação, por seu turno, tem a ver com o todo unitário da realização do Direito. Em jogo está uma área do conhecimento onde confluem questões metodológicas implicadas, densas e bastante discutidas. No entanto, ela comporta um núcleo que tem vindo a suscitar um consenso crescente.

Cumprе expor

II Ocorre a aplicação da lei sempre que, a um problema capaz de comportar várias soluções, se faça corresponder uma resposta juridicamente justificada. Opera, assim, uma concretização do Direito, no caso conside-

* O presente texto é uma versão revista, da responsabilidade do Prof. Menezes Cordeiro, do texto *Problemas da Aplicação da Lei no Tempo. Disposições Transitórias*, in «A Feitura das Leis», vol. II, Oeiras, INA, 1986.

do, concretização essa que opera graças a uma tomada de decisão jurídica.

Os esquemas actuais da concretização do Direito afirmaram-se contra as concepções anteriores a que, por facilidade de expressão, se poderá chamar concepções clássicas. Tais concepções eram, metodologicamente dominadas pela teoria da subsunção, a que abaixo será feita referência.

III As concepções clássicas da aplicação da lei viam, na concretização do Direito, um processo dividido em várias fases quase estanques.

Em primeiro lugar, haveria que localizar a fonte vocacionada para resolver o problema considerado. Repare-se que para localizar a fonte, podem ser chamadas a intervir normas de conflitos, isto é, regras que designem, de entre várias proposições conectadas com a questão, aquela que seja competente para apontar a saída.

Seguidamente, caberia proceder à interpretação dessa fonte, isto é, que retirar dela, através dum conjunto de normas a tanto dirigidas, umas consignadas na lei e outras de elaboração doutrinária, a norma jurídica relevante.

Como fase eventual poderia ainda ocorrer a integração de uma lacuna: tal sucederia sempre que, localizada a fonte e feita a sua interpretação, se chegasse à conclusão de que não há qualquer norma directamente aplicável. Nessa conjuntura, funciona novo conjunto de regras que, mesmo na presença de uma lacuna, facultam uma solução. No espaço português, rege o artigo 10º do Código Civil que, nesse condicionalismo manda, como é sabido, atender sucessivamente à analogia e à norma que o intérprete cria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Uma quarta fase adviria da necessidade de delimitar a matéria de facto relevante. Num devir contínuo presente na realidade fáctica, haveria que isolar os factos que solicitem, de modo particularmente intenso, o funcionamento das normas em causa. Esta delimitação não é, de modo algum, indiferente para a concretização do Direito; basta ver que consoante os factos relevantes, assim as normas a considerar.

À delimitação dos factos relevantes segue-se a sua qualificação jurídica, isto é, a sua inserção dentro da linguagem e dos quadros conceptuais que lhes dão uma operacionalidade dogmática.

Em sexto e último lugar operaria, então, a aplicação em sentido estrito: a confluência da norma aplicável e dos factos relevantes devidamente qualificados facultaria a decisão jurídica final, que encerraria o processo de concretização do Direito.

IV As concepções clássicas da concretização do Direito, acima esquematizadas, para além de postularem a separação estrita entre as diversas fases que descobriam na concretização do Direito, assentavam ainda no automatismo da aplicação jurídica.

A decisão jurídica basear-se-ia formalmente, num silogismo a que se costuma chamar silogismo judiciário: o seu funcionamento competiria, paradigmaticamente, aos tribunais, embora, de forma rigorosa, qualquer pessoa que faça a aplicação de regras de Direito utilize, de facto, o silogismo judiciário.

Como qualquer silogismo, o silogismo judiciário analisa-se em duas premissas e numa conclusão. A premissa maior é constituída pela norma aplicável, obtida através da interpretação da lei. Por exemplo: quem matar outrem será punido com prisão de 8 a 16 anos, segundo o artigo 131º do Código Penal.

A premissa menor advém da subsunção dos factos concretos numa determinada qualificação jurídica. Por exemplo: Abel matou outrem.

Perante as duas premissas, a conclusão surgiria evidente e irrefutável. No exemplo acima figurado: Abel é punido com prisão de 8 a 16 anos.

V As concepções clássicas foram elaboradas num cenário que procurava manter, em termos bem acantonados, a separação entre os poderes legislativo, o executivo e o judicial. Mesmo dentro do poder judicial, elas visavam distinguir a determinação dos factos pertença do júri ou dos tribunais inferiores – da do Direito – apanágio do juiz ou dos tribunais supremos. Cientificamente, as concepções clássicas filiavam-se no conceptualismo formal de cariz neo-kantiano.

Cumprido o seu papel histórico, as concepções clássicas vieram provocar críticas variadas e crescentes.

De entre elas, convém enfocar, como decisivas, as acusações de impraticabilidade que lhes têm sido movidas. Na sua origem está a constatação de

que o Direito utiliza, nos seus comandos, muitas vezes, conceitos indeterminados, que obrigam, aquando das competentes decisões jurídicas, à formulação de juízos indeductíveis das premissas pré-elaboradas. No mesmo sentido depõe a existência, há muito pacífica, de lacunas na regulação jurídica, isto é, de situações privadas de níveis normativos expressos imediatos e que, não obstante, carecem de soluções relevantes perante o Direito. A impraticabilidade apontada poderia parecer puramente marginal, dentro do universo da aplicação jurídica. Razões metodológicas de peso levam, porém, à sua generalização.

VI As concepções clássicas da concretização do Direito assentam no método da subsunção, isto é, naquele particular modo de elaborar a premissa menor do silogismo judiciário, através da inserção automatizada dos factos em conceitos. Ora a subsunção torna-se viável apenas através do trânsito dos conceitos para os factos, os quais só assim podem ser determinados.

