

COLEÇÃO STUDIUM

TEMAS FILOSÓFICOS, JURÍDICOS E SOCIAIS

HANS Kelsen

ANTIGO PROFESSOR DAS UNIVERSIDADES
DE VIENA E COLÓNIA

TEORIA PURA DO DIREITO

6.ª EDIÇÃO

TRADUÇÃO DE

DR. JOÃO BAPTISTA MACHADO

DOUTORADO PELA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA E
PROFESSOR DA FACULDADE DE ECONOMIA DO PORTO

ARMÉNIO AMADO — EDITORA
COIMBRA — 1984

uma teoria do Direito natural quando as normas do Direito natural por esta descrito e que prescrevem uma determinada conduta como justa tenham a validade absoluta que se arrogam, quer dizer: quando excluam como impossível a validade das normas que prescrevem como justa a conduta oposta. A história das doutrinas do Direito natural mostra, porém, que tal não é o caso. Logo que a teoria do Direito natural intenta determinar o conteúdo das normas imanescentes à natureza, deduzidas da natureza, enreda-se nas mais insuperáveis contradições. Os seus representantes não proclamaram um único Direito natural, mas vários Direitos naturais, muito diversos entre si e contraditórios uns com os outros. Isto é especialmente verdade em relação às questões fundamentais da propriedade e da forma do Estado. Segundo uma doutrina do Direito natural, só é «natural», isto é, justa, a propriedade individual, segundo outra, só o é a propriedade colectiva; segundo uma, só é «natural», isto é, justa, a democracia, segundo outra, só o é a autocracia. Todo o Direito positivo que corresponde ao Direito natural de uma das teorias e que, por isso, é tido como justo, contradiz o Direito natural de outra teoria e é, consequentemente, condenado como injusto. A doutrina do Direito natural, tal como efectivamente tem sido desenvolvida — e não pode ser desenvolvida de outra maneira — está muito longe de fornecer o critério firme que dela se espera.

Mas também a suposição de que uma teoria do Direito natural poderia dar uma resposta incondicional à questão do fundamento da validade do Direito positivo se baseia sobre uma ilusão. Uma tal doutrina vê o fundamento de validade do Direito positivo no Direito natural, quer dizer, numa ordem posta pela natureza como autoridade suprema colocada acima do legislador humano. Neste sentido, o Direito natural é também Direito posto, isto é, positivo. Direito posto, porém, não pela vontade humana, mas por uma vontade supra-humana. Uma doutrina do Direito natural pode, na verdade, afirmar como facto — se bem que o não possa demonstrar — que a natureza ordena que os homens se conduzam de determinada maneira. Como, porém, um facto não pode ser o fundamento de validade de uma norma, uma teoria jurnaturalista logicamente correcta não pode negar que apenas podemos pensar um Direito positivo harmónico com o Direito natural como válido se presupusermos a norma: devemos obedecer aos

comandos da natureza. É esta a norma fundamental do Direito natural. Também a doutrina do Direito natural só pode dar à questão do fundamento da validade do Direito positivo uma resposta condicional. Se afirma que a norma segundo a qual devemos obedecer às prescrições da natureza é imediatamente evidente, erra. Esta afirmação é inaceitável. Não só em geral, por não poder haver normas de conduta humana imediatamente evidentes; mas também em especial, porque esta norma não pode, ainda menos que qualquer outra, ser afirmada como imediatamente evidente. Com efeito, para a ciência a natureza é um sistema de elementos determinados pela lei da causalidade. Ela não tem uma vontade e não pode, portanto, estabelecer normas. As normas somente podem ser assumidas como imanescentes à natureza quando se admita que na natureza está a vontade de Deus. Mas dizer que Deus, através da natureza como manifestação da sua vontade — ou por qualquer outra forma — ordena aos homens que se conduzam de determinada maneira, é uma suposição metafísica que não pode ser aceita pela ciência em geral e pela ciência do Direito em especial, pois o conhecimento científico não pode ter por objecto qualquer processo afirmado para além de toda a experiência possível.

35. A estrutura escalonada da ordem jurídica

a) A Constituição

Já nas páginas precedentes por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda — em certa medida — o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o carácter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem

espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental — pressuposta. A norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Se começarmos por tomar em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um acto de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um acto legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição «escrita», para a distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária. A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente. As normas não escritas, da Constituição, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas; e, então, quando esta codificação é realizada por um órgão legislativo e, portanto, tem carácter vinculante, elas transformam-se em Constituição escrita.

Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como «Constituição» que — como Constituição escrita — não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucio-

nal, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual.

A produção de normas jurídicas gerais, regulada pela Constituição em sentido material, tem, dentro da ordem jurídica estadual moderna, o carácter de legislação. A sua regulamentação pela Constituição compreende a determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais — leis e decretos. Quando os tribunais também são considerados competentes para aplicar Direito consuetudinário, eles têm de receber da Constituição poder para isso — tal como o recebem para a aplicação das leis. Quer dizer: é preciso que a Constituição institua o costume, que é constituído pela conduta habitual dos indivíduos submetidos à ordem jurídica estadual — os súbditos do Estado —, como facto gerador de Direito. Se a aplicação do Direito consuetudinário pelos tribunais é considerada como legal, embora na Constituição escrita não exista uma tal atribuição de poder ou autorização, essa autorização não pode — como mais tarde veremos ⁽¹⁾ — ser dada numa norma da Constituição não escrita, produzida consuetudinariamente, mas tem de ser pressuposta, como tem de ser pressuposto que a Constituição escrita tem o carácter de norma objectivamente vinculante sempre que se consideram como normas jurídicas vinculativas as leis e os decretos de conformidade com ela editados. Nesse caso, a norma fundamental — como Constituição em sentido lógico-jurídico — institui como facto produtor de Direito, não apenas o acto do autor da Constituição, mas também o costume constituído pela conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica constitucionalmente criada.

A Constituição estadual pode — como Constituição escrita — aparecer na específica forma constitucional, isto é, em normas

(1) Cfr. *infra*.

COSTUME ALTERA O CONHECIMENTO
DA NORMA CONSTITUCIONAL

que não podem ser revogadas ou alteradas como as leis normais mas somente sob condições mais rigorosas. Mas não tem de ser necessariamente assim; e não é assim quando nem sequer exista Constituição escrita, quando a Constituição surgiu por via consuetudinária, quer dizer: através da conduta costumeira dos indivíduos submetidos à ordem jurídica estadual, e não foi codificada. Nesse caso, também as normas que têm o carácter de Constituição material podem ser revogadas ou alteradas por leis simples ou pelo Direito consuetudinário.

É possível que o órgão que é competente para estabelecer, revogar e modificar leis constitucionais no sentido formal específico, seja diferente do órgão que é competente para estabelecer, revogar ou modificar as leis normais. Para a primeira função pode ser chamado, por exemplo, um órgão especial, diferente do órgão competente para a segunda função quanto à sua composição e quanto ao processo de eleição: v. g., um parlamento constituinte (melhor: um parlamento legislador da Constituição). No entanto, geralmente as duas funções são desempenhadas pelo mesmo órgão.

A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. É eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis — v. g. leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade — se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis — chefe do Estado, ministros — ou existe a possibilidade de as atacar e anular. Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derrogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que esta lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas,

como sejam uma maioria qualificada ou um *quorum* mais amplo. Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional.

b) *Legislação e costume*

O escalão imediatamente seguinte ao da Constituição é constituído pelas normas gerais criadas pela legislação ou pelo costume. As Constituições dos Estados modernos instituem sempre especiais órgãos legislativos que são competentes para a produção das normas gerais a aplicar pelos tribunais e autoridades administrativas, por forma tal que, ao escalão da produção constitucional, se segue o escalão legislativo e, a este, o escalão do processo judicial e administrativo. No entanto, esta organização em três escalões não é inevitável. É possível que a Constituição não institua qualquer órgão legislante especial, por forma a que os tribunais e autoridades administrativas sejam considerados pela Constituição imediatamente competentes para criarem eles próprios as normas que considerem adequadas ou justas para aplicar nos casos concretos. Desta possibilidade se voltará a falar mais tarde. Nas páginas seguintes começaremos por considerar apenas o caso normal: o de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo especial. A composição do órgão legislativo é um dos mais importantes factores que determinam a chamada forma do Estado. Se é um só indivíduo, um monarca hereditário ou um ditador que alcançou revolucionariamente o poder, estamos perante uma autocracia; se é a assembleia de todo o povo ou um parlamento eleito pelo povo, temos uma democracia. Somente no caso de legislação democrática são necessárias determinações que regulem o processo legislante, quer dizer: a participação na assembleia do povo ou na eleição do parlamento, o número dos seus membros, o processo das suas deliberações, etc. Todos estes preceitos pertencem à Constituição em sentido material, embora nem sempre apareçam na forma constitucional, mas também como simples lei. Se, ao lado do órgão legislante normal, existe um órgão constituinte distinto e se, através de uma lei constitucional

estabelecida por este último órgão — por exemplo, através de uma lei que modifique o processo legislativo — se confere competência ao órgão legiferante normal para fixar por simples lei uma regulamentação eleitoral, então o escalão da Constituição material desdobra-se em dois escalões.

