

COLEÇÃO STUDIVM

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

Titulo original

REINE RECHTSLEHRE

Edição em língua alemã de Verlag Franz Deuticke
(Viena) — 1960

1984

Direitos exclusivos em língua portuguesa de

ARMÉNIO AMADO — EDITORA

Ceira — Coimbra — Portugal

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.

Def.
Aplicação

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 e 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 ditadas 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,

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.

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.



n. f.
 fz interna
 no sistema

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.

No entanto — como resulta do anteriormente exposto — a aplicação do Direito existe tanto na produção de normas jurídicas gerais por via legislativa e consuetudinária como nas resoluções das autoridades administrativas e ainda — como veremos — nos actos jurídico-negociais; e os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena.

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até à decisão judicial e desta até à execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstracto) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.

Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral. Esta determinação do facto que condiciona as consequências do ilícito implica a determinação da norma geral a aplicar, isto é, a averiguação de que está em vigor uma norma geral que liga uma sanção ao facto (ou situação de facto) em apreço. O tribunal não só tem de responder à *quaestio facti* como também à *quaestio juris*. Depois de realizadas estas duas averiguações, o que o tribunal tem a fazer é ordenar *in concreto* a sanção estatuída *in abstracto* na norma jurídica geral. Estas averiguações e esta ordem ou comando são as funções essenciais da decisão judicial. Neste ponto existe uma certa diferença entre uma decisão civil e uma decisão penal, na medida em que, naquela, a sanção concreta é, em regra, ordenada condicionalmente. O tribunal civil condena o demandado a fazer uma determinada prestação ao demandante e ordena a sanção somente sob a condição de esta prestação não ser efectuada dentro de um determinado prazo. A imposição da pena é feita, em regra, incondicionalmente. No entanto, esta também pode ser condicionada, fazendo depender a sua execução do facto de o condenado cometer um novo delito dentro de um determinado prazo.

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples carácter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples «descoberta» do Direito ou juris-«dicção» («declaração» do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um carácter simplesmente declarativo, mas um carácter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume em que a mesma Constituição delegue (1). Este facto, a averiguar pelo tribunal, é tanto um pressuposto da sanção a estatuir por ele no caso concreto como o facto, igualmente a apurar pelo tribunal, de ter sido cometido um delito. A proposição jurídica que descreve esta situação fáctica — por hipótese, no caso de aplicação de uma norma jurídico-penal de uma ordem jurídica democrática — diz: Se o parlamento constitucionalmente eleito, pelo processo determinado na Constituição, editou uma lei segundo a qual uma determinada conduta deve ser punida, como crime, de determinada maneira, e se o tribunal verifica que certo e determinado indivíduo praticou essa conduta, deve esse tribunal aplicar a pena prevista na lei. Desta formulação da proposição jurídica ressalta a posição que o chamado Direito constitucional — isto é, as normas que regulam a produção das normas jurídicas gerais — ocupa nos quadros de uma ordem jurídica. Essas normas não são normas autónomas, normas perfeitas, pois apenas determinam os pressupostos do acto de coerção estatuído pelas outras normas. Elas apenas operam em combinação com estas outras normas jurídicas. Por isso, a circunstância de as normas do Direito constitucional não estatuírem actos de coerção não é razão suficiente para — como por vezes se pensa — rejeitar a definição do Direito como ordem de coerção. Só através da verificação, efectuada na

(1) Relativamente à limitação jurídico-positiva deste chamado direito de control dos tribunais e outros órgãos aplicadores do Direito, cfr. *infra*.

* * *
 X
 decisão judicial, de que uma norma geral a aplicar ao caso apresentado perante tribunal é vigente — e tal norma é vigente quando foi criada constitucionalmente —, se torna esta norma aplicável ao caso concreto e se cria, através dela, para este caso, uma situação jurídica que antes da decisão não existia.

* * *
 A custo precisará de maior fundamentação a afirmação de que a imposição da sanção concreta tem um carácter constitutivo. A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o facto de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.

De grande significado, porém, é o reconhecimento de que também a averiguação do facto delitual é uma função do tribunal plenamente constitutiva. Quando a ordem jurídica liga a um determinado facto, como pressuposto, uma determinada consequência, precisa de determinar também o órgão pelo qual e o processo no qual o facto condicionante é verificado no caso concreto. A ordem jurídica pode conferir poder a este órgão para determinar ele próprio o processo, segundo a sua discreção; no entanto, órgão e processo têm de ser determinados — directa ou indirectamente — pela ordem jurídica, para que a norma geral, que liga àquele facto uma consequência, possa ser aplicada ao caso concreto — quer dizer, possa ser individualizada. Perante um facto determinado pela ordem jurídica como pressuposto de uma consequência, a primeira pergunta do jurista tem de ser: qual o órgão jurídico que, segundo o ordenamento jurídico, é competente para verificar este facto no caso concreto e qual é o processo determinado pela ordem jurídica segundo o qual essa verificação deve ser feita? Só através desta verificação entra o facto no domínio do Direito, somente através dela ele se transforma de facto natural em facto jurídico, só então ele é, pela vez primeira, juridicamente produzido como tal. Se contra isto se objecta que o momento temporal no qual se considera o facto jurídico como produzido se identifica com o momento em que o facto natu-

ral se produziu, deve responder-se que a verificação do facto pelo órgão aplicador do Direito tem eficácia retroactiva. O facto não é tido como somente produzido no momento da sua verificação (sel. por parte do órgão), mas como produzido no momento verificado pelo órgão aplicador do Direito, quer dizer, como posto ou produzido no momento em que o facto natural — de acordo com a verificação do órgão aplicador do Direito — se produziu. A verificação do facto condicionante pelo tribunal é, portanto, em todo o sentido, constitutiva. Se uma norma jurídica geral liga uma determinada pena ao crime de homicídio, este facto não é correctamente descrito se se apresenta o facto de alguém ter cometido um homicídio como o pressuposto da sanção. Não é o facto em si de alguém ter cometido um homicídio que constitui o pressuposto estatuído pela ordem jurídica, mas o facto de um órgão competente segundo a ordem jurídica ter verificado, num processo determinado pela mesma ordem jurídica, que um indivíduo praticou um homicídio. Quando se diz que o tribunal verificou que um determinado indivíduo praticou certo homicídio, embora «na realidade» esse indivíduo não tenha cometido o homicídio em questão, ou que o tribunal verificou que um determinado indivíduo não praticou certo homicídio, embora esse indivíduo tenha executado tal homicídio, isso significa que o tribunal verificou a existência ou não existência de um facto que, na opinião de outros não juridicamente competentes para essa verificação, não teve ou teve lugar.

Do ponto de vista da ordem jurídica a aplicar por indivíduos, apenas importam as opiniões desses indivíduos sobre se um determinado indivíduo praticou ou não um certo homicídio. Estas opiniões são mais ou menos dignas de crédito, podem contradizer-se, e o próprio indivíduo suspeito de homicídio pode confessar ou negar o facto. Se a norma geral deve ser aplicada, só *uma* opinião pode prevalecer. Qual, é o que tem de ser determinado pela ordem jurídica. É a opinião que se exprime na decisão do tribunal. Unicamente ela é juridicamente relevante, sendo a opinião de todos os outros juridicamente irrelevante. No entanto, a decisão judicial pode, quando a verificação nela contida do facto condicionante é tida como incorrecta pelas partes no processo a quem, para tanto, a ordem jurídica confira poder, ser atacada por estas em recurso de instância. Quer dizer: o sentido subjectivo do acto da decisão não deve ser ainda assumido como sendo definitivamente o seu

sentido objectivo. Tal só sucede quando a decisão judicial, em que se verifica que um determinado individuo praticou certo homicídio e se ordena que uma determinada pena lhe seja aplicada, transite em julgado, quer dizer: quando ela já não pode ser anulada em qualquer novo processo. Então, a opinião de que este individuo foi condenado estando inocente porque o homicídio verificado pelo tribunal não foi cometido ou foi cometido por outro individuo que não o condenado, ou porque o condenado não praticou um homicídio mas um outro delito, fica juridicamente precludida. Com efeito, a proposição jurídica não diz: Se um individuo determinado cometeu um homicídio, deve ser-lhe aplicada uma determinada pena, mas: Se o tribunal competente, num processo determinado pela ordem jurídica, verificou, com força de caso julgado, que determinado individuo praticou um homicídio, o tribunal deve mandar aplicar a este individuo uma determinada pena. No pensamento jurídico, o facto processualmente verificado vem ocupar o lugar do facto em si que, no pensamento não jurídico, condiciona o acto de coerção. Somente, esta verificação é, ela própria, um «facto»; e, quanto à questão de saber se ela, no caso concreto, existe, se a verificação se operou sequer, se ela foi feita pelo órgão competente e pelo processo prescrito, é igualmente possível uma divergência de opiniões, tal como relativamente à questão de saber se a verificação foi «correcta» (isto é, conforme à realidade). E, assim, como uma decisão judicial pode ser atacada em recurso de instância com fundamento na inadequada verificação do facto de que um determinado delito foi praticado por determinado individuo, assim também o pode ser a execução da sanção com fundamento na não existência de uma decisão judicial, quer dizer, por incompetência do órgão ou deficiência do processo. O caso de, na opinião das partes, a ordem de execução de uma sanção se ter cumprido sem haver um processo judicial prévio, é análogo ao caso de o tribunal ter verificado a prática de um delito, embora, na opinião das partes, nenhum delito tenha sido cometido. Neste último caso, pode a realização do delito ser de novo verificada no processo de recurso ou, quando pelo tribunal de recurso seja verificada a não existência de um delito, ser anulado o comando de execução da sanção. Naqueloutra hipótese, pode ser verificado no processo de recurso o facto discutido pelas partes de que a ordem de execução da sanção foi precedida de

um processo judicial ou, no caso de se não concluir por uma tal averiguação, ser instaurado um processo judicial. O caso de, na opinião das partes, a decisão judicial provir de um tribunal incompetente ou resultar de um processo deficiente (viciado), é análogo ao caso de o delito ter sido praticado por um outro indivíduo que não o condenado ou de o delito que este efectivamente cometeu ser diferente daquele pelo qual foi condenado. Em todos estes casos, um processo judicial é objecto de um outro processo judicial. Se este recurso de um processo judicial para outro é limitado pela ordem jurídica positiva, então há um processo judicial que já não pode ser objecto de um outro, então o lugar do facto de um processo judicial já não pode ser ocupado pelo facto deste processo judicial processualmente verificado, então é necessário aceitar o caso extremo de um último processo judicial como facto *em si*. Tal é o caso quando a decisão do tribunal de última instância transita em julgado. Isso significa que agora o sentido subjectivo da decisão de última instância tem de ser assumido como seu sentido objectivo. Se, nesta decisão, se verifica (afirma) o facto negado pelas partes de que um processo judicial precedeu o comando de execução da sanção ou que existe a competência do tribunal da anterior instância negada pelas partes, que não existe a deficiência (vício) do processo da anterior instância alegada pelas partes, então toda e qualquer opinião diferente fica juridicamente excluída.