Deve ter-se presente que os conceitos surgem como figurações abstractas, conseguidas à custa de determinadas realidades: estas são simplificadas, delas se retirando os aspectos menos impressivos. O conjunto conceitual é, pois, formado por traços típicos estereotipados que facultam uma descrição generalizante esbatida da realidade. Compreende-se, assim, que a circulação mais correcta se processe no sentido dos factos para os conceitos. O esquema de subsunção faz, justamente, o contrário: ele passa dos conceitos aos factos, assim incorrendo no método da inversão. A passagem dos conceitos aos factos – portanto, o método da inversão – comporta o seguinte óbice: uma vez que, por definição, os conceitos, como realidades abstractas, são significativamente mais pobres do que os factos, assiste-se, na subsunção, à utilização, no processo de decisão, de premissas não incluídas nos postulados de partida: todas quantas sejam necessárias para preencher a diferença existente entre a simplificação conceitual e a riqueza das realidades. Resulta daqui que, sob a máscara de um automatismo e a pretexto da segurança jurídica, a subsunção dá, de facto, lugar a um decisionismo que, por se não assumir nem conhecer, faculta o arbítrio.

VII As críticas às concepções clássicas da concretização do Direito – portanto ao conceptualismo e ao automatismo ínsitos na compartimentação das fases da realização jurídica e no método da subsunção – surgiram já nos finais do século passado, tendo vindo a incentivar-se ao longo deste século. Hoje em dia, ninguém se identificaria com os seus postulados básicos. Não obstante, há hesitações múltiplas quanto à escolha das vias capazes de proporcionar metodologias alternativas.

A opção básica reside em assumir o processo de concretização do Direito não como uma via puramente cognitiva, mas antes como um *procedimento cognitivo-volitivo*. Não está em causa, na realização jurídica, um mero tema de conhecimento, ligado a uma atitude passiva do agente aplicador; pelo contrário: defrontamos, nela, uma *questão de decisão*, relacionada com um comportamento activo do agente.

O funcionamento automático do silogismo judiciário deve ser superado através do reconhecimento da natureza eminentemente voluntária e humana do processo de concretização do Direito. Tudo assenta numa decisão que encontre, em moldes constitutivos, a solução para um determinado problema.

As diversas fases isoladas no processo de concretização do Direito, outrora separadas, devem ser, por seu turno, superadas a favor do reconhecimento dum a sua *natureza fundamentalmente unitária*. A própria experiência revela que os diversos vectores operantes na realização jurídica actuam em globo: a procura dum a fonte anda a par da determinação da matéria de facto relevante; a interpretação dum a fonte só é viável perante o caso concreto e funciona, para ser integral, em síntese estreita com a aplicação. A distinção, no caminho que vai das fontes às soluções concretas, de várias fases, só pode ser admitida em termos instrumentais e de análise: ela deve ser destruída por uma nova e criadora síntese que, no seu termo, dê lugar ao verdadeiro esquema de realização jurídica.

VIII Os antigos modelos silogísticos, assentes numa estreita separação das fases jurídicas da concretização do Direito interpretação, aplicação, integração, qualificação, etc. – devem ser superados por modelos de decisão, isto é, conjuntos coordenados de factores que, por inflectirem a formação da vontade humana, se apresentam, em termos materiais, como argumentos.

Os modelos de decisão não devem, de modo algum, configurar-se como arbitrários. O peso relativo dos argumentos que os componham é-lhes conferido pelo Direito positivo: o intérprete-aplicador deve conhecê-lo, nisso se cifrando a dimensão cognitiva que a sua tarefa sempre conserva.

IX Toda a tarefa concretizadora do Direito tem como escopo último a tomada de uma decisão jurídica: em função desta devem ser ponderadas todas as actividades prévias à própria solução. Mais: num campo que assume grande importância para o tema da aplicação da lei no tempo, deve ter-se presente que o centralizar, na decisão, de toda a actividade interpretativo-aplicativa permite aprofundar, a jusante, o esquema de concretização do Direito. Numa efectiva realização jurídica, há que conhecer, para além da própria decisão as consequências que dela dimanem. Tal conhecimento, abre as portas a uma ponderação que, por seu turno, joga em todo o processo de concretização do Direito, de modo a possibilitar novos aperfeiçoamentos.

2 O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI;

A A DATA DA PUBLICAÇÃO E A SUA DETERMINAÇÃO

I Fixados, de modo necessariamente sintético, os quadros gerais metodológicos presentes em qualquer problema de aplicação da lei, cabe entrar na matéria da aplicação da lei no tempo.

Uma primeira ordem de questões advém da própria natureza histórica da lei: surgida num momento determinado, a lei pode não vigorar para sempre. E assim sendo, colocam-se, desde logo, problemas relativos aos precisos momentos da sua entrada em vigor e da cessação da sua vigência.

II Por exigência constitucional em que não cabe insistir, a lei deve ser aplicada, para ser eficaz. O momento da sua entrada em vigor não coincide, necessária e normalmente, com o da aplicação: tende a ser posterior. Diz-se *vacatio legis* o período que medeia entre os dois momentos em causa. A *vacatio legis* encontra-se hoje genericamente fixada pelo artigo 2º/1 da Lei nº 6/83, de 29 de Julho¹: cinco dias para o Continente, quinze para as

13
Regiões Autónomas e trinta para Macau e para o estrangeiro; segundo o nº 2 do mesmo preceito, o dia da publicação não deve ser contado. O referido artigo 2º/1 da Lei nº 6/83 admite, porém, que os diplomas possam fixar a data da sua entrada em vigor: os prazos genéricos da *vacatio* apresentam, assim, natureza supletiva.

