

TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen

Tradução
JOÃO BAPTISTA MACHADO

Martins Fontes
São Paulo 2003

que também realizar funções de criação e de aplicação do Direito pode ser dever de cargo (funcional) dos indivíduos assim qualificados. Não só os órgãos da administração que desempenham funções jurisdicionais mas também os juízes independentes podem ter caráter funcional; e à atividade administrativa do Estado pertence também a prática de negócios jurídicos que produzem normas de Direito, assim como o cumprimento dos deveres e o exercício dos direitos criados por tais negócios jurídicos. Quer dizer: também estas funções podem, como conteúdo de deveres jurídicos de órgãos funcionalizados (e, portanto, como funções de observância do Direito) ser atribuídas ao Estado, ser consideradas como atos da administração estadual. Elas têm primariamente o caráter de funções de observância do Direito, pois realizam-se em cumprimento de deveres de cargo de órgãos funcionalizados e — na medida em que se trate de atos jurídicos-negociais — apenas secundariamente têm o caráter de funções criadoras de normas jurídicas.

As normas que regulam a conduta destes indivíduos, impondo-lhes específicos deveres funcionais e conferindo-lhes específicos poderes funcionais formam, dentro da ordem jurídica total que regula a conduta de todos os indivíduos que vivem dentro do seu domínio territorial de validade, uma ordem jurídica parcial, a qual constitui uma comunidade parcial que apenas abrange os indivíduos qualificados como funcionários estaduais: o Estado, como aparelho burocrático de funcionários, tendo o governo no topo. Este conceito mais estreito de Estado deve ser distinguido do conceito mais lato, no qual cabem todos os indivíduos que vivem no território do Estado. Este inclui aquele. Um é a personificação da ordem jurídica total que regula a conduta de todos os indivíduos que vivem no território do Estado, o outro é a personificação da ordem jurídica parcial que apenas regula a função dos indivíduos qualificados como funcionários estaduais. A atribuição ao Estado destas funções traduz a relação com a unidade desta ordem jurídica parcial. Mas, sendo estas funções referidas à unidade da ordem jurídica parcial, são ao mesmo tempo referidas à unidade da ordem jurídica global que compreende esta ordem jurídica parcial. A atribuição ao Estado em sentido estrito implica a atribuição ao Estado em sentido lato.

Se se vê como fim da ordem jurídica estadual — ou, o que é o mesmo, como fim do Estado — provocar a conduta conforme ao Direito, a conduta que, pelo cumprimento do dever, afasta

a sanção, ou possibilitar juridicamente uma determinada conduta através da estatuição de direitos em sentido técnico e de permissões positivas, então o fim do Estado, na medida em que esta conduta lhe não seja atribuída, na medida em que não seja tomada como função do Estado, apenas é imediatamente realizado através da função do Estado (ou função do Direito) que consiste na estatuição e execução de atos coercivos. Se, porém — como no caso da administração estadual que não tem, ou não tem primariamente, o caráter de criação ou aplicação do Direito mas o de observância do Direito —, a conduta dos órgãos funcionalizados é atribuída ao Estado, é considerada como função do Estado (no sentido estrito), então o fim do Estado (no sentido amplo) é realizado imediatamente através desta função do Estado (no sentido estrito). Nestes termos, poderemos distinguir uma administração estadual mediata, cuja função não difere da jurisdição, pois é, como esta, função de criação e aplicação do Direito, e uma administração estadual imediata, que difere essencialmente da função judicial porque é observância do Direito e porque, na medida em que tenha também função criadora de Direito, possui um caráter jurídico-negocial e não um caráter jurisdicional.

Dai resulta que, do ponto de vista de uma análise estrutural do Direito, são designadas sob o nome de administração estadual duas funções distintas uma da outra, e que o limite entre estas duas funções divide ao meio aquele domínio que, na teoria tradicional, é, como administração estadual, separado da função estadual designada como jurisdição ou justiça. Na distinção tradicional não se exprime uma diferença de funções, mas a diferença de dois quadros de autoridades — designadas como justiça e administração — cujo desenvolvimento no Estado moderno, se pode ser historicamente explicado, não se pode jurídico-sistematicamente justificar.

j) *Conflito entre normas de diferentes escalões*

α) *A decisão judicial "ilegal"*

Como a ordem jurídica apresenta uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, e como uma norma só pertence a uma determinada ordem jurídica porque e na medida em que se harmoniza com a norma superior que

define a sua criação, surge o problema de um possível conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, isto é, a questão: *quid juris*, se uma norma não está em harmonia com a norma que determina a sua produção, especialmente se não corresponde à norma que preestabelece o seu conteúdo? Um tal conflito parece apresentar-se quando se tomem ao pé da letra certas expressões que são usuais na jurisprudência tradicional. Com efeito, esta fala de decisões jurisdicionais “ilegais” e de leis “anticonstitucionais” e, assim, dá a impressão de ser possível algo como uma norma contrária às normas em geral e uma norma jurídica antijurídica em especial. Sim, o próprio Direito parece contar com direito antijurídico e confirmar a sua existência pelo fato de tomar muitas disposições que se consideram ter como fim a anulação de direito antijurídico. Se, porém, existisse tal coisa como um direito antijurídico, desapareceria a unidade do sistema de normas que se exprime no conceito de ordem jurídica (ordem do Direito). Mas uma “norma contrária às normas” é uma contradição nos termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida — seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica. O que é nulo não pode ser anulado (destruído) pela via do Direito. Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é o sentido. Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em não-acontecido. Anular uma norma significa, portanto, retirar um ato, que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa pôr termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de — como o mostrará a análise subsequente — considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme ao Direito.