* Embora o processo judicial, em que é verificado o facto condicionante da sanção, não seja um processo de conhecimento jurídico mas um processo de produção jurídica, existe, no entanto, um certo paralelismo entre este processo e o processo em que se opera o conhecimento dos factos naturais como objecto deste conhecimento. Neste paralelo, ao sujeito do processo cognoscitivo constitutivo corresponde o órgão do processo judicial constitutivo. Assim como o objecto deste conhecimento é «produzido» no processo do conhecimento, também o facto que condiciona a sanção é produzido no processo judicial. E, assim como o processo judicial pode ser ele próprio, como facto, objecto de um processo judicial, também o facto do próprio processo de conhecimento pode — na teoria do conhecimento — tornar-se objecto de um processo de conhecimento. Porém, este conhecimento, que se tem a si próprio, enquanto facto, como objecto, não pode de novo tornar-se — como

facto — objecto de um conhecimento. A recondução do facto do processo do conhecimento a um outro processo de conhecimento que tenha este facto como objecto tem limites. Surge o caso-limite de um processo de conhecimento que tem de ser assumido como facto *em si*, quer dizer, como um facto já não produzido no processo do conhecimento.

β) *A relação entre a decisão judicial e a norma jurídica geral a aplicar*

O acto através do qual é posta a norma individual da decisão judicial é — como já foi notado — quase sempre predeterminado por normas gerais tanto do direito formal como do direito material. Se tal é o caso, então surgem duas possibilidades num caso concreto a decidir pelo tribunal. Ou bem que o tribunal verifica que o demandado ou acusado cometeu o delito alegado pelo demandante privado ou pelo acusador público, delito esse previsto numa norma jurídica geral, e, portanto, violou pela sua conduta um dever que lhe é imposto pela ordem jurídica — e então o tribunal tem de dar provimento à demanda ou acusação ordenando uma sanção estatuída naquela norma geral; ou o tribunal verifica que o demandado ou acusado não cometeu o delito e, portanto, não ofendeu com a sua conduta qualquer dever que lhe seja imposto pela ordem jurídica, quer porque a conduta do demandado ou acusado verificada pelo tribunal não representa o facto delituoso alegado pelo demandante privado ou pelo acusador público, quer porque não há qualquer norma jurídica geral vigente que ligue a este facto uma sanção — e então o tribunal tem de rejeitar a demanda ou absolver o acusado, quer dizer: ordenar que não deve ser dirigida contra o demandado ou acusado qualquer sanção. Tanto no caso de o tribunal dar provimento à demanda ou acusação, como ainda no caso de o tribunal rejeitar a demanda ou absolver o acusado, a decisão judicial opera-se em aplicação da ordem jurídica vigente, especialmente no caso de o tribunal rejeitar a acção ou absolver o acusado por, no entender do tribunal, não existir qualquer norma em vigor que ligue uma sanção à conduta do demandado ou acusado alegada pelo demandante privado ou pelo acusador público e possivelmente de facto

realizada, quer dizer: uma norma que obrigue o demandado ou acusado à conduta oposta. Como já explicámos acima a outro propósito ⁽¹⁾, a ordem jurídica regula a conduta humana não só positivamente, prescrevendo uma certa conduta, isto é, obrigando a esta conduta, mas também negativamente, enquanto permite uma determinada conduta pelo facto de a não proibir. O que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido. Rejeitando a demanda ou absolvendo o acusado, o tribunal aplica a ordem jurídica que permite ao demandado ou acusado a conduta contra a qual se dirige a demanda ou acusação que não têm fundamento na ordem jurídica.

Como já acima foi explicado, a conduta de um indivíduo não juridicamente proibida e, neste sentido, permitida, pode ser garantida pela ordem jurídica, na medida em que os outros indivíduos são obrigados a tolerar esta conduta, quer dizer, a não a impedir ou por qualquer forma dificultar. É sempre este o caso quando exista uma proibição geral do emprego da força física e este emprego da força seja reservado à comunidade jurídica. Mas é inteiramente possível que a conduta de um indivíduo não proibida e, neste sentido, permitida, se oponha uma conduta de outro indivíduo que, não consistindo no emprego da força física, também não seja proibida e, nestes termos, seja permitida. Então existe, como já notámos, um conflito de interesses que a ordem jurídica não previne. É que nenhuma ordem jurídica pode prevenir todos os possíveis conflitos de interesses. Nesse caso, o tribunal tem de rejeitar a acção quando ela se dirija contra uma conduta permitida (quer dizer, não proibida) do demandado através da qual uma conduta permitida (quer dizer: igualmente não proibida) do demandante foi — sem emprego da força física — impedida ou por qualquer forma dificultada, e tem de absolver o acusado, mesmo que a sua conduta, contra a qual se dirige a acusação, tenha aquele carácter. Ainda neste caso a decisão judicial se processa em aplicação da ordem jurídica, é aplicação do Direito. A aplicação do Direito vigente pode, numa tal hipótese, ser considerada como insatisfatória por deixar de proteger um interesse que, sob qualquer ponto de vista, é considerado digno

(1) Cfr. *supra*.

de protecção. Porém, como uma ordem jurídica não pode proteger todos os interesses possíveis mas apenas pode proteger interesses bem determinados, enquanto proíbe a sua violação, e, por isso, os interesses opostos, que sempre existem, têm de ficar desprotegidos, o conflito entre uma conduta lícita (permitida) de um indivíduo e uma conduta lícita de outro indivíduo é inevitável e surge sempre que a demanda é rejeitada ou o acusado é absolvido simplesmente porque a sua conduta não é proibida e, portanto, o interesse ofendido pela sua conduta não é protegido pela ordem jurídica através de uma norma geral que ligue à conduta contrária uma sanção.

* * Mas também é possível que a ordem jurídica confira ao tribunal o poder de, no caso de não poder determinar qualquer norma jurídica geral que imponha ao demandado ou acusado o dever cuja violação o demandante privado ou o acusador público alegam, não rejeitar a demanda ou não absolver o acusado mas, no caso de ter por injusta ou não equitativa, quer dizer, como não satisfatória, a ausência de uma tal norma geral, dar provimento à demanda ou condenar o acusado. Isto significa que o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso, o tribunal não aplica uma tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação *ex novo* de direito material. Costuma dizer-se que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exacto quando por legislação se entenda a criação de normas jurídicas gerais. Com efeito, o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si. Mas esta norma individual é criada pelo tribunal em aplicação de uma norma geral tida por ele como desejável, como «justa», que o legislador positivo deixou de estabelecer. Somente enquanto aplicação de uma tal norma geral não positiva é possível afirmar como justa (correcta) a norma individual estabelecida pelo tribunal.

A diferença entre o caso em que o tribunal — como sóe dizer-se — tem competência para funcionar como legislador e o caso em que o tribunal, posto perante a ausência de uma norma

geral positiva do direito material que predetermine o conteúdo da decisão judicial, tem de rejeitar a demanda ou de absolver o acusado, é apenas uma diferença de grau. Não só porque, também no primeiro caso, o tribunal aplica uma norma geral — se bem que não positiva — de conteúdo material, mas especialmente porque, também no segundo caso, a função do tribunal é criadora de Direito, a saber, criadora de uma norma individual. Somente neste último caso a livre apreciação do tribunal é muito mais limitada do que naquele, em que — de facto — ela é tão pouco limitada como a livre apreciação que a Constituição normalmente concede ao legislador na criação de normas jurídicas gerais. Mas também no caso de o conteúdo da norma jurídica individual, a produzir pelos tribunais, ser predeterminado por uma norma jurídica geral positiva, à função criadora de Direito dos tribunais tem de ser deixada uma certa margem de livre apreciação. A norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparecem através das particularidades do caso concreto. Tal sucede, v. g., quanto à extensão, a apurar pelo tribunal, dos prejuízos que têm de ser ressarcidos através da execução do património do demandado, execução essa a ordenar pelo mesmo tribunal; ou quanto ao momento em que a pena de prisão a aplicar deve começar e deve terminar, ou em que a pena de morte há-de ser executada. No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há-de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo.

Neste ponto importa observar que, quando a norma jurídica individual, a criar pelos tribunais, não está por forma alguma predeterminada numa norma jurídica geral positiva, essa norma jurídica individual é posta com eficácia retroactiva. Uma norma jurídica tem força retroactiva quando o facto a que ela liga uma consequência do ilícito não foi realizado somente após a sua

entrada em vigor mas já antes e, portanto, no momento da sua realização não era ainda um acto ilícito, mas apenas posteriormente foi transformado em tal por esta norma jurídica. Isto é exacto quando o tribunal aplica ao caso que tem perante si uma norma jurídica individual, somente por ele criada, cujo conteúdo não está predeterminado em qualquer norma jurídica geral positiva, quando esta norma jurídica individual liga uma consequência do ilícito a uma conduta do demandado ou acusado que, no momento em que teve lugar, não era ainda um acto ilícito, mas só foi tornada tal através desta norma jurídica individual da decisão do juiz.

γ) *As chamadas «lacunas» do Direito*

Do que fica dito resulta que uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese de essa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandado ou acusado seja regulada de modo positivo, isto é, por forma a impor-lhe o dever de uma conduta que ele, segundo a alegação do demandante privado ou do acusador público, não realizou. Com efeito, neste caso, a sua conduta é regulada pela ordem jurídica negativamente, isto é, regulada pelo facto de tal conduta lhe não ser juridicamente proibida e, neste sentido, lhe ser permitida. Este caso, porém, é entendido — sob certas condições — como uma «lacuna» da ordem jurídica.