III Em abstracto, a publicação dum diploma poderia corresponder a um de três momentos:

- ao da impressão da folha oficial onde esteja inserido;
- ao da distribuição dessa folha;
- ao da data inserida no seu frontispício.

Um importante acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 20 de Fevereiro de 1963², analisou o problema e optou pela segunda hipótese: a da distribuição. Lê-se nesse aresto:

(...) a data da publicação dum lei não é a que figura no jornal oficial onde é inserta, mas sim a data em que esse jornal é posto à disposição do público, pois sucede por vezes mediar vários dias entre as duas datas e «publicar» não significa «inserir» ou «imprimir», mas «fazer saber ao público», «dar a conhecer a todos (do latim *publicare*, tornar público» (...).

Trata-se dum doutrina que parece irrefutável. Na verdade, se a data da publicação fosse a data inserida no frontispício, conseguir-se-ia o impossível: publicar um jornal antes da própria Bíblia de GUTENBERG (1456). Esta posição tem sido adoptada por CUNHA RODRIGUES, sufragado pela Procuradoria-Geral da República³, por JORGE MIRANDA⁴ e pelo próprio Autor deste artigo⁵ que, no entanto, veio, depois, a repensar o problema, nos termos abaixo expostos.

IV O apelo doutrinário à distribuição dos diplomas como forma de determinar a data da sua publicação, mau grado a sua razoabilidade, coloca problemas práticos consideráveis.

É muito difícil fixar a data exacta da distribuição dos diplomas. Aliás, tal data pode variar consoante as zonas do País onde o problema se ponha. Procurando resolver a problemática assim originada, o legislador, através da Lei nº 6/83, de 29 de Junho, fixou como data do diploma a da publica-

ção – artigo 1º/2 – e determinou que o *Diário da República* fosse distribuído no dia correspondente ao da sua data – *idem*, nº 3.

Não se pode, contudo, ignorar a natureza das coisas. Caso o *Diário da República* não seja mesmo distribuído no dia correspondente ao da sua data – situação frequente quando se trata de suplementos, onde se abrigam, por vezes, diplomas fundamentais como computar a data da publicação?

V A orientação de fazer prevalecer a data da distribuição protege a confiança das pessoas que atentem nessa mesma data. Porém, como bem faz notar OLIVEIRA ASCENSÃO⁶, ela esquece a natural confiança daqueles que – e serão a maioria – acreditem na data do frontespício dos diplomas. Numa peça jurídica que lide com dezenas de diplomas, como apurar a data da distribuição de cada um deles? Seria uma impensável tarefa. Além disso, a confiança comum seria postergada, conseguindo-se precisamente o contrário do que se pretendia.

Propõe-se, pois, que se tome por base a ideia de que a data do diploma é a da publicação e coincide com a inserida no frontespício. A pessoa que acredite nessa data e aja em consonância é, em princípio, tutelada. Nos casos neutros, também será esta a data a ter em conta: ela goza de fé pública. A pessoa que, em concreto, tenha sido prejudicada com a distribuição tardia dum diploma tem o direito a uma reparação contra o próprio Estado. Nas relações com particulares, ela poderá fazer valer o atraso na distribuição – que terá de invocar e provar – contra terceiros de má fé, isto é, contra terceiros que conhecessem ou devessem conhecer o atraso⁷.

Quando estejam, porém, em causa proibições particulares de retroactividade – lei penal, lei fiscal, etc. – nunca podem ser aplicadas leis não distribuídas.

B REGIMES ESPECIAIS

I Como foi referido, a própria lei admite a fixação, pelos diversos diplomas, de normas especiais para a sua entrada em vigor. A *vacatio* poderá, assim, ser suprimida, encurtada ou alongada.

A supressão ou o encurtamento da *vacatio* tendem a ocorrer perante necessidades de imediata actuação legislativa – por exemplo, em situação de

catástrofe, que exija prontas medidas jurídicas – ou em face de conjunturas que ponham em causa a própria eficácia dos diplomas aprovados – por exemplo, uma proibição de compra do ouro teria de entrar imediatamente em vigor, sob pena de incentivar o que se pretendia evitar.

II O alargamento do período da *vacatio* justifica-se perante diplomas de especial complexidade, seja no seu conhecimento pelos destinatários, seja na tomada de medidas de execução pelos serviços competentes. A publicação de um novo Código Civil, por exemplo, é acompanhada pela fixação de um período longo de *vacatio*: assim sucedeu em 1966. No alongamento da *vacatio* podem ser seguidas duas técnicas diferentes: ou se indica uma data fixa, pré-determinada, para o início da vigência do diploma ou se prescreve que tal início ocorra após um certo lapso sobre a publicação do diploma considerado. A primeira hipótese concretizou-se, por exemplo, no Decreto-Lei nº 47.334, de 25 de Novembro de 1966, que aprovou o Código Civil, estabelecendo, no seu artigo 2º/1: «O Código Civil entra em vigor no continente e ilhas adjacentes no dia 1 de Junho de 1967, à excepção do disposto nos artigos 1841º a 1850º, que começará a vigorar somente em 1 de Janeiro de 1968». A segunda hipótese verificou-se, também como exemplo, no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, que fixou o regime das cláusulas contratuais gerais e cujo artigo 36º estatui: «Este diploma entra em vigor 120 dias após a sua publicação». A primeira técnica é, sem dúvida, preferível: a contagem de determinado lapso de tempo, após a publicação, dá sempre lugar a dúvidas, designadamente quando o termo caia em domingos ou feriados. Além disso, tal contagem vem contundir com o problema do atraso na distribuição do diploma, acima examinado. Os técnicos que elaborem as leis podem, contudo, ter dificuldades em adoptá-la; tal sucederá sempre que não seja possível prever a data de publicação dos diplomas: o período de *vacatio* fica, então ao acaso.