Assim como a questão de saber se, num caso concreto, existem um fato 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, tam-

bém 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 por 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 fato 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 de 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 fato 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 fato 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 fato 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 predeterminado 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 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 objetivo 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 fato 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 realzada 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 estatuida, 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 — objetivamente — ser atacada pelas partes processuais em ambas as hipóteses e ser anulada pelo tribunal superior, mesmo que as partes processuais fundamentem objetivamente o seu ataque — e portanto segundo o direito processual vigente, só assim o possam fundamentar — no fato de a decisão não corresponder à norma geral que predetermina o seu conteúdo. As partes processuais podem contar com o fato 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 subjetivamente esta 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 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 fato não justifica a concepção acima referida segundo a qual, antes da

decisão judicial, não haveria Direito algum, a idéia de que todo 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 inadjecto*; 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 ato com a pretensão subjetiva de ter criado uma lei, se bem que o processo pelo qual o ato se realizou, ou o conteúdo da lei criada por esse ato, 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 subjetivo é o de ser uma lei no sentido da Constituição há de valer também como tal segundo o seu sentido objetivo.

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma

lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devido 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 efetuar esse controle. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem este sentido. E só terá esse sentido objetivo 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 subjetivamente se apresenta como tal. Um mínimo de poder de controle 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 controle 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 subjetivo 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 controle — 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 subjetivamente como lei foi ao menos decidido pelo órgão designado pela Constituição para legislar — quando o órgão competente para um controle 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 subjetivamente 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 implicar 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 subjetivo de um ato posto pelo órgão legislativo, têm o sentido objetivo 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 diretamente 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 diretamente determinado pelas normas constitucionais, criar normas jurídicas gerais e dar a estas normas um conteúdo diferente daquele que as normas da Constituição diretamente determinam. Estas normas constitucionais apenas representam uma das duas possibilidades criadas pela Constituição. Outra é criada pela Constituição pelo fato 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 caráter de determinações alternativas. A Constituição

contém uma regulamentação direta e uma regulamentação indireta 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 objetiva desta situação jurídica que — consciente ou inconscientemente — é criada por uma Constituição que não transfere para um órgão diferente do legislativo o controle da constitucionalidade das leis, não pode levar a qualquer outro resultado.

A situação jurídica é essencialmente diversa quando a Constituição transfere o controle e a decisão da questão de saber se uma lei corresponde às determinações constitucionais que regulam diretamente 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 verificamos, ela é cometida a todos os órgãos competentes para aplicar o Direito, e especialmente aos tribunais, quando essa faculdade de controle não seja expressamente excluída da sua competência. Se todo 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 controle 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 diretamente 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 cons-

titucionalmente 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 legislação têm a natureza alternativa acima caracterizada, pelo que o órgão legislativo detém a possibilidade de opção entre duas vias: a determinada diretamente 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 fato 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 referencia os seus atos, 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 a 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 a 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 diretas da Constituição ou se mantenham dentro dos quadros da lei.

Em todos estes casos, um ato 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 exceções.

Verificamos 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 subjetivamente 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 subjetivamente 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 subjetivamente 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 à 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 ato 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 fato 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 caráter de supremos órgãos legislativos, governativos (administrativos) ou jurisdicionais já não pode ser posto em questão. Eles afirmam-se como órgãos supremos pelo fato de as normas por eles postas serem globalmente eficazes. Com efeito, nesta 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 verificamos, 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 retroativo, 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 a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto 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 caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato 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 objetivamente 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 caráter. A decisão tem, por isso, na medida em que está em questão a validade de uma norma jurídica, um caráter constitutivo. A norma questionada não é nula desde o início. A decisão de que é “nula” anula-a com eficácia retroativa 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 subjetivamente 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 ato conforme à norma fundamental, não costuma ser considerada tal por nin-

guém, sem que a ordem jurídica confira competência a todas as pessoas para essa apreciação, sem que seja sequer necessário um ato 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 apresenta 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 ato para as anular, necessita determinar quem há de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade; e, como esta verificação tem caráter 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 retroativo, 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 caráter de jurídico. Denetro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade.

VI

Direito e Estado

1. Forma do Direito e forma do Estado

A teoria da construção escalonada da ordem jurídica apreende o Direito no seu movimento, no processo, constantemente a renovar-se, da sua auto-criação. É uma teoria dinâmica do Direito, em contraposição a uma teoria estática do Direito que procura conceber este apenas como ordem já criada, a sua validade, o seu domínio de validade, etc., sem ter em conta a sua criação. No centro dos problemas de uma dinâmica jurídica situa-se a questão dos diferentes métodos de produção jurídica ou das formas do Direito. Se olharmos àquelas normas jurídicas que constituem a parte principal de uma ordem jurídica, aquelas, a saber, que ligam a uma determinada conduta humana um ato coercivo como sanção, e se reconhecemos que um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta pelo fato de a conduta oposta ser tornada pressuposto de uma sanção, poderemos distinguir dois tipos de normas jurídicas que estatuem obrigações: aquelas em cuja criação participa o indivíduo que vai ser obrigado, e aquelas que são criadas sem a sua participação. O princípio que subjaz a esta distinção é o princípio da liberdade no sentido de autodeterminação. A questão decisiva, do ponto de vista do indivíduo subordinado às normas, é se a vinculação se opera com a sua vontade ou sem a sua vontade — eventualmente mesmo contra a sua vontade. É aquela diferença que se costuma caracterizar como a oposição entre autonomia e heteronomia e que a teoria jurídica costuma verificar, essencialmente, no domínio do Direito do Estado. Aqui, ela aparece como diferença entre democracia e autocracia, ou república e monarquia; e é também neste domínio que ela fornece a divisão usual das formas