O que importa na apreciação da teoria das lacunas é determinar as circunstâncias nas quais, segundo esta teoria, se apresenta uma «lacuna» no Direito. Segundo esta teoria, o Direito vigente não é aplicável num caso concreto, quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso. Por isso, o tribunal que tem de decidir o caso precisa de colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. O essencial desta argumentação reside em que a aplicação do Direito vigente, como conclusão do geral para o particular, não é possível neste caso, pois falta a premissa necessária, a norma geral. Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do facto de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar deter-

Lacuna em o publico empírico (norma actual)

norma

minada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica — e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída. E, efectivamente, não se costuma de forma alguma presumir a existência de uma «lacuna» em todos os casos nos quais o dever do demandado ou acusado afirmado pelo demandante ou acusador não é estipulado por qualquer norma do Direito vigente. Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma «lacuna» só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação — logicamente possível — do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada.

Porém, a aplicação da ordem jurídica vigente pode ser havida como não equitativa ou desacertada, não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou acusado uma determinada obrigação, mas também quando ela contenha uma tal norma. O facto de a ordem jurídica não conter qualquer norma que estabeleça uma pena para o furto de energia eléctrica pode ser considerado tão iníquo ou desacertado como o facto de uma ordem jurídica conter uma norma que é de aplicar tanto ao roubo acompanhado de homicídio como à hipótese de um filho matar o pai que sofre de doença incurável, a pedido deste. Lacuna no sentido de inaplicabilidade lógica do Direito vigente tão-pouco existe num caso como no outro; e é pelo menos inconsequente ver num dos casos, e não no outro, uma lacuna. A isto acresce que o juízo segundo o qual a ausência de uma norma jurídica de determinado conteúdo vai contra a equidade ou é desacertada representa um juízo de valor altamente relativo que de forma alguma exclui um juízo de valor oposto. Se uma ordem jurídica não contém qualquer norma geral que imponha ao empresário o dever de indemnizar o prejuízo causado por um empregado seu em serviço da empresa, e o tribunal tem, portanto, de rejeitar uma acção dirigida contra o empresário e apenas pode receber uma acção dirigida contra o empregado, a aplicação da ordem jurídica vigente

será considerada como insatisfatória por parte de um socialista, mas será havida como perfeitamente razoável por parte de um liberal. A falta de uma norma jurídica geral que conduza à rejeição de uma demanda ou à absolvição de um acusado é geralmente considerada por este ou pelo demandado como razoável e, portanto, como equitativa ou justa, e é tida pelo demandante ou acusador como insatisfatória e, portanto, como iníqua ou injusta.

Apesar de todas estas objecções, a teoria das lacunas, isto é, a suposição de que existem hipóteses em que o Direito vigente não pode ser aplicado porque não contém uma norma geral aplicável ao caso, desempenha na técnica da moderna legislação um papel importante. Típico é o preceito do Código civil suíço: «A lei aplica-se a todas as questões jurídicas para as quais contenha, segundo a sua letra ou a sua interpretação, um preceito. Na hipótese de não ser possível encontrar na lei qualquer prescrição, deve o juiz decidir de acordo com o direito consuetudinário e, na falta deste, segundo a norma que ele, como legislador, teria elaborado». Esta disposição pressupõe a possibilidade de o Direito suíço não ser logicamente aplicável a um caso concreto a decidir por um tribunal civil suíço. Como, porém, isso não é de facto possível, pois uma ordem jurídica é sempre aplicável e também é aplicada quando o juiz rejeita a acção com fundamento em que a ordem jurídica não contém qualquer norma geral que imponha ao demandado o dever afirmado pelo demandante, o pressuposto de que parte o preceito acima citado é uma ficção. Esta consiste em a falta de uma determinada norma dentro de uma ordem jurídica, falta essa determinada com base num juízo de valor ético-político subjectivo, ser apresentada como impossibilidade lógica da aplicação dessa ordem jurídica.

O legislador pode ser levado a utilizar esta ficção pela ideia de que a aplicação da norma geral por ele estabelecida possa conduzir a um resultado insatisfatório em certas circunstâncias por ele não previstas nem previsíveis e de que, por isso, é aconselhável conferir poder ao tribunal para, em tais casos, em vez das normas gerais que predeterminam o conteúdo da sua decisão, fixar o próprio tribunal uma norma jurídica individual, por ele criada, adaptada às circunstâncias pelo legislador não previstas. Se ele formulasse esta atribuição de competência de uma maneira teoreticamente acertada, isto é, sem qualquer ficção, deveria pre-

ceituar: quando a aplicação da ordem jurídica vigente é, segundo a concepção ético-política do tribunal, insatisfatória no caso *sub iudice*, o tribunal pode decidir o caso segundo a sua livre apreciação. Uma tal formulação conferiria ao tribunal, porém, um poder evidentemente demasiado extenso. O juiz teria poder para decidir segundo o seu arbitrio sempre que houvesse a aplicação da ordem jurídica vigente por insatisfatória, e especialmente quando por ele fosse considerada insatisfatória a aplicação de uma norma jurídica geral que impusesse ao demandado ou acusado o dever que, segundo a alegação do demandante ou acusador, ele violou. Se a concepção ético-política do juiz toma o lugar da concepção ético-política do legislador, este abdica em favor daquele. A tentativa de limitar esta atribuição de competência aos casos que o legislador não previu tem, no entanto, de esbarrar com o facto de o legislador também não poder determinar estes casos. Se os pudesse determinar, regulá-los-ia ele mesmo positivamente. A suposição do tribunal de que um caso não foi previsto pelo legislador e de que o legislador teria formulado o Direito de diferente modo se tivesse previsto o caso, funda-se quase sempre numa presunção não demonstrável. A intenção do legislador somente é apreensível com suficiente segurança quando adquira expressão no Direito por ele criado. Por isso, o legislador, para limitar a atribuição deste poder aos tribunais, atribuição essa considerada por ele como inevitável, recorre à ficção de que a ordem jurídica vigente, em certos casos, não pode ser aplicada — não por uma razão ético-política subjectiva, mas por uma razão lógica objectiva —, de que o juiz somente pode fazer de legislador quando o Direito apresenta uma lacuna.

Como, porém, o Direito vigente é sempre aplicável, pois não há «lacunas» neste sentido, esta fórmula, quando se penetre o seu carácter fictício, não opera a pretendida limitação do poder atribuído ao tribunal, mas a auto-anulação da mesma. Se, porém, o tribunal também aceita a ideia de que há lacunas no Direito, então esta ficção teoreticamente inaceitável realiza o efeito pretendido. Com efeito, o juiz — e especialmente o juiz de carreira que está sob o control de um tribunal superior —, que não se sente facilmente inclinado a tomar sobre si a responsabilidade de uma criação do Direito *ex novo*, só muito excepcionalmente aceitará a

existência de uma lacuna no Direito e, por isso, só raramente fará uso do poder, que lhe é conferido, de assumir o lugar do legislador.

Ao lado das lacunas próprias costumam distinguir-se as lacunas técnicas, que são consideradas possíveis mesmo por aqueles que, de um ângulo de visão positivista, negam a existência de lacunas próprias. Uma tal lacuna técnica apresenta-se quando o legislador omite normar algo que deveria ter normado para que de todo em todo fosse tecnicamente possível aplicar a lei. Simplesmente, porém, aquilo que se designa como lacuna técnica, ou é uma lacuna no sentido originário da palavra, quer dizer, uma diferença entre um Direito positivo e um Direito ideal, ou é aquela indeterminação que resulta do carácter esquemático da norma. A primeira surge quando, v. g., a lei, segundo a qual, na hipótese de um contrato de venda, o vendedor é obrigado a entregar a mercadoria ou, quando não entrega a mercadoria, a indemnizar os prejuízos por tal facto causados, nada determina — como se costuma dizer — sobre o ponto de saber quem suporta o risco se a coisa vendida, sem culpa das partes, é destruída antes da transferência da posse. Simplesmente não é verdade que o legislador «nada» determine, pois o que sucede é que ele não determina que o vendedor fica isento da obrigação de entregar a mercadoria ou de indemnizar pelas perdas e danos — determinação que abertamente considera desejável quem afirme haver aqui uma «lacuna», mas que não precisa de modo algum de ser pensada para tornar a lei aplicável. Como a lei não abre para o caso referido qualquer excepção ao dever do vendedor de entregar a coisa ou indemnizar o prejuízo, ela determina que é o vendedor quem suporta o risco. A segunda hipótese apresenta-se quando a lei determina, por hipótese, que um órgão deve ser criado por eleição, mas não regula o processo da eleição. Isso significa que qualquer espécie de eleição — eleição de maioria relativa ou maioria absoluta, eleição pública ou secreta, etc. — é legal. O órgão encarregado de realizar a eleição pode determinar o processo de eleição como bem entenda. A determinação do processo eleitoral é deixada a uma norma de escalão inferior. Um outro exemplo: uma lei determina, entre outras coisas, que uma assembleia, para estar em exercício, tem de ser convocada pelo seu presidente; mas, ao mesmo tempo, determina que ela deve eleger o seu presidente. Se desta norma não é possível colher-se o sentido de que, no caso de não haver presidente,

qualquer espécie de reunião é legal, mas apenas o sentido de que, também nesta hipótese, a assembleia tem de ser convocada pelo seu presidente, então essa assembleia não pode funcionar por forma legal, isto é, em aplicação da lei. Mas também aqui não há uma «lacuna». Com efeito, a lei quer, na verdade, que a assembleia, mesmo quando não tenha um presidente, deva ser convocada por este. Se nada tivesse prescrito para esta hipótese, qualquer reunião seria legal. A lei determina aqui um contra-senso. Como as leis são obra humana, tal possibilidade não está excluída.