3 O TERMO DA VIGÊNCIA DA LEI

1º Uma lei mantém-se em vigor até que algo interfira e faça cessar essa vigência. Três factores podem, em abstracto, conduzir à cessação da vigên-

cia da lei: a caducidade, o desuso e a revogação. Esta última, pelas questões particulares que suscita, será ponderada em separado.

II Dá-se o termo da vigência de uma lei por caducidade quando sobrevenha um facto que comporte esse efeito. Tal facto pode ser cronológico ou ter outra natureza. No primeiro caso, a própria lei fixa um termo de vigência, seja pela indicação da data a partir da qual deixará de vigorar, seja prevendo uma vigência, apenas, por certo lapso contado da sua publicação. De novo convém referir que a primeira técnica é preferível: previne quaisquer dúvidas.

A caducidade pode, contudo, operar pelo advento de factos não cronológicos, explícita ou implicitamente conectados, perante a lei, com tal sentido. Assim, a lei elaborada para regular operações destinadas à construção duma ponte caduca logo que tal ponte fique concluída. De igual modo caducaria o diploma destinado a regular a pesca da sardinha, quando essa espécie se extinguisse por completo.

III O termo da vigência da lei por desuso coloca o tema clássico das relações da lei com o costume.

Teoricamente, lei e costume têm igual dignidade. A lei pode derogar o costume ou ser derogada por ele. Basta, para tanto, que se verifiquem os requisitos respectivos.

Tais requisitos são, no costume, a prática reiterada e a convicção de obrigatoriedade. Verifica-se, assim, que o facto de uma lei ser repetidamente violada, inobservada ou esquecida pelas autoridades competentes não deve ser entendido como sinónimo da cessação da sua vigência por desuso. Este sobrevém quando, a uma inobservância sistemática, se some a convicção generalizada da cessação da sua força vinculativa.

4 CONTINUAÇÃO; EM ESPECIAL: DA REVOGAÇÃO

I Em regra, a cessação da vigência de uma lei dá-se por revogação, isto é, por superveniência de nova lei que determine ou implique o termo da anterior.

Segundo o artigo 7º/2 do Código Civil, a revogação pode ser expressa, tácita ou global. Cabe examinar, ainda que de modo conciso, estas três formas de revogação.

A revogação expressa ocorre quando a lei nova venha explicitamente fazer cessar a lei exterior. Uma subdistinção é possível: a revogação expressa pode dar-se com substituição, quando a lei nova, além de declarar a cessação da vigência da anterior, a substitua por um novo regime; pode dar-se sem substituição, quando a lei nova se limite a fazer cessar a anterior. Segundo o artigo 7º/4 do citado Código Civil rege, então, a regra da não repristinação da lei: a simples revogação, sem substituição, duma lei, não determina o renascimento das leis que a lei revogada houvesse, por seu turno, revogado. Há, pois, que ter bem presente que não basta, para fazer reviver, uma lei, revogar a lei revogatória; deve-se, antes expressamente, repor a lei pretendida em vigor.

II A revogação tácita dá-se quando a lei nova venha regular uma determinada matéria de modo diferente daquele que, anteriormente, a regia. O legislador não afirma, pois, revogar qualquer lei, nem, tão pouco, anuncia os diplomas atingidos: antes se limita a inovar em relação ao que estava. A revogação tácita torna-se pelas suas características, a forma mais frequente de em Portugal, fazer cessar a vigência das leis. Recorrendo a ela, o legislador nem tem de se preocupar com o saber, exactamente, quais as normas em vigor no âmbito de aplicação do diploma por ele introduzido: basta-lhe inovar. Ao intérprete-aplicador, pelo contrário, são cometidas, com isso, especiais responsabilidades: a ele cabe indagar todos os normativos pré-existentes e, recorrendo às regras de sucessão de leis no tempo, determinar em que medida eles foram atingidos pela lei nova.

Em situações de revogação tácita, há que ter presentes algumas regras específicas inseridas no Código Civil e que nem sempre são tidas em conta, na contínua elaboração legislativa que informa o País. Segundo o artigo 7º/3 do Código Civil, a lei geral não revoga a lei especial, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador. Para se poder falar numa «intenção inequívoca do legislador» deve haver uma referência expressa na própria lei ou, pelo menos, um conjunto de vectores tão incisivos que a ela equivalham. Por isso, quando se pretenda, através duma lei geral, revogar leis

especiais – *maxime*, por se querer firmar um regime genérico e homogéneo – há que dizê-lo, recorrendo à revogação expressa ou, no mínimo, a uma menção revogatória clara, do género: «São revogadas todas as leis em contrário, mesmo as especiais».

III A revogação global deve ser separada com cuidado da revogação tácita. Na revogação global, a cessação da vigência duma lei não ocorre porque a lei nova veio, simplesmente, dispor de modo diferente do da lei velha, mas porque um ramo do Direito passa, em globo, a ser tratado de maneira diversa, independentemente de cada matéria singular ser, em si, atingida. Um ponto normativo concreto que estivesse incluído em certa codificação é atingido por uma substituição de códigos, ainda quando a lei nova nem se ocupe dele. No limite, pode, por esta via, surgir uma lacuna onde antes não existia: a integração deverá então ser feita à luz da lei nova, não sendo lícito recorrer às normas expressas anteriores, globalmente revogadas. Este fenómeno pode ser considerado como uma manifestação da unidade da ordem jurídica e do processo de concretização do Direito: na solução de casos concretos, não é a norma jurídica singular que se aplica, mas antes o Direito na sua totalidade.