As normas jurídicas gerais criadas pela via legislativa são normas conscientemente postas, quer dizer, normas estatuídas. Os actos que constituem o facto legislativo são actos produtores de normas, são actos instituidores de normas; quer dizer: o seu sentido subjectivo é um dever-ser. Através da Constituição, este sentido subjectivo é alçado a uma significação objectiva, o facto legislativo é instituído como facto produtor de Direito. A Constituição também pode, porém, instituir como facto produtor de Direito um determinado facto consuetudinário. Este facto, como já foi referido acima ⁽¹⁾, é caracterizado pela circunstância de os indivíduos pertencentes à comunidade jurídica se conduzirem por forma sempre idêntica sob certas e determinadas circunstâncias, de esta conduta se processar por um tempo suficientemente longo, de por essa forma surgir, nos indivíduos que, através dos seus actos, constituem o costume, a vontade colectiva de que assim nos conduzamos. Então, o sentido subjectivo do facto que constitui o costume é um dever-ser: o sentido de que nos devemos conduzir de acordo com o costume. O sentido subjectivo do facto consuetudinário só pode, porém, ser pensado como norma jurídica objectivamente válida se este facto assim qualificado é inserido na Constituição como facto produtor de normas jurídicas.

Segundo a jurisprudência tradicional ⁽²⁾, afirma-se que a *opinio necessitatis* é um elemento essencial do facto consuetudinário. Quer dizer: os actos constitutivos do costume têm de ser praticados na convicção de que devem ser praticados. Esta convicção pressupõe, porém, um acto de vontade individual ou colectivo cujo sentido subjectivo é o de que nos devemos conduzir de acordo com o costume. Se o Direito consuetudinário é, tal como

(1) Cfr. *supra*.

(2) Sobre a origem da teoria da *opinio necessitatis*, cfr. PAUL GUGGENHEIM: *Contribution à l'histoire des sources du droit des gens*. Académie de droit international, Recueil des Cours, t. 94, 1953, II, p. 52.

COSTUME ALTERN O CONTINUA
DA AL. FUNDAMENTAL

o Direito legislado, Direito positivo, isto é, Direito posto, tem de haver um acto de vontade individual ou colectivo cujo sentido subjectivo seja o dever-ser que é interpretado como norma objectivamente válida, como Direito consuetudinário.

Como já anteriormente acentuámos, o Direito consuetudinário apenas pode ser aplicado pelos órgãos aplicadores do Direito quando estes órgãos sejam considerados competentes para tal. Se esta competência não é atribuída pela Constituição no sentido jurídico-positivo, quer dizer: se o costume qualificado não é instituído como facto produtor de Direito em sentido jurídico-positivo, então, para que a aplicação de um Direito consuetudinário, e especialmente de um Direito consuetudinário que derogue o Direito legislado, seja considerada como juridicamente lícita, tem de se pressupor que a instituição do costume como facto produtor de Direito já se operou na norma fundamental como Constituição em sentido lógico-jurídico. Quer dizer: tem de pressupor-se uma norma fundamental que institua como facto produtor de Direito não só o facto legislativo como também o facto do costume qualificado.

Tal é também o caso quando a Constituição da comunidade jurídica surgiu, não por via legislativa, mas por via consuetudinária, e se consideram os órgãos aplicadores do Direito competentes para aplicar Direito consuetudinário. Esta situação não pode ser interpretada como se o costume fosse instituído facto produtor de Direito pela Constituição jurídico-positiva, consuetudinariamente criada. Isso seria uma *petitio principii*. Com efeito, se a Constituição jurídico-positiva, que regula a produção de normas gerais, pode ser produzida por via consuetudinária, já se tem de pressupor que o costume é um facto produtor de Direito. Esta pressuposição apenas pode ser a norma fundamental, isto é, a Constituição em sentido lógico-jurídico. Então, estamos perante a hipótese anteriormente referida ⁽¹⁾ em que a norma fundamental, como Constituição em sentido lógico-jurídico, se não refere imediatamente a uma Constituição em sentido jurídico-positivo — só mediatamente se referindo à ordem jurídica posta em conformidade com ela — mas se refere imediatamente a esta

(1) Cfr. *supra*.

ordem jurídica consuetudinariamente criada. Isto vale especialmente em relação à norma fundamental da ordem jurídica internacional cujas normas são produzidas pelo costume dos Estados e são aplicadas pelos órgãos de cada Estado ⁽¹⁾.