- 8) *Criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais: o juiz como legislador; flexibilidade do Direito e segurança jurídica*

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal carácter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o carácter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo facto de a norma individual que ela representa ser generalizada. Esta generalização, quer dizer, a formulação da norma geral, pode ser realizada pelo próprio tribunal que cria o precedente, mas também pode ser deixada aos outros tribunais que se encontram vinculados pelo dito precedente. Neste caso, não pode impedir-se que diferentes tribunais generalizem por forma diferente a decisão que constitui o precedente, o que não concorre

para o fim da instituição: alcançar uma jurisprudência uniforme. Como a decisão que constitui o precedente apenas pode ser vinculante para a decisão de casos iguais, a questão de saber se um caso é igual ao precedente é de importância decisiva. Como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, a «igualdade» de dois casos que a tal propósito importe considerar apenas pode residir no facto de eles coincidirem em certos pontos essenciais — tal como, na verdade, também dois factos que representam o mesmo delito não coincidem em todos os pontos mas apenas em alguns pontos essenciais. Porém, a questão de saber em que pontos têm de coincidir para serem considerados como «iguais» apenas pode ser respondida com base na norma geral que determina a hipótese legal (*Tatbestand*), fixando os seus elementos essenciais. Portanto, só com base na norma geral que é criada pela decisão com carácter de precedente se pode decidir se dois casos são iguais. A formulação desta norma geral é o pressuposto necessário para que a decisão do caso precedente possa ser vinculante para a decisão de casos «iguais».

A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes. Estamos especialmente próximos de uma atribuição deste poder a um tribunal, designadamente a um tribunal de última instância, quando este seja autorizado, em certas circunstâncias, a decidir um caso, não em aplicação de uma norma vigente de Direito material, mas segundo a sua livre apreciação do mesmo, quer dizer: quando seja autorizado a produzir uma norma individual cujo conteúdo não esteja predeterminado em qualquer norma geral do Direito positivo. Conferir a uma tal decisão carácter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de Direito dos tribunais.

Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais mas também normas jurídicas gerais, eles entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa. Sob este aspecto, isto é, com respeito à relação entre o órgão legislativo e os tribunais, podem distinguir-se dois tipos de sistemas jurídicos tecnicamente diferentes. Segundo um destes tipos, a produ-

ção de normas jurídicas gerais está completamente centralizada, quer dizer, é reservada a um órgão legislativo central e os tribunais limitam-se a aplicar aos casos concretos, nas normas individuais a produzir por eles, as normas gerais produzidas por esse órgão legislativo. Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no facto de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais.

O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que hão-de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo consequente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica. Em completa oposição a este sistema encontra-se aquele segundo o qual não existe tão-pouco um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos concretos segundo a sua livre apreciação. A sua justificação está no suposto de que nenhum caso é perfeitamente igual a outro, de que, portanto, a aplicação de normas jurídicas gerais que predeterminam a decisão judicial ou o acto administrativo e, assim, impedem o órgão competente de tomar na devida conta as particularidades do caso concreto, pode conduzir a resultados insatisfatórios. É o sistema da livre descoberta do Direito, sistema que já Platão propôs para o seu Estado ideal. Em consequência da radical descentralização da criação do Direito que lhe vai ligada, este sistema caracteriza-se pela sua grande flexibilidade, mas, em contrapartida, renuncia totalmente à segurança jurídica. Com efeito, sob uma tal ordem jurídica, os indivíduos não podem prever as decisões dos casos concretos em que participam como demandantes ou demandados, acusadores ou acusados. Por isso, não podem de forma nenhuma saber de antemão o que é que lhes é juridicamente proibido ou permitido, para que é que têm ou não têm poder ou competência. Somente podem conhecer isso através da decisão em que lhes é

aplicada uma pena ou em que são absolvidos da acusação, em que a sua acção é rejeitada ou recebe provimento.

Por vezes, exige-se a livre descoberta do Direito, que garante a flexibilidade do mesmo, em nome da justiça, de uma justiça que se pressupõe absoluta. Justa, neste sentido, seria a decisão de um caso concreto somente quando tomasse em consideração todas as particularidades do mesmo caso. Como, porém, nenhum caso é perfeitamente igual a outro, mas cada caso é, de qualquer modo que seja, diferente de todos os outros, a aplicação de uma norma geral a um caso concreto nunca poderia conduzir a uma decisão justa. Com efeito, uma norma geral pressupõe necessariamente uma igualdade de casos que na realidade não existe. Por isso, todo o Direito só poderia ter carácter individual, a decisão dos casos concretos não poderia sequer ser vinculada a normas gerais.

Contra esta fundamentação da descoberta livre do Direito deve objectar-se pela forma seguinte: O que efectivamente sucede quando a decisão dos casos concretos não é vinculada a normas jurídicas gerais, legislativa ou consuetudinariamente criadas, não é de forma alguma a completa exclusão, do processo de criação jurídica, das normas gerais. Se o órgão, perante o qual se apresenta o caso concreto a decidir, deve dar uma decisão «justa», ele somente o pode fazer aplicando uma norma geral que considere justa. Como uma tal norma geral não foi já criada por via legislativa ou consuetudinária, o órgão chamado a descobrir o Direito tem de proceder pela mesma forma que um legislador que, na formulação das normas gerais, é orientado por um determinado ideal de justiça. Como diferentes legisladores podem ser orientados por diferentes ideais de justiça, o valor de justiça por eles realizado apenas pode ser relativo; e, conseqüentemente, não pode ser menos relativa a justiça da norma geral pela qual se deixa orientar o órgão chamado a decidir o caso concreto. Do ponto de vista de um ideal de justiça — apenas possível como valor relativo — a diferença entre o sistema da livre descoberta do Direito e o sistema da descoberta do Direito vinculada à lei ou ao direito consuetudinário reside no facto de o lugar da norma geral de Direito positivo e da norma geral do ideal de justiça que orienta o legislador ser ocupado pela norma geral do ideal de justiça do órgão chamado à descoberta do Direito.

O suposto desta norma geral é — como já notámos — inadmissível se a decisão do caso concreto deve valer como «justa». Com efeito, a questão de saber por que é que uma determinada decisão é justa é levantada pela necessidade de justificar esta decisão, de fundamentar a validade da norma individual por ela posta. E tal justificação ou fundamentação de validade não é possível senão pela demonstração de que a norma individual corresponde a uma norma geral superior pressuposta como justa. A norma constitutiva do valor de justiça tem de, por sua mesma natureza, ter carácter geral.⁽¹⁾

Uma variante especial da exigência de uma livre descoberta do Direito, não vinculada a quaisquer normas gerais, é a que surge agora com uma doutrina que se desenvolveu sob a influência da filosofia existencialista⁽²⁾. Segundo ela, a realidade, por sua natureza concreta, não pode ser apreendida através de conceitos abstractos nem regulada através de normas gerais, mas apenas pode ser «vivida». Dado que os casos concretos a decidir pelos tribunais são completamente diferentes uns dos outros, a decisão recta, isto é, a decisão que toma em conta as particularidades do caso, não pode ser encontrada numa norma geral, vinda de fora, mas apenas na realidade do próprio caso concreto. O Direito justo é imanente à realidade social e somente pode ser encontrado através de cuidadosa análise desta mesma realidade, e não pela análise de quaisquer leis estaduais. Sob este aspecto, a teoria existencialista do Direito não é mais que uma forma de manifestação da teoria do Direito natural e, como esta, uma tentativa falhada de uma conclusão, logicamente impossível, do ser para o dever-ser.

Entre os dois tipos ideais de uma jurisprudência vinculada a leis estaduais e de uma jurisprudência liberta das leis estaduais, situam-se aqueles sistemas nos quais, sendo embora instituído um órgão legislativo central, os tribunais recebem o poder não só de fixar normas jurídicas individuais nos quadros das normas gerais criadas pelo órgão legislativo mas também — em circunstâncias determinadas, já acima referidas — de fixar normas individuais

(1) Cfr. Apêndice (Publicado sob o n.º 82 da Colecção *Studium*, com o título *A Justiça e o Direito Natural* — N. do Editor).

(2) GEORG COHN, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basel, 1955. Cfr. também KELSEN, «Existenzialismus in der Rechtswissenschaft?», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 43, cad. 2, 1957, pp. 161 e ss.

fora destes quadros; e, por fim, aquele sistema em que os tribunais têm poder de criar normas jurídicas gerais sob a forma de decisões com força de precedentes. Estes diferentes sistemas representam diferentes graus de centralização ou descentralização da função produtora do Direito e, portanto, diferentes graus de realização do princípio da flexibilidade do Direito, que está na razão inversa do princípio da segurança jurídica.

Constitui um sistema especial aquele em que as normas jurídicas gerais não são, ou não são a título principal, criadas por um órgão legislativo central, mas são criadas pelo costume e aplicadas pelos tribunais. Como, na hipótese de criação consuetudinária das normas gerais a aplicar pelos tribunais, a adaptação do Direito às circunstâncias em mutação ainda é mais difícil do que no caso da criação das normas jurídicas gerais por um órgão legislativo central, o sistema do Direito consuetudinário é especialmente favorável à formação de uma jurisprudência com força de precedente. É por isso compreensível que esta se tenha desenvolvido especialmente no domínio da *common law* anglo-americana, que é essencialmente Direito consuetudinário.

A aplicação pelo tribunal de uma norma jurídica geral criada consuetudinariamente, distingue-se — como já foi notado (1) — da aplicação de uma norma geral criada por um órgão legislativo, pelo facto de a verificação da validade da norma a aplicar, isto é, a verificação de que existe um costume gerador de Direito, desempenhar um papel muito mais proeminente, muito mais acusado, na consciência do juiz, do que a verificação da validade de uma norma criada pelo legislador e publicada na folha oficial. É por isso explicável que, por vezes, se defenda a concepção de que o Direito consuetudinário é um Direito criado pelos tribunais. Se os tribunais, como no domínio da *common law* anglo-americana, têm de aplicar principalmente Direito consuetudinário e, além disso, têm o poder de criar precedentes, sobre um tal terreno pode facilmente surgir a teoria de que todo o Direito é Direito jurisprudencial, quer dizer, Direito criado pelos tribunais; de que antes da decisão judicial não existe Direito, de que uma norma só se torna

(1) Cfr. *supra*.

norma jurídica pelo facto de ser aplicada pelo tribunal (1). Uma tal teoria só pode ser sustentada aceitando-se que as normas aplicadas pelos tribunais não devem ser consideradas como Direito mas como simples «fontes» de Direito, empregando esta expressão figurativa para designar todos os factores que de facto influem a decisão judicial, tais como os juízos de valor ético-políticos, pareceres de técnicos e outros. Sob a impressão da importância proeminente que tem o tribunal dentro de um sistema de Direito consuetudinário e de jurisprudência com força de precedente, esta teoria ignora a diferença essencial que existe entre «fontes» do Direito juridicamente vinculantes e não juridicamente vinculantes. Erra, porque desconhece que fonte de Direito, isto é, a origem ou causa do Direito, aquilo de que o Direito nasce, aquilo que produz Direito, só pode ser o Direito, pois é o Direito que regula a sua própria produção.