IV A revogação pode, ainda, ser total ou parcial. É total quando todo um diploma seja alterado ou suprimido: fala-se, então, de ab-rogação. É parcial sempre que apenas parte da lei velha seja atingida: é a derrogação. Normalmente, as revogações que nos surgem são meras derrogações. Com frequência, pois, os diplomas vigoram apenas em parte, com grande desgaste para as funções do intérprete-aplicador.

V Todo o esquema da revogação da lei assenta numa sucessão entre a lei nova e a lei velha. As soluções acima preconizadas dependem pois de uma questão preliminar: a de saber qual das leis é nova e qual é velha. Normalmente, não haverá dúvidas. Em duas situações põem-se, no entanto, dificuldades a ponderar.

Numa primeira situação, pode suceder que dois ou mais diplomas com normas diferentes tenham sido publicados no mesmo *Diário da República*. Quando isso ocorra, não deve atribuir-se relevo à numeração por que eles

tenham sido incluídos na folha oficial. Não havendo normas expressas quanto à sucessão, torna-se impossível, perante a publicação simultânea, descobrir situações de «lei nova» e «lei velha» que permitam soluções, com base nas regras do Direito transitório. Estas conjunções ocorrem, por exemplo, no domínio do Direito da economia, com os chamados «pacotes económicos»: vários diplomas publicados em simultâneo, para resolver determinadas conjunturas. As possíveis contradições entre eles não encontram saída à face da sucessão das leis no tempo.

Numa segunda situação, é possível que dois ou mais diplomas com normas diferentes, publicadas embora em datas distintas, devam entrar em vigor num mesmo momento. Trata-se de uma ocorrência comum perante diplomas complexos que se fazem acompanhar de legislação complementar, de datas diversas: por exemplo, o Código Civil de 1966 entrou em vigor em simultâneo com os Códigos de Registo Civil e de Registo Predial de 1967, que têm datas diferentes. Quando tal se verifique, julga-se que não se deve recorrer à data da publicação para descobrir «leis novas» e «leis velhas» e, assim, resolver o problema com base na sucessão. A data da publicação depende de variados factores – inclusive da própria composição e impressão material dos textos – que nada têm a ver com a intenção do legislador, de modo a desempatar os diplomas que devem entrar em vigor num mesmo momento.

Nas duas situações figuradas, o conflito deve ser resolvido por via interpretativa: ou harmonizando as normas contraditórias em presença ou, quando isso não seja possível, concluindo pela sua mútua supressão e subsequente aparecimento de uma lacuna de colisão. A analogia e a norma que o intérprete criaria se houvesse que legislar dentro do espírito do sistema, permitindo, nos termos do artigo 10º do Código Civil, encontrar a saída final.

— Data aprovação → tempo
— Data de publicação pode ser antes disponibilidade
5 O DIREITO TRANSITÓRIO; DIREITO TRANSITÓRIO MATERIAL
E DIREITO TRANSITÓRIO FORMAL

1 O exame, acima efectuado, da sucessão de leis, permite conhecer o modo da sua entrada em vigor e o termo da sua cessação. Os regimes concretos envolvidos põem, no entanto, ainda outros problemas.

Assim, quando haja uma sucessão de leis, pode acontecer que uma mesma situação jurídica seja tocada, durante a sua existência, por regras diferentes. Cabe, então, ao Direito transitório resolver o problema.

II O Direito transitório pode ser material ou formal.

O Direito transitório é material quando corresponda a regras jurídicas especialmente concebidas para reger aquelas situações que tenham sido, em simultâneo, tocadas pela lei nova e pela lei velha. O Direito transitório é formal quando seja um Direito de conflitos, isto é, quando, em vez de regular directamente os casos concretos abrangidos pela lei nova e pela lei velha, se limite a dizer qual das leis em presença tem competência para tratar o problema.

III A opção por um Direito transitório material ou por um Direito transitório formal compete ao legislador. Em certos casos, a regulação estabelecida pela lei nova é de tal modo diferente da anterior, que se torna necessário aprontar um regime intermédio entre ambas, que assegure uma transição conveniente. O legislador deverá, então, proporcioná-la, demandando normas transitórias materiais idóneas. Quando porém – o que é de regra – isso não seja necessário nem possível, cai-se num Direito transitório formal.

6 REGIME GERAL DO DIREITO TRANSITÓRIO

I O Direito transitório formal dispõe hoje de um regime geral, inserido no artigo 12º do Código Civil. Este preceito surge na sequência de toda uma evolução histórica, como fruto de múltiplas considerações que compete sumariar, para melhor o entender.

À primeira vista, poderia parecer que, perante uma sucessão de leis no tempo, a lei nova teria pretensões de aplicação integral: com a sua entrada em vigor, a lei velha seria proscrita da ordem jurídica, desaparecendo todos os seus efeitos a favor da lei nova. Este radicalismo em prol da lei nova conduz a resultados inaceitáveis; basta ver que todas as situações duráveis validamente constituídas ao abrigo da lei antiga – como, por exemplo, os casa-

mentos – seriam postas em causa quando ocorresse uma substituição de leis. Perante esse obstáculo, poder-se-ia gerar um radicalismo de sinal contrário: todas as situações constituídas ao abrigo da lei velha deveriam perdurar tal e qual, quando surgisse uma lei nova com o mesmo âmbito de aplicação. O primado da lei velha também levaria a saídas inconvenientes: certas situações jurídicas ficariam, para sempre, inalteráveis, regendo-se por ordenamentos há muito desaparecidos. Assim sucederia com o direito de propriedade.

Como ponto de partida pode, assim, assentar-se em que a lei nova e lei velha têm âmbitos próprios de aplicação. A repartição desses âmbitos há-de ter uma qualquer ligação com a data da entrada em vigor da lei nova, embora não possa depender, em toda a sua extensão, apenas desse factor.

