

TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen

Tradução
JOÃO BAPTISTA MACHADO

Martins Fontes
São Paulo 2003

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

Como já anteriormente verificamos, uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato 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 notamos³⁰ — 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 corretamente, 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 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 con-

ceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite — a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo — entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato 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 fato, 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 ato coercivo estatuído por estas normas individuais — o último ato 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 ato coercivo estatuído por uma norma.

Como já foi destacado, a criação de uma norma inferior através de uma norma superior pode ser determinada em duas direções. 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, quan-

do 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 ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato 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 ato 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, porém, ser tão reduzida que o ato em questão já não possa ser considerado como ato de aplicação do Direito, e nunca pode ir tão longe que o ato já não possa ser havido como ato 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 ato tem o caráter de criação jurídica ou de aplicação do Direito está dependente do grau em que a função do órgão que realiza o ato é predeterminada pela ordem jurídica. Há, no entanto, atos que apenas são aplicação do Direito e não criação jurídica: são os já mencionados atos através dos quais os atos de coerção estatuídos pelas normas jurídicas são executados. E há um ato de positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta mas apenas pressuposta.

Criação e aplicação do Direito devem ser distinguidas da observância do Direito. Observância do Direito é a conduta a que corresponde, como conduta oposta, aquela a que é ligado o ato 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 aplicação do Direito são designadas como funções jurídicas num sentido estrito específico.

g) *Jurisprudência*

α) *O caráter 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 fato, 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 atos jurídico-negociais; e os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecer 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 a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) 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 fato 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 fato (ou situação de fato) 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 efetuada 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 fato 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-“dição” (“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 que a mesma Constituição delegue³¹. Este fato, a averiguar pelo tribunal, é tanto um pressuposto da sanção a estatuir por ele no caso concreto como o fato, igualmente a apurar pelo tribunal, de ter sido cometido um delito. A proposição jurídica que descreve esta situação fática — 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 autônomas, normas perfeitas, pois apenas determinam os pressupostos do ato 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 atos 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, efetuada na decisão judicial, de que uma norma geral a aplicar ao caso apreendido 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 fato 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 fato delitual é uma função do tribunal plenamente constitutiva. Quando a ordem jurídica liga a um determinado fato, como pressuposto, uma determinada consequência, precisa de determinar também o órgão pelo qual e o processo no qual o fato condicionante é verificado no caso concreto. A ordem jurídica pode conferir poder a este órgão para determinar ele próprio o processo, segundo a sua descrição; no entanto, órgão e processo têm de ser determinados — direta ou indiretamente — pela ordem jurídica, para que a norma geral, que liga àquele fato uma consequência, possa ser aplicada ao caso con-

zer-se, e o próprio indivíduo suspeito de homicídio pode confessar ou negar o fato. 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 fato condicionante é tida como incorreta 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 subjetivo do ato da decisão não deve ser ainda assumido como sendo definitivamente o seu sentido objetivo. Tal só sucede quando a decisão judicial, em que se verifica que um determinado indivíduo 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 indivíduo foi condenado estando inocente porque o homicídio verificado pelo tribunal não foi cometido ou foi cometido por outro indivíduo 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 indivíduo 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 indivíduo praticou um homicídio, o tribunal deve mandar aplicar a este indivíduo uma determinada pena. No pensamento jurídico, o fato processualmente verificado vem ocupar o lugar do fato em si que, no pensamento não jurídico, condiciona o ato de coerção. Somente, esta verificação é, ela própria, um “fato”; 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 “correta” (isto é, conforme à realidade). E, assim, como uma decisão judicial pode ser atacada em recurso de instância com fundamento na inadequada verificação do fato de que um determinado delito foi praticado por determinado indivíduo, 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

creto — quer dizer, possa ser individualizada. Perante um fato 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 fato 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 fato no domínio do Direito, somente através dela ele se transforma de fato natural em fato 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 fato jurídico como produzido se identifica com o momento em que o fato natural se produziu, deve responder-se que a verificação do fato pelo órgão aplicador do Direito tem eficácia retroativa. O fato não é tido como somente produzido no momento da sua verificação (scl. 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 fato natural — de acordo com a verificação do órgão aplicador do Direito — se produziu. A verificação do fato condicionante pelo tribunal é, portanto, em todo sentido, constitutiva. Se uma norma jurídica geral liga uma determinada pena ao crime de homicídio, este fato não é corretamente descrito se se apresenta o fato de alguém ter cometido um homicídio como o pressuposto da sanção. Não é o fato em si de alguém ter cometido um homicídio que constitui o pressuposto estatuído pela ordem jurídica, mas o fato 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 fato 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 contradi-

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. Naquela outra hipótese, pode ser verificado no processo de recurso o fato 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 o delito que este efetivamente cometeu ser diferente daquele pelo qual foi condenado. Em todos estes casos, um processo judicial é objeto 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 objeto de um outro, então o lugar do fato de um processo judicial já não pode ser ocupado pelo fato deste processo judicial processualmente verificado, então é necessário aceitar o caso extremo de um último processo judicial como fato *em si*. Tal é o caso quando a decisão do tribunal de última instância transita em julgado. Isso significa que agora o sentido da decisão de última instância tem de ser assumido como seu sentido objetivo. Se, nesta decisão, se verifica (afirma) o fato 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 fato 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 fatos naturais como objeto deste conhecimento. Neste paralelo, ao sujeito do processo cognoscitivo constitutivo corresponde o órgão do processo judicial constitui-

vo. Assim como o objeto deste conhecimento é “produzido” no processo do conhecimento, também o fato que condiciona a sanção é produzido no processo judicial. E, assim como o processo judicial pode ser ele próprio, como fato, objeto de um processo judicial, também o fato do próprio processo de conhecimento pode — na teoria do conhecimento — tornar-se objeto de um processo de conhecimento. Porém, este conhecimento, que se tem a si próprio, enquanto fato, como objeto, não pode de novo tornar-se — como fato — objeto de um conhecimento. A recondução do fato do processo do conhecimento a um outro processo de conhecimento que tenha este fato como objeto tem limites. Surge o caso-limite de um processo de conhecimento que tem de ser assumido como fato *em si*, quer dizer, como um fato já não produzido no processo do conhecimento.

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

O ato 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 fato delituoso alegado pelo demandante privado ou pelo acusador público, quer porque não há qualquer norma jurídica geral vigente que ligue a este fato 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 ação 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 fato realizada, quer dizer: uma norma que obrigue o demandado ou acusado à conduta oposta. Como já explicamos acima a outro propósito³², 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 fato 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 de alguma 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 notamos, 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 ação 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 alguma forma dificultada, e tem de absolver o acusado, mesmo que a sua conduta, contra a qual se dirige a acusação, tenha aquele caráter. Ainda neste caso a decisão judicial se presta 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 de prote-

ção. 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-se dizer que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exato 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 (correta) a norma individual estabelecida pelo tribunal.

A diferença entre o caso em que o tribunal — como sói 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 acusa-

do, 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 fato — 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 patrimônio 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 retroativa. Uma norma jurídica tem força retroativa quando o fato 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 ato ilícito, mas apenas posteriormente foi transformado em tal por esta norma jurídica. Isto é exato quando o tribunal aplica ao caso que tem perante si uma norma jurí-

dica 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 ato ilícito, mas só foi tornada 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 fato de tal conduta não lhe 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 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 fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada 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, efetivamente, não se costuma de forma