* A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa Continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam Direito já criado. Esta teoria implica a ideia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber — em regra — Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como facto produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.

Se, de um ponto de vista jurídico-político, se vê na diferença entre uma jurisprudência que está vinculada por normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária e uma jurisprudência livre, não vinculada por tais normas, uma oposição de princípio entre dois sistemas jurídicos, deve notar-se que esta oposi-

(1) Esta teoria é desenvolvida por JOHN CHIPMAN GRAY em *The Nature and Sources of the Law*, 2.ª ed., 1927. Cfr. KELSEN, *General Theory of Law and State*, págs. 150 e segs.

ção é substancialmente reduzida através do instituto do caso julgado da decisão judicial, como mais tarde se mostrará ⁽¹⁾.

h) *O negócio jurídico*

a) *O negócio jurídico como facto criador de Direito*

A norma jurídica individual, que representa a decisão judicial, estatui uma sanção que (no caso de uma decisão jurídico-penal) tem o carácter de uma pena ou (no caso de uma decisão jurídico-civil) tem o carácter de uma execução. O fim da sanção civil é o ressarcimento, especialmente o ressarcimento de um prejuízo ⁽²⁾. A conduta através da qual se causa um prejuízo é contrária ao Direito (antijurídica), é um delito civil, na medida em que é condição de uma execução civil. Podem distinguir-se dois modos de provocar prejuízos, conforme estes são causados em conexão com um negócio jurídico precedente ou independentemente de uma tal conexão. Um prejuízo da segunda espécie surge quando, v. g., alguém lesa ou destrói um objecto que é propriedade de outrem, ou quando alguém causa um prejuízo a outrem através de um delito criminal, como ofensas corporais, furto, etc. Nesta última hipótese, a sanção civil acresce à sanção penal. Uma lesão da primeira espécie surge quando, p. ex., duas pessoas concluíram um contrato e um dos contratantes causa ao outro um prejuízo pelo facto de não cumprir a sua obrigação contratual. Nesta hipótese, o facto condicionante da sanção civil compõe-se de duas partes integrantes: a conclusão de um contrato e uma conduta anti-contratual; ou, expresso por forma mais geral: a realização de um negócio jurídico e uma conduta contrária ao negócio jurídico.

Uma conduta pode ser havida como contrária ao negócio jurídico porque o sentido subjectivo do acto ou dos actos que formam um negócio jurídico é uma norma, porque o negócio jurídico é um facto produtor de normas. Na linguagem tradicional a palavra «negócio jurídico» é usada tanto para significar o acto

⁽¹⁾ Cfr. *infra*.

⁽²⁾ Cfr. *supra*.

produtor da norma como ainda a norma produzida pelo acto. O negócio jurídico típico é o contrato. Num contrato as partes contratantes acordam em que devem conduzir-se de determinada maneira, uma em face da outra. Este dever-ser é o sentido subjectivo do acto jurídico-negocial. Mas também é o seu sentido objectivo. Quer dizer: este acto é um facto produtor de Direito se e na medida em que a ordem jurídica confere a tal facto esta qualidade; e ela confere-lhe esta qualidade tornando a prática do facto jurídico-negocial, juntamente com a conduta contrária ao negócio jurídico, pressuposto de uma sanção civil. Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como facto produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial. Estas normas jurídico-negocialmente criadas, que não estatuem sanções mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autónomas. Elas apenas são normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem as sanções. O tribunal civil que decide um litígio surgido de um negócio jurídico tem não só que verificar a validade da norma jurídica geral com base na qual tal negócio foi realizado, como também o facto de o negócio ter sido realizado, o facto da existência de uma conduta contrária ao negócio e a circunstância de os prejuízos por este último facto causados não terem sido indemnizados; e, com base nestas averiguações, tem de fixar a norma individual, nos termos da qual, se o prejuízo pelo tribunal determinado não for ressarcido dentro de um determinado prazo, deve ser executada uma sanção que é estatuída na norma jurídica geral a aplicar pelo tribunal. A sanção estatuída na norma jurídica geral constitui, como dever principal, o dever de omitir uma conduta contrária ao negócio jurídico e, portanto, de não provocar prejuízo que por ela é causado; e, como dever sucedâneo, o de indemnizar o prejuízo causado pelo não cumprimento do dever principal. A sanção pode ser evitada, quer pelo cumprimento do dever directamente estatuído pelo negócio jurídico, quer, em caso de não cumprimento deste dever, pelo cumprimento do dever de ressarcir que vem ocupar o seu lugar e que, neste caso, é um dever sucedâneo.

O caso é o mesmo quando o prejuízo não é causado por uma conduta contrária ao negócio jurídico nem por uma conduta punível. Se, pelo contrário, o prejuízo é causado por uma conduta que é pressuposto de uma sanção penal — como, e. g., ofensas corporais graves —, então esta sanção não pode ser evitada pelo cumprimento do dever de indemnizar o prejuízo causado pelo delito punível. Com efeito, nesta hipótese, a sanção civil que constitui este dever acresce à sanção penal que constitui o dever de não praticar o delito punível. Em relação a este dever o dever de indemnizar não é um dever sucedâneo.

O negócio jurídico é, tal como o delito da conduta contrária ao negócio jurídico e o delito da não indemnização do prejuízo por tal conduta causado, pressuposto da sanção civil. Distingue-se do delito pelo facto de criar, de acordo com a ordem jurídica, a norma que é o seu sentido, ao passo que o delito não é um facto gerador de normas instituído pela ordem jurídica. O acto coercivo da sanção civil não é dirigido contra o indivíduo que realizou um negócio jurídico, mas apenas contra o indivíduo que, após ter celebrado um negócio jurídico, se conduz contrariamente a esse negócio jurídico ou deixa de indemnizar o prejuízo causado através dessa conduta.

β) O contrato

Conforme o facto jurídico-negocial é constituído pelo acto de um indivíduo ou pelos actos de dois ou mais indivíduos, assim distinguimos entre negócios jurídicos unilaterais e negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais. O negócio jurídico de longe mais importante no Direito moderno é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral chamado contrato.

O facto contratual consiste nas declarações de vontade concordantes de dois ou vários indivíduos, as quais vão dirigidas a uma determinada conduta destes. A ordem jurídica pode prescrever uma determinada forma — embora não tenha necessariamente de o fazer — que estas declarações devem revestir para representarem um contrato juridicamente vinculante, quer dizer: para produzirem normas que impõem deveres e conferem direitos aos indivíduos contratantes — prescrevendo, v. g., que as declarações

devem ser realizadas por escrito e não simplesmente por via oral ou através de gestos. Em todo o caso, as partes têm de por qualquer forma expressar a sua vontade, quer dizer, exteriorizá-la numa aparência. De outro modo, o facto de um contrato ter sido concluído não pode ser verificado num processo de aplicação do Direito, especialmente num processo judicial.

Entre a vontade real de uma das partes e a sua declaração, por qualquer modo exteriorizada, pode existir uma discrepância, na medida em que a esta declaração é atribuído, pela contraparte no contrato ou pelo órgão aplicador do Direito, um sentido diferente daquele que a própria parte quis exprimir com a sua declaração. Quais as consequências que tem uma tal discrepância, é questão a que só pode responder-se com base na ordem jurídica, e não através da ciência jurídica. A ordem jurídica pode determinar que se não concluiu um contrato criador de Direito quando uma das partes está em posição de poder demonstrar que o sentido entendido (por ela visado) da sua declaração é diferente daquele que lhe é atribuído pela outra parte. Mas a ordem jurídica também pode determinar que uma tal discrepância não tem qualquer incidência sobre a validade da norma contratualmente criada, que ela é juridicamente irrelevante, que apenas importa o sentido que, no entender do órgão aplicador do Direito — em caso de litígio —, pode normalmente ser atribuído à declaração pela outra parte. A ordem jurídica pode conferir mais peso à declaração do que à vontade efectiva, ou, inversamente, conferir mais peso à vontade real do que à declaração. A resposta à questão de saber qual das duas soluções do presente problema deve ser preferida depende dos princípios de política jurídica que determinam o legislador. O ideal da segurança do tráfico pode conduzir a uma solução, o ideal da liberdade individual pode conduzir à outra.

Para que um contrato se conclua, tem de a declaração de uma das partes ser dirigida à outra parte e aceita por esta na sua declaração dirigida àquela. O contrato consiste, portanto, como costuma dizer-se, numa proposta ou oferta e na sua aceitação. A oferta é uma proposta através de cuja aceitação é posta em vigor uma norma que regula a conduta recíproca das partes contratantes. Quando esta norma impõe uma obrigação ao proponente, a oferta tem o carácter de uma promessa. A distinção entre oferta e aceitação pressupõe que as duas declarações se não pro-

duzem ao mesmo tempo. A oferta deve preceder a aceitação. Assim, surge a questão de saber se a parte que faz a oferta tem de manter a vontade exteriorizada na declaração até ao momento da aceitação, por forma a que, no momento da aceitação, as vontades das duas partes coincidam, e se, por isso, quando tal não seja o caso — porque o ofertante entretanto modificou a sua vontade e exteriorizou esta modificação de vontade retirando a oferta — nenhum contrato se conclui; ou se uma mudança de vontade surgida após a oferta é irrelevante e esta, portanto, não pode ser retirada. Se não pode ser retirada, põe-se ainda a questão de saber por quanto tempo permanece o ofertante vinculado à sua oferta. Também esta questão só pode ser respondida de acordo com os preceitos positivos da ordem jurídica. Se esta permite retirar a qualquer tempo a oferta, antes de feita a aceitação, fica muito dificultada a conclusão de um contrato entre ausentes. Para obviar a esta dificuldade, determina a ordem jurídica, por vezes, que o ofertante permanece ligado, sob certas condições, à sua oferta, durante um determinado período de tempo. Isto significa que o contrato se conclui validamente se a oferta é aceita dentro deste prazo, mesmo que o proponente modifique a sua vontade, declarada na oferta. Então, pela aceitação da oferta, pode criar-se uma norma que vincule o proponente, mesmo contra sua vontade.