II Na busca de bitolas materiais que ofereçam uma efectiva delimitação entre a lei nova e a lei velha pode apontar-se, em primeira linha, a ideia de que não deve haver retroactividade, no sentido de deverem ser respeitados determinados efeitos já provocados.

Coube a SAVIGNY oferecer um primeiro critério da não retroactividade, isto é, dos efeitos a preservar pela lei nova⁸. Recorde-se que SAVIGNY, grande impulsionador do Direito internacional privado – o Direito de conflitos espaciais – foi também um grande impulsionador do Direito transitório – o Direito de conflitos temporais.

Segundo SAVIGNY, haveria que fazer uma distinção, hoje clássica, entre situações que instituem direitos e situações que estabelecem meras expectativas. Perante o direito adquirido ao abrigo da lei velha, a lei nova deveria deter-se, respeitando-o. Pelo contrário, defronte de meras expectativas geradas pela lei velha, a lei nova teria aplicação imediata.

Apesar do avanço analítico demonstrado por esta orientação, mantêm-se certos aspectos indesejáveis, já aludidos. Com efeito, não é exacto que um direito adquirido deva ficar intocável, para todo o sempre, regendo-se pela lei velha. Tal situação conduziria, como acima se disse, a que direitos como o de propriedade se pautassem, por exemplo, pelo Direito romano. Para além disso, introduz-se um novo factor de discussão: não é segura a distinção entre direitos e expectativas, sendo de mau método elevar um factor menos claro a chave de todo um sistema.

Uma nova ordenação do problema foi preconizada por ENNECCERUS⁹ e com a maior importância: a sua doutrina foi adoptada por MANUEL DE ANDRADE, passando, através dele, ao Código Civil, mais precisamente ao seu artigo 12º. Perante uma lei nova, tudo estaria em saber se ela visa regular factos jurídicos ou situações jurídicas.

Quando a lei nova pretenda regular factos jurídicos em si, reportando-se, pois, à sua validade formal e substancial, ela só se aplica aos factos novos. Por exemplo, os contratos de casamento celebrados ao abrigo da lei antiga sobrevivem quando a lei nova venha estabelecer novos requisitos formais substanciais para a celebração de casamentos.

Quando a lei nova vise reger situações jurídicas, ela atinge a generalidade das situações existentes, mesmo quando formadas ao abrigo da lei velha. Por exemplo, a lei que venha alterar o conteúdo da propriedade aplica-se aos direitos já constituídos à data do seu aparecimento. Poderá pôr-se, aqui, um problema de retroactividade, a examinar mais abaixo.

IV No fundamental, é este o regime hoje em vigor, no domínio do Direito transitório formal geral: sempre que a própria lei nova não disponha de outro modo, designadamente estabelecendo regras transitórias materiais ou firmando normas de conflitos específicas, deve recorrer-se ao artigo 12º do Código Civil para delimitar os âmbitos de competência abertos por uma sucessão de leis no tempo. Em aberto fica, no entanto, a possibilidade de Direitos transitórios especiais, isto é, de Direitos transitórios destinados a reger apenas certas disciplinas jurídicas.

Vai proceder-se, de seguida, a uma análise sumária do problema.

7 REGIMES DE DIREITO TRANSITÓRIO ESPECIAIS

I O regime geral do Direito transitório consta, como se viu, do artigo 12º do Código Civil. Esse preceito, embora não estando inserido na Constituição, funciona como uma autêntica bitola profunda da ordem jurídica, dando uma medida de valor que se deve ter sempre em conta.

Admite-se, no entanto, que certas disciplinas jurídicas comportem regimes próprios de Direito transitório: Direitos transitórios especiais.

23

II O exemplo mais notável de Direito transitório especial ocorre no campo do Direito penal. Nos termos do artigo 2º do Código Penal, havendo uma situação de concurso temporal de leis, deve aplicar-se sempre aquela que, concretamente, seja mais favorável ao agente. Se, por exemplo, for cometido um determinado facto incriminado em termos graves e, depois, se assitir à sua descriminalização e, de novo, à sua incriminação, mas em moldes mais leves, através de sucessivas alterações da lei penal, o agente não será penalizado: o momento mais favorável foi, simplesmente, o da ausência da lei. Duvidosa, pelo contrário, é a existência de um regime especial de Direito transitório, no campo do Direito processual. Segundo uma doutrina antiga, a lei processual teria aplicação imediata. Esta afirmação assenta na ideia de que o processo não dá nem tira direitos, apenas se assumindo como um conjunto de formalidades, susceptíveis de imediate remodelação. Trata-se, porém, de uma ideia duplamente questionável. De facto, a mera afirmação de uma aplicação imediata não esclarece o exacto sentido e alcance da lei nova, sendo conciliável, em dimensões que cabia esclarecer, com a salvaguarda de efeitos já produzidos. Por outro lado, num fenómeno que cabe enfocar e não esquecer, é hoje claro que o Direito processual tem efectiva eficácia substantiva, podendo traduzir, na prática, modos impressivos de extinção de direitos conferidos pela lei; não pode, pois, ser reduzido a um mero papel de regulador de formalidades. Por tudo isto – e tal como ensinava CASTRO MENDES – deve entender-se que o artigo 12º do Código Civil tem aplicação, também, no Direito processual.

III Fica em aberto a possibilidade de criação legislativa de novos regimes transitórios especiais. A hipótese põe-se, mais concretamente, nos termos seguintes: poderá o legislador, quando estabeleça soluções inovatórias, firmar esquemas transitórios particulares, não apenas pela introdução de regimes de adaptação – portanto de normas transitórias materiais – mas pelo recurso a normas de conflitos diferentes das do artigo 12º do Código Civil? Salvos os limites postos à retroactividade, a resposta é, em princípio, positiva: se o legislador tem competência para, de modo directo, firmar novos regimes materiais, também poderá tratar as soluções de base com a utilização de normas de conflitos.