* O Direito legislado e o Direito consuetudinário revogam-se um ao outro, segundo o princípio da *lex posterior*. Enquanto, porém, uma lei constitucional em sentido formal não pode ser revogada ou alterada por uma lei simples mas somente através de uma outra lei constitucional, o Direito consuetudinário tem também eficácia derogatória relativamente a uma lei constitucional formal. Tem-na mesmo em face de uma lei constitucional que expressamente exclua a aplicação de Direito consuetudinário. Contrapõe-se a concepção de que o costume é um facto produtor de Direito uma outra segundo a qual este facto não tem carácter constitutivo mas apenas carácter declaratório, segundo a qual, como afirma SAVIGNY, «o costume é a característica que permite reconhecer o Direito positivo, e não o fundamento ou causa do seu aparecimento» ⁽²⁾. Com isto apenas se exprime a teoria sufragada pela escola histórica alemã de que o Direito não é produzido, nem pela legislação, nem pelo costume, mas apenas pelo espírito do povo, de que, tanto através de um processo como do outro, apenas se pode constatar a existência de um Direito já anteriormente vigente. A mesma doutrina é representada por uma teoria sociológica do Direito francesa, com a diferença de que o Direito seria criado, não pelo espírito do povo, mas por uma chamada «solidarité sociale» ⁽³⁾.

Segundo ambas as teorias o Direito constatado — apenas constatado, e não criado — pela lei ou pelo costume pode aspirar à validade somente porque e na medida em que é uma reprodução de um Direito preexistente. Ambas as teorias são, no fundo, simples variantes da teoria do Direito natural, cujo dualismo de um Direito criado pela natureza e de um Direito criado pelo homem se reflecte no dualismo do Direito produzido pelo espírito do povo

(1) Cfr. *supra*.

(2) FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, p. 35.

(3) LÉON DUGUIT, *L'Etat, le droit objective et la loi positive*, 1901, p. 80 ss., 616.

ou pela «solidarité sociale» e o Direito reproduzido pela legislação ou pelo costume. O que se disse quanto à primeira pode ser repetido contra as outras duas. Do ponto de vista de uma teoria jurídica positivista, que não pode aceitar, nem a existência de um imaginário espírito do povo, nem a de uma «solidarité sociale» igualmente imaginária, a função constitutiva, isto é, criadora de Direito, do costume não pode ser posta em dúvida, da mesma forma que o não pode ser a da lei.

A questão de saber se existe o facto de um costume criador de Direito, somente pode ser decidida pelo órgão aplicador do Direito. Daí se tem por vezes concluído que uma regra que dá expressão à conduta consuetudinária dos indivíduos somente se transforma em norma jurídica através do seu reconhecimento por parte do tribunal que aplica esta regra e que, portanto, as normas do Direito consuetudinário somente são criadas pelos tribunais. No entanto, a posição em que os órgãos aplicadores do Direito, especialmente os tribunais, se encontram perante as normas do Direito consuetudinário em nada difere daquela em que se encontram perante as normas legislativas. Com efeito, precisamente como o órgão que tem de aplicar uma norma criada por via consuetudinária precisa de determinar o facto do costume, quer dizer, precisa decidir a questão de saber se uma norma a aplicar foi de facto criada por via consuetudinária, também o órgão que tem de aplicar uma norma criada por via legislativa tem de verificar o facto legislativo, isto é, tem de decidir a questão de saber se uma norma que vai aplicar foi criada por via legislativa. Esta questão pode ser mais fácil de decidir e, por isso, vir menos claramente à consciência destes órgãos do que a questão de saber se uma norma surgiu por via consuetudinária, especialmente quando as leis são publicadas numa folha oficial. Porém, a função do órgão aplicador do Direito — determinar a existência da norma a aplicar, quer dizer, verificar a sua criação constitucional — é a mesma em ambos os casos. E em ambos os casos preexiste uma norma jurídica geral ao acto de aplicação do Direito. A determinação do facto pelo órgão aplicador do Direito é, na verdade, como melhor veremos, constitutiva. Esta determinação constitutiva, porém, tem eficácia retroactiva. O facto é havido como já posto

no momento determinado pelo órgão aplicador do Direito e não como apenas posto no momento dessa averiguação ⁽¹⁾.