Para que um contrato se realize devem existir declarações de vontade concordes das partes contratantes, declarações segundo as quais as partes querem o mesmo. Através deste facto é criada uma norma cujo conteúdo se determina através das declarações concordantes. Entre o contrato como facto produtor de normas jurídicas e a norma criada através deste facto deve manter-se uma nítida separação. Na terminologia tradicional, porém, a palavra «contrato» é usada para designar ambas as coisas. Fala-se de conclusão de um contrato e quer-se significar, com isso, os actos que formam o facto gerador de normas. Fala-se de vigência de um contrato e quer-se significar a norma criada através deste facto, pois só uma norma — e não um acto — pode «ter vigência». O domínio temporal de validade da norma contratualmente produzida pode estar determinado no seu conteúdo. Um contrato pode ser celebrado para valer por certo período de tempo. A norma também pode conter a determinação de que a validade do contrato

pode cessar por declaração unilateral de uma das partes contratantes. O mesmo pode acontecer, segundo o Direito vigente, quando o contrato foi concluído para valer por tempo indeterminado. Se a duração da validade da norma contratualmente criada está fixada nesta mesma norma, ela não pode cessar por declaração unilateral de uma das partes contratantes. Neste caso, a sua cessação antes do decurso do prazo determinado só pode ser produzida através de uma norma criada pelas mesmas partes contratantes, ou, exprimindo o mesmo por outras palavras: nesse caso, o contrato só pode ser revogado através de um outro contrato concluído entre as mesmas partes.

Através de uma norma criada contratualmente só podem, em regra, ser estatuídas obrigações e direitos para as partes contratantes. Nisto se exprime o princípio da chamada autonomia privada. No entanto, uma ordem jurídica também pode permitir os chamados contratos a cargo ou em favor de terceiros, isto é, normas contratualmente criadas através das quais se impõem deveres ou conferem direitos a indivíduos que não participaram na produção do facto criador de Direito. A norma contratualmente criada pode impor às partes os mesmos deveres e conferir-lhes os mesmos direitos. Mas este conteúdo deve ser sempre querido pelas partes contratantes ou estar contido nas declarações concordes de todas as partes contratantes. A norma contratualmente criada tem carácter individual — como, e. g., na hipótese de um contrato de venda através do qual uma das partes é obrigada a entregar à outra, de uma só vez, um determinado objecto, e a outra é obrigada a entregar, de uma só vez, uma determinada quantia em dinheiro.

Mas o contrato também pode ter carácter geral, quer dizer: não obrigar a uma só e determinada prestação, ou a uma prestação e uma contraprestação, mas a um número indeterminado de prestações, ou prestações e contraprestações. Por exemplo: um contrato no qual uma sociedade seguradora se obriga, perante um determinado indivíduo, a pagar-lhe todas as despesas que, em caso de doença, faça com tratamentos médicos, e o indivíduo segurado se obriga a entregar à sociedade seguradora, mensalmente, uma determinada soma pecuniária.

No domínio do Direito internacional, existe em muitos tratados uma cláusula de adesão. Através de uma tal cláusula podem

aderir ao tratado todos e quaisquer Estados, ou só determinados Estados. A adesão pode operar-se através de declaração unilateral ou através de pedido de adesão que tem de ser aceite pelas anteriores partes no tratado, pela sua maioria, ou por um órgão instituído pela norma pactícia. No último caso, a adesão opera-se através de um novo tratado; no primeiro caso, através da submissão unilateral à norma pactícia. Através da adesão, a norma pactícia passa a vigorar em relação aos aderentes.

Uma espécie particular de contratos (ou tratados) criadores de normas gerais é constituída por aqueles através dos quais — segundo o Direito estadual — é instituído um estatuto associativo ou — segundo o Direito internacional geral — é instituída uma organização internacional, como uma associação de Estados ou as Nações Unidas. Então fala-se de uma convenção. Adesão a uma associação ou a uma organização internacional é adesão à convenção através da qual foi instituída a associação ou a organização internacional. Se a adesão à associação ou à organização internacional somente é possível com o acordo de um órgão da associação ou da organização internacional, então essa adesão baseia-se sobre um contrato ou tratado concluído entre a associação ou a organização e o membro aderente e cujo conteúdo é o estatuto da associação ou a carta da organização internacional. Se a adesão se pode operar através de declaração unilateral do aderente, há submissão a uma ordem jurídica parcial vigente. Através do acto de adesão, as normas do estatuto da associação ou da carta da organização internacional são postas a vigorar em relação ao sujeito aderente, o que significa que são criadas com validade em relação a este sujeito.

Uma tal adesão de uma pessoa privada a uma associação ou de um Estado a uma organização internacional é — diferentemente do contrato — um negócio jurídico unilateral. O mesmo vale dizer, no domínio do Direito privado, relativamente às chamadas ofertas ao público, isto é, às promessas publicamente anunciadas de um prémio por uma determinada prestação. Em ambos os casos, através do acto de um sujeito é criada uma norma ou são criadas normas pelas quais é constituído numa obrigação o sujeito que põe o acto. Por aí se distinguem os negócios jurídicos unilaterais dos actos legislativos, das decisões judiciais e dos actos

administrativos, através dos quais são criadas normas que obrigam outros que não os indivíduos que põem estes actos.

i) *Administração*

Ao lado da legislação e da jurisdição é também mencionada a administração como uma das três funções que, na teoria tradicional, são consideradas as funções essenciais do Estado. Legislação e jurisdição são funções jurídicas em sentido estrito, quer dizer, funções através das quais são criadas e aplicadas as normas da ordem jurídica estadual, consistindo a aplicação de uma norma jurídica na produção de uma outra norma ou na execução do acto de coerção estatuído por uma norma (1). Os indivíduos que desempenham estas funções são órgãos jurídicos. Dizer que eles são, como tais, órgãos do Estado, ou seja, portanto, que a sua função pode ser atribuída ao «Estado», isto é, à comunidade jurídica constituída através da ordem jurídica estadual, significa que essa função é referida à unidade da ordem coercitiva que constitui esta comunidade. Esta ordem coerciva é uma ordem jurídica «estadual» porque e na medida em que institui, para esta função jurídica, órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho e, na verdade, designados imediata ou mediamente para a sua função — quer dizer, órgãos relativamente centrais —, é limitada no seu domínio territorial de validade a um espaço fixamente limitado — o chamado território do Estado — e é pressuposta como ordem suprema ou tão-somente subordinada à ordem jurídica internacional. No entanto, impõe-se notar que a função jurídica, ou seja, a criação e aplicação de normas da ordem jurídica estadual, não é somente realizada por órgãos centrais mas também tem lugar num processo descentralizado. Tal sucede com a criação de normas jurídicas gerais através do costume e de normas jurídicas individuais e gerais através do negócio jurídico. Os indivíduos que realizam esta função são órgãos, tal como o órgão legislativo ou os tribunais, e a sua função pode, como a legislação e a jurisdição, ser igualmente referida à unidade

(1) Cfr. *supra*.

dica objectivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme ao Direito.

Assim como a questão de saber se, num caso concreto, existe um facto a que uma norma jurídica liga determinadas consequências tem de ser ligada à questão de saber quem é competente para responder à questão primeiramente referida, assim também a questão de saber se uma norma de Direito criada por um órgão jurídico está em conformidade com a norma superior que define a sua criação, ou até o seu conteúdo, não pode ser separada da questão de saber quem é que a ordem jurídica considera competente para decidir a questão anterior. Tal como a primeira, também a segunda questão só pode ser decidida pelo órgão que a ordem jurídica para o efeito determine e através do processo pela ordem jurídica fixado. Dizer que uma decisão judicial ou uma resolução administrativa são contrárias ao Direito, somente pode significar que o processo em que a norma individual foi produzida, ou o seu conteúdo, não correspondem à norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, que determina aquele processo ou fixa este conteúdo. Aqui, para simplificar, consideremos apenas a hipótese em que está em causa saber se a norma individual da decisão judicial corresponde à norma geral que deve aplicar e que define o seu conteúdo. Se a ordem jurídica conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, a custo se formaria uma decisão judicial que vinculasse uma das partes. Por isso, a questão — segundo o Direito estadual — somente pode ser decidida pelo próprio tribunal ou por um tribunal superior. Se um tribunal decide um caso concreto e afirma ter-lhe aplicado uma determinada norma jurídica geral, então a questão encontra-se decidida num sentido positivo e assim permanece decidida enquanto esta decisão não for anulada pela decisão de um tribunal superior. Com efeito, a decisão do tribunal de primeira instância — e a norma individual criada por esta decisão, portanto — não é, segundo o Direito vigente, nula, mesmo que seja considerada como «antijurídica» pelo tribunal competente para decidir a questão. Apenas é anulável, quer dizer: somente pode ser anulada através de um processo fixado pela ordem jurídica. Só quando a ordem jurídica prevê um tal processo é que a decisão pode ser atacada pelas partes processuais no caso de porem em questão a «juridicidade» (legalidade) da decisão.