Em termos de política legislativa não é, contudo, desejável que o faça – salvo razões ponderosas. O artigo 12º do Código Civil constitui um preceito experimentado, fruto de larga evolução juscientífica e bem conhecido pelas instâncias de decisão jurídica. Afastá-lo, sem justificação, através de um multiplicar de regimes especiais, é nocivo, devendo ser evitado.

8 A LEI RETROACTIVA

A TIPOS DE RETROACTIVIDADE

I No domínio do Direito transitório, problemas particulares são colocados pela lei retroactiva. As dúvidas começam logo no próprio conceito de retroactividade.

À letra, a lei é retroactiva quando actue sobre o passado. Esse agir no passado pode assumir diversas formas ou graus de intensidade.

A doutrina especializada tem ido bastante longe nesse domínio; pelas necessidades de concisão vai, de seguida, efectuar-se uma simples distinção de três formas de retroactividade, consubstanciadas noutros tantos graus de ordem decrescente: o terceiro grau ou grau máximo, o segundo grau ou grau médio e o primeiro grau ou grau fraco.

II No *terceiro grau de retroactividade*, o *grau máximo* ou *forte*, a lei é retroactiva quando pretenda agir sobre o caso julgado é uma decisão jurídica definitiva que, formalmente, já não admita mais alterações.

Em regra, quando se fala de caso julgado, tem-se em vista a sentença transitada, a qual não admite, como se sabe, recurso ordinário. Tal noção pode, contudo, ser estendida a outros tipos de decisões jurídicas – por exemplo, actos administrativos – que, por razões de Direito, não mais possam ser alteradas. Fala-se, então, em *coisa decidida*, na terminologia de DIOGO FREITAS DO AMARAL.

III No *segundo grau de retroactividade* ou *grau médio*, a lei é retroactiva quando actue sobre factos inteiramente decorridos no passado, ainda que sem a cobertura do caso julgado, isto é, da decisão jurídica insusceptível

de alteração por vias ordinárias. Assim sucederia, por exemplo, quando uma lei que baixasse a taxa de juros determinasse a restituição de juros vencidos e pagos ao abrigo da lei velha.

IV No *grau fraco*, *primeiro grau de retroactividade* ou a lei é retroactiva quando actue sobre situações jurídicas pré-existentes, mas que ainda não produziram todos os seus efeitos; a alteração vai centrar-se, então, sobre os efeitos ainda não verificados. Por exemplo, haveria retroactividade fraca no diploma que, ao alterar as taxas de juros, atingisse os contratos celebrados ao abrigo da taxa anterior, mas de modo a abranger apenas os juros ainda não vencidos¹⁰.

B O REGIME VIGENTE

I As leis modernas admitem certas formas de retroactividade. Elas são, porém, impopulares e a Ciência do Direito procura circunscrevê-las. Desde logo o citado artigo 12º do Código Civil, pode conduzir, em certos casos, a situações de *retroactividade fraca* ou do primeiro grau: assim sucede quando a lei nova, por pretender regular de modo directo o conteúdo de certas situações jurídicas, atinja situações pré-existentes, constituídas ao abrigo da lei velha. Entende-se, pois, que fica na disponibilidade do legislador o estabelecer este modo de retroactividade: necessário é, no entanto, que o faça de modo expresso. Certos limites que ainda devem ser tidos em conta serão objecto de uma menção específica.

II Em compensação, a *retroactividade forte* ou do terceiro grau é inconstitucional. Segundo o artigo 282º/3 da Constituição, havendo declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, ficam ressalvados os casos julgados firmados ao abrigo do próprio diploma viciado, salvo determinadas excepções muito restritas¹¹. Este argumento jurídico-positivo somado à necessidade de, por forma definitiva, deixar incontroversa a coisa julgada, permite considerar inequívoca a inconstitucionalidade da retroactividade de grau máximo.

III A *retroactividade média* – portanto aquela que vai atingir efeitos inteiramente produzidos ao abrigo da lei velha – coloca questões de fronteira mais delicadas. Julga-se que o legislador pode impor esquemas de retroactividade média desde que o faça expressamente e desde que, ao fazê-lo, respeite certos postulados constitucionais. Por exemplo, o diploma que viesse alterar a taxa de juros e que determinasse a restituição de juros anteriormente vencidos e pagos, iria bulir com o artigo 62º da Constituição, que garante a propriedade privada. A retroactividade seria possível desde que os titulares atingidos fossem indemnizados. Outras limitações a este tipo de retroactividade advêm da que abaixo se chamará de «substancialização do Direito transitório».

IV Em termos de política legislativa, a retroactividade, mesmo quando admitida, deve ser evitada. A vida segue o seu curso e este, uma vez concretizado, gera quietude e confiança. O pretender alterar o passado, só por si, já representa uma perturbação social nociva, que o legislador só deverá encarar em casos de necessidade absoluta.

9 A SUBSTANCIALIZAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

I O Direito transitório formal é um Direito de conflitos ou um Direito de segundo grau. Ele não regula directamente situações da vida, antes se limitando, de entre várias normas em presença, a apontar qual tem competência para o fazer. O Direito transitório torna-se, assim, acentuadamente irreal, apresentando escassas ligações com os casos concretos. Esta situação, assim apresentada, não é desejável nem conveniente. Não é desejável porque o Direito visa sempre resolver casos concretos; não pode, pois, e em nenhum dos seus estádios, alhear-se dessa mesma solução, sob pena de formalismo e de irrealismo. Não é conveniente por não corresponder à efectividade do processo de concretização do Direito. Chamado a resolver um problema, o intérprete-aplicador procura a decisão pesando os diversos argumentos que para ela possam contribuir, entre os quais os elementos transitórios: ele não vai, em separado, determinar uma lei transitoriamente aplicável e, depois, proceder às outras operações de concreti-

zação. A metodologia actual entende a realização do Direito como tarefa essencialmente integrada; e nessa integração inclui-se a determinação da lei aplicável, se necessário, com recurso ao Direito transitório. Todos os elementos acima apontados a propósito da concretização jurídica entram aqui em jogo.