A validade do Direito consuetudinário dentro de uma comunidade jurídica é limitada, na medida em que a aplicação de normas gerais produzidas por via consuetudinária aos casos concretos apenas se pode realizar através de Direito estatuído, uma vez que só se pode operar através das normas individuais a estebeecer pelos órgãos aplicadores do Direito — especialmente, onde existem já tribunais, através das decisões judiciais, que representam normas individuais ⁽²⁾.

Uma distinção politicamente importante entre Direito legislativo e Direito consuetudinário consiste no facto de aquele ser produzido através de um processo relativamente centralizado e este através de um processo relativamente descentralizado. As leis são criadas por órgãos especiais instituídos para este fim e que funcionam segundo o princípio da divisão do trabalho. As normas do Direito consuetudinário adquirem existência através de uma determinada conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica. No primeiro caso, a autoridade produtora da norma e os indivíduos submetidos às normas não se identificam. Já no segundo caso tal identificação se verifica, pelo menos até certo ponto. Para que exista o facto de um costume criador de Direito não é preciso que tenham participado na formação do costume todos os indivíduos a quem a norma consuetudinária impõe deveres e confere direitos. Basta que a maioria dominante dos indivíduos que devem ser considerados para a regulamentação da relação em causa tenha participado na formação do costume. E por esta forma perfeitamente possível que sejam vinculados por uma norma produzida consuetudinariamente indivíduos que não participaram na sua formação. Esta situação apresenta-se particularmente nítida quando se trata de normas de um Direito consuetudinário que já há longo tempo entrou em vigor. Por esta razão, não é acertado explicar o Direito consuetudinário — como por vezes se faz, particularmente em relação ao Direito consuetudinário internacional — como um tratado ou acordo tácito.

⁽¹⁾ Cfr. *infra*.
⁽²⁾ Cfr. *infra*.

c) Lei e decreto

O escalão da produção de normas gerais — regulada pela Constituição — é por sua vez geralmente subdividido, na conformação positiva das ordens jurídicas estaduais, em dois ou mais escalões. Aqui podemos em destaque apenas a distinção entre lei e decreto, que é de particular importância onde a Constituição atribua fundamentalmente a produção das normas jurídicas gerais a um parlamento eleito pelo povo, permitindo, porém, a elaboração mais pormenorizada das leis por meio de normas gerais que são editadas por certos órgãos da administração, ou onde, para certos casos excepcionais, de ao governo competência para, no lugar do parlamento, editar todas as normas gerais necessárias ou apenas certas normas gerais. As normas gerais que provêm, não do parlamento, mas de uma autoridade administrativa, são designadas como decretos, que podem ser decretos regulamentares ou decretos-leis. Estes últimos são também chamados decretos com força de lei. Assim — tal como existe uma específica forma da Constituição — há uma forma específica da lei. Fala-se de lei em sentido formal em contraposição a lei em sentido material. Esta compreende toda a norma jurídica geral. Aquela abrange, quer toda e qualquer norma jurídica geral surgida em forma de lei, isto é, emitida pelo parlamento e — de conformidade com as determinações típicas da maioria das Constituições — publicada por determinada maneira; quer, em geral, todo o conteúdo que surja nesta forma. A designação «lei em sentido formal» tem, portanto, várias significações. Unívoco é apenas o conceito de forma legal, no qual podem aparecer não apenas normas gerais mas também outros conteúdos, mesmo aqueles cujo sentido subjectivo nem sequer seja próprio de normas. Neste caso, temos um conteúdo legal juridicamente irrelevante. O problema do conteúdo juridicamente irrelevante de uma forma jurídica, o facto de, não só no processo legislativo mas em todo o processo através do qual se cria Direito estatuído, poderem aparecer conteúdos cujo sentido subjectivo não seja o de uma norma geral ou individual e que, por isso, são juridicamente irrelevantes, já foi versado a outro propósito ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cfr. *supra*.