Mas se o processo em que uma decisão judicial pode ser atacada tem um termo, se há um tribunal de última instância cuja decisão já não pode ser atacada, se existe uma decisão com força de caso julgado, então a «juridicidade» (legalidade) desta decisão já não mais pode ser posta em questão. O que significa, porém, o facto de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância? Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo da norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral. O facto de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há-de produzir. Estas duas normas formam uma unidade. Tanto assim que o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância. Mas também o facto de a decisão do tribunal de primeira instância, e do tribunal de qualquer outra instância que não seja a última, ser, de acordo com as disposições da ordem jurídica, apenas anulável, quer dizer, o facto de ela permanecer válida enquanto não for anulada por uma instância superior, significa que estes órgãos recebem da ordem jurídica poder para criar, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontra prefixado na norma jurídica geral, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não encontra preterminado mas é estabelecido por estes mesmos órgãos — com a diferença de que a validade destas normas jurídicas individuais é apenas uma validade provisória, isto é, pode ser anulada através de um determinado processo, ao passo que tal já não vale na hipótese da norma individual em vias de passar em julgado criada pelo tribunal de última instância. A validade desta é definitiva. Mas, tanto a validade provisória de uma como a validade definitiva da outra se

o tribunal de última instância é a norma de caso julgado

o carácter de normas do Direito

o facto de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há-de produzir.

o facto de a decisão do tribunal de primeira instância, e do tribunal de qualquer outra instância que não seja a última, ser, de acordo com as disposições da ordem jurídica, apenas anulável, quer dizer, o facto de ela permanecer válida enquanto não for anulada por uma instância superior, significa que estes órgãos recebem da ordem jurídica poder para criar, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontra prefixado na norma jurídica geral, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não encontra preterminado mas é estabelecido por estes mesmos órgãos — com a diferença de que a validade destas normas jurídicas individuais é apenas uma validade provisória, isto é, pode ser anulada através de um determinado processo, ao passo que tal já não vale na hipótese da norma individual em vias de passar em julgado criada pelo tribunal de última instância. A validade desta é definitiva. Mas, tanto a validade provisória de uma como a validade definitiva da outra se

o facto de a decisão do tribunal de primeira instância, e do tribunal de qualquer outra instância que não seja a última, ser, de acordo com as disposições da ordem jurídica, apenas anulável, quer dizer, o facto de ela permanecer válida enquanto não for anulada por uma instância superior, significa que estes órgãos recebem da ordem jurídica poder para criar, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontra prefixado na norma jurídica geral, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não encontra preterminado mas é estabelecido por estes mesmos órgãos — com a diferença de que a validade destas normas jurídicas individuais é apenas uma validade provisória, isto é, pode ser anulada através de um determinado processo, ao passo que tal já não vale na hipótese da norma individual em vias de passar em julgado criada pelo tribunal de última instância. A validade desta é definitiva. Mas, tanto a validade provisória de uma como a validade definitiva da outra se

* *fundamentada* (em - a decisão é feita pelas partes, isto é, a decisão é baseada na vontade das partes) — baseiam sobre a ordem jurídica, ou seja, sobre uma norma geral preexistente, anterior à sua criação, que, quando determina o conteúdo das normas jurídicas individuais, o faz no sentido da alternativa referida. Uma decisão judicial não pode — enquanto for válida — ser contrária ao Direito (ilegal). Não se pode, portanto, falar de um conflito entre a norma individual criada por decisão judicial e a norma geral a aplicar pelo tribunal, criada por via legislativa ou consuetudinária. Nem mesmo no caso de uma decisão judicial de primeira instância atacável, quer dizer, anulável. O fundamento objectivo da sua anulabilidade não é — como pode ser afirmado pelas partes que a atacam, ou mesmo pelo tribunal de recurso — a sua ilegalidade, isto é, o facto de não corresponder à norma geral que deve aplicar — se assim fosse, seria nula, quer dizer, juridicamente inexistente, e não simplesmente anulável —, mas a possibilidade pela ordem jurídica prevista de estabelecer com vigência definitiva a outra alternativa, não realizada pela decisão atacada. Se a norma jurídica individual criada por uma decisão judicial é atacável, ela pode ser anulada pela norma com força de caso julgado de uma decisão de última instância não só quando o tribunal de primeira instância faz uso da alternativa para determinar ele próprio — com validade provisória — o conteúdo da norma por ele criada, mas também quando, de conformidade com a outra alternativa pela ordem jurídica estatuída, o conteúdo da norma individual criada pelo tribunal de primeira instância corresponde à norma geral que o predetermina. Se uma decisão judicial é atacável, então ela pode — objectivamente — ser atacada pelas partes processuais em ambas as hipóteses e ser anulada pelo tribunal superior, mesmo que as partes processuais fundamentem objectivamente o seu ataque — e porventura, segundo o direito processual vigente, só assim o possam fundamentar — no facto de a decisão não corresponder à norma geral que predetermina o seu conteúdo. As partes processuais podem contar com o facto de que, quando uma decisão de última instância transite em julgado segundo o Direito vigente, não pode impedir-se que entre em vigor uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é predeterminado por qualquer norma jurídica geral. Elas apenas fazem uso da possibilidade de atacar uma decisão judicial quando esta não corresponda aos seus interesses. É inteiramente indiferente que elas considerem subjectivamente esta

N. 111 = P. 111

decisão como conforme ou contrária ao Direito, ainda que a lei preceitue que uma decisão judicial somente pode ser atacada com o fundamento de ser, sob qualquer aspecto, «contrária ao Direito», quer dizer, de ser considerada pelas partes processuais como ilegal. Com efeito, a questão de saber se a decisão é «ilegal» não vai ser decidida pelas partes processuais mas pelo tribunal de recurso, e, seja como for, a decisão de última instância transita em julgado. Se tem qualquer sentido falar de uma decisão judicial «em si» conforme ou contrária ao Direito (legal ou ilegal), tem de admitir-se que também uma decisão conforme ao Direito pode ser anulada por uma decisão com força de caso julgado.

* Por aí se mostra, em todo o caso, que a possibilidade de predeterminar as normas individuais que hão-de ser produzidas pelos tribunais através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária é consideravelmente limitada. Porém, este facto não justifica a concepção acima referida segundo a qual, antes da decisão judicial, não haveria Direito algum, a ideia de que todo o Direito é Direito dos tribunais, de que não haveria sequer normas jurídicas gerais mas apenas normas jurídicas individuais.

β) A lei «inconstitucional»

A afirmação de que uma lei válida é «contrária à Constituição» (anticonstitucional) é uma *contradictio in adjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há-de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém,

não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.

Como a Constituição regula os órgãos e o processo legiferantes e, por vezes, determina até certo ponto o conteúdo de leis futuras, o legislador constitucional tem de ter em conta que as normas constitucionais não serão respeitadas sempre e totalmente — para nos exprimirmos da forma corrente —, que poderá surgir um acto com a pretensão subjectiva de ter criado uma lei, se bem que o processo pelo qual o acto se realizou ou o conteúdo da lei criada por esse acto não corresponda às normas da Constituição. Levanta-se, portanto, a questão de saber a quem deve a Constituição conferir competência para decidir se, num caso concreto, foram cumpridas as normas constitucionais, se um instrumento cujo sentido subjectivo é o de ser uma lei no sentido da Constituição há-de valer também como tal segundo o seu sentido objectivo.

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, difficilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súbditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. Um recurso de instância análogo ao processo judicial está excluído quando só exista *um* órgão legislativo central. Então, só ao próprio órgão legislativo ou a um órgão diferente dele — v. g., ao tribunal que tem de aplicar a lei, ou tão-somente a um tribunal especial — pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há-de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo tornados competentes para efectuar esse control. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjectivo é o de ser uma lei também objectivamente tem este sentido. E só terá esse sentido objectivo quando seja conforme à Constituição.

A Constituição, porém, pode conferir a certos órgãos competência para aplicar leis e ao mesmo tempo excluir expressamente desta competência a fiscalização da constitucionalidade das leis a aplicar. As constituições contêm por vezes um preceito

segundo o qual os tribunais e as autoridades administrativas não têm de verificar a constitucionalidade das leis a aplicar. Esta limitação, no entanto, só é possível em certa medida. Os órgãos chamados a aplicar o Direito não podem razoavelmente receber competência para aplicar como lei tudo o que subjectivamente se apresente como tal. Um mínimo de poder de control tem de lhes ser deixado. Onde as leis, para serem vinculantes, têm de, segundo a Constituição, ser publicadas pelo governo numa folha oficial de legislação, a limitação do poder de control significa apenas que os órgãos chamados a aplicar as leis, especialmente os tribunais, apenas têm de verificar se aquilo que se apresenta com o sentido subjectivo de uma lei foi publicado como lei na folha legislativa, quer dizer, no documento impresso por ordem do governo. Para verificar se aquilo que é publicado como lei foi decidido pelo órgão que a Constituição considera competente, através do processo prescrito pela Constituição e com o conteúdo determinado pela mesma, já não são competentes os órgãos chamados a aplicar o Direito. Para verificar estas questões pode ser competente o órgão governamental, diferente do órgão legislativo, que tenha a seu cargo a publicação. No entanto, também a este órgão pode ser retirada esta faculdade de control — mas apenas em certa medida. O órgão governamental competente para a publicação ou — quando não seja exigida a publicação oficial — o órgão chamado a aplicar a lei, têm de, pelo menos, poder verificar se aquilo que se apresenta subjectivamente como lei foi ao menos decidido pelo órgão designado pela Constituição para legislar — quando o órgão competente para um control limitado não tenha também a faculdade de averiguar se o processo através do qual tal foi decidido, ou o conteúdo da decisão, são conformes à Constituição. Esse órgão não pode, com efeito, estar vinculado a publicar ou a aplicar como lei tudo aquilo que subjectivamente se apresenta como tal. Então, só o próprio órgão legislativo terá competência para decidir se a lei por ele fixada é conforme à Constituição, quer dizer, se o processo pelo qual ele decidiu essa lei, ou o conteúdo que ele lhe deu, estão de harmonia com a Constituição. Em tal hipótese, a decisão positiva desta questão vai implícita no editar da lei pelo órgão legislativo. Isto significa que tudo que o órgão legislativo edita como lei há-de valer como lei no sentido da Constituição, que as normas, que são o sentido sub-

jectivo de um acto posto pelo órgão legislativo, têm o sentido objectivo de normas jurídicas ainda que a lei — segundo o parecer de alguém — não seja conforme às normas da Constituição que regulam o processo legislativo e o conteúdo das leis. O órgão legislativo está então numa situação análoga à de um tribunal de última instância cuja decisão tem força de caso julgado. Isto significa, porém, que o sentido das normas da Constituição que regulam a legiferação não é o de que as leis válidas só podem surgir pelo modo directamente determinado na Constituição, mas que elas também podem surgir por outro modo, modo esse a determinar pelo próprio órgão legislativo. A Constituição dá ao legislador competência para, através de um processo diferente do directamente determinado pelas normas constitucionais, criar normas jurídicas gerais e dar a estas normas um conteúdo diferente daquele que as normas da Constituição directamente determinam. Estas normas constitucionais apenas representam uma das duas possibilidades criadas pela Constituição. A outra é criada pela Constituição pelo facto de ela não deixar a outro órgão diferente do legislador a decisão da questão de saber se a norma por ele editada como lei é lei no sentido da Constituição. As determinações constitucionais que regulam a legiferação têm o carácter de determinações alternativas. A Constituição contém uma regulamentação directa e uma regulamentação indirecta da legiferação; e o órgão legislativo tem a possibilidade de opção entre as duas. Esta situação pode não ser consciencializada, ou não ser consciencializada plenamente, tanto pelo autor da Constituição como pelo legislador. Mas, a descrição objectiva desta situação jurídica que — consciente ou inconscientemente — é criada por uma Constituição que não transfere para um órgão diferente do legislativo o control da constitucionalidade das leis, não pode levar a qualquer outro resultado.