II A autonomização de um Direito transitório formal é necessária para efeitos de estudo e de análise. Ela deve, no entanto, ser destruída, em momento posterior, por nova síntese que dê a dimensão real da decisão jurídica. Assim, e logo no domínio do Direito transitório, jogam-se os valores fundamentais do ordenamento, os quais não podem ser ignorados. O Direito transitório tem de atender – e logo de ser sensível – às soluções que efectivamente faculte: a delimitação entre lei nova e lei velha dá-se através de um diálogo entre esquemas formais de aplicação temporal e os valores substantivos em presença.

III Uma projecção prática sugestiva da substancialização do Direito transitório é dada por determinadas manifestações de retroactividade que, mercê de certos valores fundamentais, se devem considerar vedadas. Pense-se, por exemplo, na *lei fiscal retroactiva*, isto é, na lei fiscal que pretenda tributar factos ocorridos ao abrigo da lei velha. A retroactividade seria de segundo grau, ou média. No caso vertente, semelhante retroactividade seria inconstitucional por defraudar o princípio da igualdade. A igualdade – ínsita na proibição do arbítrio – implica que o igual seja tratado de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença. Mas para, a essa luz, se merecer o tratamento igual, é necessário que a igualdade justificadora seja constatada num mesmo momento. Com efeito, tributar hoje em função de factos passados pode levar a que situações *hoje iguais* sejam oneradas *hoje de modo diferente*, ou que situações *hoje diferentes* sejam tributadas, *também hoje, de modo igual*. Esta inconstitucionalidade fica patente quando, desformalizado o Direito transitório, se atine nos resultados substanciais efectivos. Também a retroactividade fraca deve passar pelo crivo das suas projecções substanciais, podendo, inclusive, chegar-se à formulação de juízos de inconstitucionalidade.

IV A substancialização do Direito transitório permite à Ciência do Direito valorar e concretizar as diversas soluções no seu conjunto. Limando arestas, aproximando situações paralelas e distinguindo as diferentes, a Ciência do Direito mantém-se como garantia última de que, também na dimensão temporal, a Ordem Jurídica conserva a justiça e a legitimidade dos diversos modelos de decisão.

Notas

¹ Esta lei foi alterada, quanto a aspectos formulários, pelos Decretos-Leis n.ºs 337/87, de 21 de Outubro, 113/88, de 8 de Abril e 1/91, de 2 de Janeiro.

² STA 20-Fev.-1963 (ANTÓNIO SIMÕES CORREIA), AcD II (1963), n.º 17, 674-677 (676-677); em anotação indica-se, aí, no mesmo sentido, um outro acórdão de 7-Nov.-1961.

³ PGR n.º 256/78, de 1-Mar.-1979 (CUNHA RODRIGUES), BMJ 290 (1979), 115-123.

⁴ JORGE MIRANDA, *Decreto*, separata do Dicionário Jurídico da Administração Pública (1974), 38; havendo dúvidas quanto à data da distribuição, este Autor apela para o início da mesma.

⁵ MENEZES CORDEIRO, Problemas de aplicação da lei no tempo – Disposições transitórias, em *A feitura das leis* org. JORGE MIRANDA/MARCELO REBELO DE SOUSA, vol. II (1986), 359-378 (366).

⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito / Introdução e Teoria Geral*, 7ª ed. (1993), 283.

⁷ Uma aplicação desta problemática é a que ocorre com o *Regime do Arrendamento Urbano*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, publicado no *Diário da República*, I Série, Suplemento ao n.º 238, de 15 de Outubro de 1990 e distribuído, apenas, no dia 19 de Outubro, em conjunto com o *Diário da República* n.º 242. O *Regime* deveria entrar em vigor 30 dias após a sua publicação. Quando? 15 de Novembro ou 19 de Novembro? Estão em causa, sobretudo, direitos privados, que relacionam pessoas com pessoas. A generalidade dos cidadãos irá acreditar na data oficial de 15 de Outubro, pautando, por aí, as suas condutas. Apenas uma pequena minoria terá conhecido e anotado a data da efectiva distribuição. Em princípio e nas relações intersubjectivas, a data da entrada em vigor será, pois, 15 de Novembro – cf. MENEZES CORDEIRO/CASTRO FRAGA, *Novo regime do arrendamento urbano anotado* (1990), 36. Sem prejuízo de em concreto, contra o Estado ou contra terceiros de má fé se poder fazer prova da distribuição tardia: nessa altura, o novo regime só se aplicará após 19 de Novembro de 1990.

⁸ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System der heutigen römischen Rechts*, 8º vol. (1849, 2ª reimpr., 1981), §§ 383 ss. (368 ss.).

⁹ LUDWIG ENNECCERUS/HANS CARL NIPPERDEY, *Derecho Civil (parte general)*, trad. castelhana de PEREZ GONZALEZ e JOSÉ ALGUER, 1º vol. (1931), §§ 56 (236 ss.).

¹⁰ Já não haveria qualquer retroactividade quando o próprio contrato prevísse a modificação da taxa de juros, em função de normas subsequentemente publicadas.

¹¹ Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed. (1993), 1041.