d) *Direito material e Direito formal*

As normas gerais criadas por via legislativa (como leis ou decretos) ou por via consuetudinária devem ser aplicadas pelos órgãos para tal competentes, os tribunais e as autoridades administrativas. Estes órgãos aplicadores do Direito têm de ser determinados pela ordem jurídica, quer dizer: é necessário que se determine sob que condições um determinado indivíduo funciona como juiz ou autoridade administrativa. E, porém, necessário determinar também o processo pelo qual deve ser exercida a sua função, isto é, a aplicação de normas gerais. A norma geral, que liga a um facto abstractamente determinado uma consequência igualmente abstracta, precisa, para poder ser aplicada, de individualização. É preciso estabelecer se *in concreto* existe um facto que a norma geral determina *in abstracto*; e é necessário pôr um acto concreto de coerção — isto é, ordená-lo e depois executá-lo — para este caso concreto, acto de coerção esse que é igualmente determinado *in abstracto* pela norma geral. Portanto, a aplicação de uma norma geral a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral. E, por isso, a função da norma geral a aplicar também pode consistir em determinar o conteúdo da norma individual que é produzida através do acto judicial ou administrativo, da decisão judicial ou da resolução administrativa. As normas gerais a aplicar pelos órgãos jurisdicionais e administrativos têm, portanto, uma dupla função: 1.ª — a determinação destes órgãos e do processo a observar por eles; 2.ª — a determinação do conteúdo das normas individuais a produzir neste processo judicial ou administrativo.

A estas duas funções correspondem as duas categorias de normas jurídicas que usualmente se costumam distinguir: normas de Direito formal e normas de Direito material. Como Direito formal designam-se as normas gerais através das quais são regulados a organização e o processo das autoridades judiciais e administrativas, os chamados processo civil e penal e o processo administrativo. Por Direito material entendem-se as normas gerais que determinam o conteúdo dos actos judiciais e administrativos e que são em geral designadas como Direito civil, Direito penal e Direito administrativo, muito embora as normas que regulam o processo dos tribunais e das autoridades administrativas não

sejam menos Direito civil, Direito penal e Direito administrativo. Também quando se fala das normas a aplicar por estes órgãos se pensa geralmente apenas no Direito material civil, penal e administrativo, se bem que o Direito material civil, penal e administrativo não possa ser aplicado sem que ao mesmo tempo se aplique também o Direito formal, quer dizer, o Direito pelo qual é regulado o processo em que é aplicado o Direito material civil, penal e administrativo, o processo em que o acto judicial ou administrativo é posto. O Direito material e o Direito formal estão inseparavelmente ligados. Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação. Toda a proposição jurídica que pretenda descrever perfeitamente este Direito deve conter tanto o elemento formal como o elemento material. Uma disposição de Direito penal — por mais simplificada que seja — tem de ser formulada mais ou menos da seguinte maneira: Se um indivíduo cometeu um delito determinado numa norma jurídica geral, um órgão (tribunal), determinado também por uma norma jurídica geral, deve aplicar-lhe, num processo regulado ainda por uma norma geral, uma sanção que se encontra fixada na norma geral primeiramente referida. Mais tarde veremos que se exige uma formulação ainda mais complexa, a saber: Se um órgão, cuja constituição e função se encontram reguladas por uma norma geral, verificou, por um processo determinado também através de uma norma geral, que existe um facto a que uma outra norma geral liga uma determinada sanção, esse órgão deve aplicar, pelo processo prescrito por uma norma geral, a sanção determinada pela norma jurídica geral já mencionada. Esta formulação da disposição jurídico-penal mostra — e nisto reside uma função essencial da proposição que descreve o Direito — a conexão sistemática que existe entre o chamado Direito formal e o chamado Direito material, entre a determinação do delito e da sanção, por um lado, e a determinação do órgão aplicador do Direito e do seu processo, por outro lado.

A relação que intercede entre as normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária e a sua aplicação pelos tribunais ou órgãos da administração é, no essencial, a mesma que existe entre a Constituição e a criação, por ela regulada, de normas gerais de Direito. A criação de normas jurídicas gerais é aplicação da Constituição, tal como a aplicação de normas jurídicas

cas gerais pelos tribunais e órgãos administrativos é criação de normas jurídicas individuais. Assim como as normas jurídicas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária são determinadas, sob o aspecto formal, e eventualmente também sob o aspecto material, pelas normas da Constituição — por normas de um escalão superior, portanto — assim também as normas individuais, criadas pelos actos judiciais e administrativos, são determinadas, tanto sob o aspecto formal como sob o aspecto material, pelas normas gerais legislativa ou consuetudinariamente criadas — portanto, também por normas de um escalão superior. Porém, a relação entre o elemento formal e o elemento material é, nos dois casos, diferente. A Constituição (no sentido material da palavra) em regra apenas determina os órgãos e o procedimento da actividade legislativa e deixa a determinação do conteúdo das leis ao órgão legislativo. Só excepcionalmente — e, de modo eficaz, apenas por via negativa — determina o conteúdo das leis a editar, excluindo certos conteúdos.

Pelo que toca à produção de Direito consuetudinário, a Constituição apenas pode delegar no processo que se caracteriza como costume. Aqui nem tão-pouco pode ser excluído pela Constituição um determinado conteúdo das normas jurídicas consuetudinariamente criadas, pois que a própria Constituição — mesmo uma Constituição escrita em sentido formal — pode ser alterada por normas jurídicas produzidas por via consuetudinária. As normas jurídicas gerais criadas de conformidade com a Constituição, porém, determinam quase sempre não só os órgãos e o processo pelos quais e no qual devem ser aplicadas, mas também — contudo, em medida diferente — o conteúdo das normas individuais que representam as decisões judiciais e as resoluções administrativas. No domínio do Direito penal a predeterminação do conteúdo da decisão judicial vai em regra até bastante longe, por forma que à livre apreciação do juiz penal na criação da norma individual que constitui a sua decisão apenas é deixada uma margem relativamente restrita. No domínio do Direito administrativo esta margem é quase sempre bastante larga. Por outras palavras: a Constituição representa predominantemente Direito formal, enquanto que o escalão da criação jurídica que lhe está imediatamente subordinado tanto representa Direito material como formal.

e) *As chamadas «fontes de Direito»*

Legislação e costume são frequentemente designadas como as duas «fontes» do Direito, entendendo-se aqui por Direito apenas as normas gerais do Direito estadual. Mas as normas jurídicas individuais pertencem tanto ao Direito, são tanto parte integrante da ordem jurídica, como as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas. E, se tomarmos em linha de conta o Direito internacional geral, então não poderemos considerar como «fontes» deste Direito a legislação, mas somente o costume e o tratado.

Fontes de Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda a norma superior em relação a norma inferior cuja produção ela regula. Por isso, pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efectivamente, só costuma designar-se como «fonte» o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. Neste sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito.

Mas a expressão é também empregada num sentido não jurídico quando com ela designamos todas as representações que, de facto, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros. Estas fontes devem, no entanto, ser claramente distinguidas das fontes de Direito positivo. A distinção reside em que estas são juridicamente vinculantes e aquelas o não são enquanto uma norma jurídica positiva não delegue nelas como fontes de Direito, isto é, as torne vinculantes. Neste caso, porém, elas assumem o carácter

de uma norma jurídica superior que determina a produção de uma norma jurídica inferior. A equivocidade ou pluralidade de significações do termo «fonte de Direito» fá-lo aparecer como juridicamente imprestável. É aconselhável empregar, em lugar desta imagem que facilmente induz em erro, uma expressão que inequivocamente designe o fenómeno jurídico que se tem em vista.

f) Criação do Direito, aplicação do Direito e observância do Direito

Como já anteriormente verificámos, uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo facto de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica. Por esta via, somos reconduzidos finalmente à norma fundamental, que já não é estabelecida de conformidade com a determinação de uma outra norma e que, portanto, tem de ser pressuposta. Se falarmos, não apenas da ordem jurídica, mas também de uma comunidade jurídica — por aquela constituída —, poderemos dizer: uma norma jurídica pertence a uma determinada ordem jurídica se foi criada por um órgão da respectiva comunidade e, portanto, por esta mesma comunidade. Mas o indivíduo que cria uma norma é — como já notámos (1) — órgão da comunidade jurídica porque e na medida em que a sua função é regulada por uma norma da ordem jurídica que constitui a comunidade e, por tal motivo, pode ser atribuída à comunidade. A referência da função criadora do Direito à comunidade jurídica ou, mais correctamente, à unidade da ordem jurídica que constitui a comunidade jurídica, a operação mental pela qual atribuímos a função à comunidade, funda-se exclusivamente na norma jurídica que determina esta função. Assim como a comunidade jurídica apenas consiste na ordem jurídica, assim a proposição que afirma que uma norma

(1) Cfr. *supra*.

pertence a uma ordem jurídica porque foi criada por um órgão da respectiva comunidade jurídica nada mais diz que a afirmação segundo a qual uma norma pertence a uma ordem jurídica porque foi criada de conformidade com a determinação de uma norma desta ordem jurídica e, em última linha, de conformidade com a determinação da norma fundamental desta ordem jurídica. Esta consideração das coisas é de particular importância quando se trata de uma ordem jurídica estadual e a comunidade jurídica em vista é, portanto, o Estado; quando importa compreender o verdadeiro sentido da afirmação corrente de que é o Estado que cria o Direito.

Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre actos de criação e actos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite — a pressuposição da norma fundamental e a execução do acto coercivo — entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o acto jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior. Se considerarmos a ordem jurídica estadual sem ter em conta um Direito internacional que lhe esteja supra-ordenado, então a norma fundamental determina, de facto, a criação da Constituição, sem que ela própria seja, ao mesmo tempo, aplicação de uma norma superior. Mas a criação da Constituição realiza-se por aplicação da norma fundamental. Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas. Somente a execução do acto coercivo estatuído por estas normas individuais — o último acto do processo de produção jurídica — se opera em aplicação das normas individuais que a determinam sem que seja, ela própria, criação de uma norma. A aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do acto coercivo estatuído por uma norma.

Como já foi destacado, a criação de uma norma inferior através de uma norma superior pode ser determinada em duas direcções. A norma superior pode não só fixar o órgão pelo qual o processo no qual a norma inferior é produzida, mas também determinar o conteúdo desta norma. Mesmo quando a norma superior só determine o órgão, isto é, o indivíduo pelo qual a norma inferior deve ser produzida, e deixe à livre apreciação deste órgão tanto a determinação do processo como a determinação do conteúdo da norma a produzir, a norma superior é aplicada na produção da norma inferior: a determinação do órgão é o mínimo do que tem de ser determinado na relação entre uma norma superior e uma norma inferior. Com efeito, uma norma cuja produção não é de forma alguma determinada por uma norma superior não pode valer como uma norma posta dentro da ordem jurídica e, por isso, pertencer a essa ordem jurídica; e um indivíduo não pode ser considerado como órgão da comunidade jurídica, a sua função não pode ser atribuída à comunidade, quando não seja determinado através de uma norma da ordem jurídica que constitui a comunidade, o que significa: quando lhe não seja atribuída autorização ou competência para a sua função por uma norma superior. Todo o acto criador de Direito deve ser um acto aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao acto, para poder valer como acto da comunidade jurídica. Por isso, a criação jurídica deve ser concebida como aplicação do Direito, mesmo quando a norma superior apenas determine o elemento pessoal, o indivíduo que tem de exercer a função criadora de Direito. É esta norma superior determinadora do órgão que é aplicada em cada acto deste órgão. No Estado ideal de Platão, no qual o juiz pode decidir todos os casos segundo a sua apreciação inteiramente livre, isto é, não limitada por quaisquer normas gerais ditas por um legislador, apesar disso cada uma das suas decisões é aplicação da norma geral que fixa os pressupostos sob os quais um indivíduo recebe autoridade ou competência para fazer o papel de juiz. Somente com base nesta norma pode ele ser considerado juiz do Estado ideal, pode a sua decisão ser tida como operada dentro do Estado ideal, pode ser atribuída a esse Estado ideal.

A determinação da produção de uma norma inferior através de uma norma superior pode ter diferentes graus. Nunca pode,

graus de norma inferior: limite máximo

porém, ser tão reduzida que o acto em questão já não possa ser considerado como acto de aplicação do Direito, e nunca pode ir tão longe que o acto já não possa ser havido como acto de produção jurídica. Mesmo quando sejam determinados não só o órgão e o processo mas ainda o conteúdo da decisão a proferir — como sucede no caso de uma decisão judicial a proferir com base na lei — existe não somente aplicação do Direito como também produção jurídica. A questão de saber se um acto tem o carácter de criação jurídica ou de aplicação do Direito está dependente do grau em que a função do órgão que realiza o acto é predeterminada pela ordem jurídica. Há, no entanto, actos que apenas são aplicação do Direito e não criação jurídica, são os já mencionados actos através dos quais os actos de coerção estatuídos pelas normas jurídicas são executados. E há um acto de positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta mas apenas pressuposta.

Criação e aplicação do Direito devem ser distinguidas da observância do Direito. Observância do Direito é a conduta a que corresponde, como conduta oposta, aquela a que é ligado o acto coercitivo da sanção. É antes de tudo a conduta que evita a sanção, o cumprimento do dever jurídico constituído através da sanção. Criação do Direito, aplicação do Direito e observância do Direito são funções jurídicas no sentido mais amplo. Também o uso de uma permissão positiva pode ser designado como observância do Direito. Porém, só a criação e a aplicação do Direito são designadas como funções jurídicas num sentido estrito específico.

g) Jurisprudência

a) O carácter constitutivo da decisão judicial

A jurisprudência tradicional vê a aplicação do Direito sobretudo, se não exclusivamente, nas decisões dos tribunais civis e penais que, de facto, quando decidem um litígio jurídico ou impõem uma pena a um criminoso, aplicam em regra uma norma geral de Direito que foi criada pela via legislativa ou consuetudinária.