A situação jurídica é essencialmente diversa quando a Constituição transfere o control e a decisão da questão de saber se uma lei corresponde às determinações constitucionais que regulam directamente a legiferação para um órgão diferente do legislativo, e confere a este órgão competência para anular uma lei que considere «inconstitucional». Esta função pode ser cometida a um tribunal especial, ou ao tribunal supremo, ou a todos os tribunais. Como já verificámos, ela é cometida a todos os órgãos compe-

tentes para aplicar o Direito, e especialmente aos tribunais, quando essa faculdade de control não seja expressamente excluída da sua competência. Se todo o tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considere a lei como «inconstitucional», rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o control da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como «inconstitucional» não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira — quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. Uma tal lei pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente como «inconstitucional». Isto significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos à anulação das leis que não correspondam às determinações da Constituição que directamente regulam a legiferação têm o sentido de que também essas leis devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas pela forma constitucionalmente prevista. As chamadas leis «inconstitucionais» são leis conformes à Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial. Também nestes casos as determinações constitucionais que regulam a legiferação têm a natureza alternativa acima caracterizada, pelo que o órgão legislativo detém a possibilidade de opção entre duas vias: a determinada directamente pela Constituição e a que há-de ser determinada pelo próprio órgão legislativo. A diferença, contudo, reside em que as leis criadas pela segunda via, sendo embora válidas, são anuláveis por um processo especial.

Com isto exprime-se que a Constituição, se bem que não possa excluir a segunda via, dá no entanto preferência à primeira. Tal pode ainda revelar-se pelo facto de certas pessoas que, de acordo com a Constituição, participam, ao lado do parlamento, no processo legislativo, tais como o chefe de Estado que promulga as leis ou o ministro que referenda os seus actos, poderem ser

responsabilizadas e punidas por um tribunal especial pela chamada inconstitucionalidade de uma lei criada com a sua participação. Este processo não tem de estar ligado com um processo destinado à anulação da lei, se bem que o possa estar.

A responsabilidade pessoal do órgão pela legalidade da norma por ele criada não é tão notada nas relações entre Constituição e lei como nas relações entre Constituição e decreto e entre lei e decreto. A Constituição pode conferir poder a certos órgãos administrativos, especialmente ao governo, para, sob certos pressupostos bem determinados, editar normas jurídicas gerais na forma de decretos que se não limitem a desenvolver leis já existentes mas regulem certas matérias em vez das leis. Se o governo edita decretos destes sob outras condições que não as determinadas pela Constituição, podem ser por isso responsabilizados e punidos os membros do governo que editaram o decreto. Este processo não tem de estar ligado com um processo destinado a anular a lei, se bem que o possa estar. Os órgãos da administração que têm competência para editar decretos com base nas leis podem igualmente ser puníveis pela publicação de decretos ilegais, sem que o decreto «ilegal» tenha de ser necessariamente anulado. Se o decreto é válido até à sua anulação, ou se não é anulado, isso significa que o órgão administrativo também tem poder para o editar, mas que o autor da Constituição ou o legislador preceituam, não obstante, o estabelecimento de decretos que correspondam às determinações directas da Constituição ou se mantenham dentro dos quadros da lei.

Em todos estes casos, um acto através do qual são criadas normas jurídicas válidas representa um delito, pois é pressuposto de uma sanção. Estes casos mostram que o princípio *ex injuria jus non oritur*, muitas vezes tomado pela jurisprudência tradicional como universalmente válido, tem excepções.

Verificámos acima que a fiscalização da constitucionalidade das leis através dos órgãos competentes para a publicação ou aplicação das mesmas somente pode ser limitado até certo ponto, pois não pode ser totalmente excluído, que por estes órgãos tem de pelo menos ser decidida a questão de saber se aquilo que subjectivamente se apresenta como lei foi estabelecido pelo órgão que a Constituição designa. Se esta questão é decidida negativamente pelo órgão competente, porventura porque aquilo que surge

com a pretensão de ser uma lei vinculante não foi estabelecido pelo parlamento designado pela Constituição mas por um usurpador, o órgão competente para a fiscalização recusará a sua publicação ou aplicação. Se tal não sucede e se as normas gerais editadas pelo usurpador se tornam, deste jeito, eficazes, temos uma modificação revolucionária da Constituição e, portanto, uma lei constitucional, uma lei conforme à nova Constituição.

Assim como a publicação ou aplicação daquilo que subjectivamente se apresenta como lei podem ser recusadas pelos órgãos competentes para a publicação ou aplicação das leis, assim também a execução daquilo que se apresenta subjectivamente como uma decisão de um tribunal de última instância pode ser recusada pelo órgão competente para a execução das decisões judiciais porque, no parecer deste órgão, a decisão não foi tomada por um indivíduo ou por um colégio de indivíduos que, segundo a Constituição, constituem o tribunal de última instância, mas por indivíduos que se arrogaram a posição de um tribunal supremo. Se, no entanto, as suas decisões são executadas e, assim, se tornam eficazes, não temos — como no primeiro caso — uma modificação revolucionária total, mas apenas uma modificação revolucionária parcial da Constituição e, deste modo, uma decisão judicial conforme a Constituição.

A questão da legalidade de uma decisão judicial ou da constitucionalidade de uma lei é formulada em termos gerais, a questão de saber se um acto que surge com a pretensão de criar uma norma está de acordo com a norma superior que determina a sua criação ou ainda o seu conteúdo. Quando esta questão deve ser decidida por um órgão para o efeito competente, quer dizer, por um órgão que para tal recebe poder de uma norma válida, pode ainda levantar-se a questão de saber se o indivíduo que de facto tomou esta decisão é o órgão competente, isto é, o órgão que para tal recebeu poder da norma válida. Esta questão pode, por sua vez, dever ser decidida por um outro órgão que, por isso mesmo, é de considerar como um órgão de hierarquia superior. Esta recondução a um órgão superior, contudo, tem de ter um fim. Tem de haver órgãos supremos sobre cuja competência já não poderão decidir órgãos superiores, cujo carácter de supremos órgãos legislativos, governativos (administrativos) ou jurisdicionais já não pode ser posto em questão. Eles afirmam-se

como órgãos supremos pelo facto de as normas por eles postas serem globalmente eficazes. Com efeito, nessa hipótese, a norma que lhes confere competência para estabelecer estas normas é pressuposta como Constituição válida. O princípio segundo o qual uma norma só deve ser posta pelo órgão competente, isto é, pelo órgão que para tal recebe poder de uma norma superior, é o princípio da legitimidade. Ele é, como já verificámos, limitado pelo princípio da eficácia.

Da análise precedente resulta que entre a lei e a decisão jurisdicional, entre a Constituição e a lei, a Constituição e o decreto, a lei e o decreto, ou, numa fórmula inteiramente geral, entre uma norma superior e uma norma inferior de uma ordem jurídica, não é possível qualquer conflito que destrua a unidade deste sistema normativo, tornando impossível descrevê-lo em proposições jurídicas que não sejam contraditórias entre si.

k) *Nulidade e anulabilidade*

Do que acima fica dito também resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroactivo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos: tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela; ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisdicionais proferidas com fundamento nessa lei. Porém, a lei foi válida até à sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correcto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como «declaração de nulidade», quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como «nula desde o início» (*ex tunc*). A sua decisão não tem carácter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do acto pelo qual uma

norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um acto pelo qual uma norma é criada, uma norma. A ordem jurídica somente pode conferir a um determinado órgão poder para anular uma norma criada por outro órgão, mas pode atribuir poder a quem quer que seja para decidir se algo que surge com a pretensão de ser uma norma jurídica tem objectivamente esta significação, quer dizer: se a norma foi produzida pela forma determinada pela ordem jurídica e com o conteúdo por esta mesma ordem jurídica fixado, e, portanto, se é vinculante para ele. Se a decisão é por tal forma descentralizada — e tal é o caso quando a ordem jurídica, tal como, v. g., o Direito internacional geral, não institui órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação de normas jurídicas —, ela pode ser proferida com sentidos divergentes. Um indivíduo pode declarar a norma em questão como norma jurídica válida, um outro pode recusar-lhe este carácter. A decisão tem, por isso, na medida em que está em questão a validade de uma norma jurídica, um carácter constitutivo. A norma questionada não é nula desde o início. A decisão de que é «nula», anula-a com eficácia retroactiva para o sujeito que decide. Mesmo dentro de uma ordem jurídica estadual relativamente centralizada não pode excluir-se que qualquer indivíduo considere como «nulo» algo que subjectivamente se apresenta como norma jurídica. Este indivíduo, porém, apenas pode fazer isso a seu próprio risco, quer dizer, com o risco de que aquilo que ele considera nulo seja declarado pelo órgão competente como uma norma jurídica válida e, portanto, seja ordenada a execução da sanção estatuída nesta norma jurídica.

Não pode negar-se que há casos em que algo, especialmente uma ordem, que surge com a pretensão de ser uma norma jurídica, quer dizer, de ser uma norma posta por um acto conforme à norma fundamental, não costuma ser considerada tal por ninguém, sem que a ordem jurídica confira competência a todas as pessoas para essa apreciação, sem que seja sequer necessário um acto especial de anulação previsto pela ordem jurídica. Assim sucede quando, v. g., um internado num hospital de alienados edita uma «lei». Se se admite que, nestes casos, existe nulidade *a priori*, esta cai fora do domínio jurídico. Também não é de forma alguma possível determinar juridicamente estes casos. A ordem jurídica não pode

fixar as condições sob as quais, algo que se apresente com a pretensão de ser uma norma jurídica, tenha de ser considerado *a priori* como nulo e não como uma norma que deve ser anulada através dum processo fixado pela mesma ordem jurídica. Quando a ordem jurídica estabelece, por exemplo, que uma norma que não foi posta pelo órgão competente, ou foi posta por um indivíduo que nem sequer possui a qualidade de órgão, ou uma norma que tem um conteúdo que a Constituição exclui, devem ser consideradas nulas *a priori* e que, portanto, não é necessário qualquer acto para as anular, necessita determinar quem há-de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade; e, como esta verificação tem carácter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroactivo, de uma norma até aí considerada válida. Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o carácter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade.