

COLECCÃO STUDIUM

TEMAS FILOSÓFICOS, JURÍDICOS E SOCIAIS

HANS KEISEN

ANTIGO PROFESSOR DAS UNIVERSIDADES
DE VIENNA 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

ARMENIO AMADO — EDITORA
COIMBRA — 1984

Título original

REINE RECHTSLEHRE

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

PREFÁCIO

à primeira edição

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objecto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que — aberta ou veladamente — se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objectividade e exactidão.

Com satisfação posso hoje verificar que não fiquei isolado neste caminho. Em todos os países civilizados, em todos os domínios da variada actividade jurídica, tanto nos teóricos como nos práticos, e até da parte de representantes de ciência afins, encontrarei adesões animadoras. Formou-se um círculo de pensadores orientados pelo mesmo escopo e a que se chama a minha «Escola», designação que apenas vale no sentido de que, nesta matéria, cada qual procura apreender do outro sem que, por isso, renuncie a seguir o seu próprio caminho. Também não é pequeno o número daqueles que, sem se confessarem adeptos da Teoria Pura do Direito, em parte sem a mencionar ou até mesmo rejeitando-a aberta e pouco amistosamente, tomam dela resultados essenciais. Para estes, particularmente, não os meus agradecimentos, pois que eles, melhor que os mais fiéis adeptos, demonstram, mesmo contra a sua vontade, a utilidade da minha doutrina.

Direitos exclusivos em língua portuguesa de

1984

ARMENIO AMADO — EDITORA
Ceira — Coimbra — Portugal

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,

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 estatuidos pelas normas jurídicas são executados. E há um acto de positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta mas apenas pressuposta.

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

g) *Jurisprudência*

a) *O carácter constitutivo da decisão judicial*

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

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 *questio facti* como também à *questio juris*. Depois de realizardas 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-«dicação» («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. *ib/ra*.

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 (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 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 succede 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 delicto, 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 o tribunal deve mandar aplicar a este indivíduo 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 coação. 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 delicto 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 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 delicto, embora, na opinião das partes, nenhum delicto tenha sido cometido. Neste último caso, pode a realização do delicto ser de novo verificada no processo de recurso ou, quando pelo tribunal de recurso seja verificada a não existência de um delicto, 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 delicto ter sido praticado por um outro indivíduo que não o condenado ou de o delicto 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 — 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 à 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 (permittida) 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 e surge plalmente 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 exacto 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 applicação de uma norma geral tida por ele como desejável, como «justa», que o legislador positivo deixou de estabelecer. Somente enquanto applicação 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 se diz — 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 applica 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 succede, v. g., quanto à extensão, a apurar pelo tribunal, dos prejuizos 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 applicar 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 applica 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 attribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem estabelecer 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 efficácia retroactiva. Uma norma jurídica tem força retroactiva quando o facto a que ella liga uma consequência do ilicito 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.

7) 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 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-

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 afasada 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 empregado 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 empregado e apenas pode receber uma acção dirigida contra o empregado, a aplicação da ordem jurídica vigente

duvida sempre há

permissa
possível
neste caso
teoria é errônea
falta a premissa necessária
norma geral
esta teoria é errônea

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 consuetudário 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 cível 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 lei 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 teoricamente 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 judice*, 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 pre-sunção não demonstrável. A intenção do legislador somente é apreensível com suficiente segurança quando adquire 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 apresente 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 teoricamente 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 aquelas 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 quando 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 trans-ferência da posse. Simplesmente não é verdade que o legislador o vendedor fica isento da obrigação de entregar a mercadoria que de indemnizar pelas perdas e danos — determinação que abertamente considera desejável quem afirma 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 entender. A determinação do processo eleitoral é deixada a uma norma de escala 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 sua 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, qual-quer reunião seria legal. A lei determina aqui um contra-senso. Como as leis são obra humana, tal possibilidade não está excluída.

5) 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 cria o precedente funciona como legislador, tal qualmente 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 delicto 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 este 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. Item, 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 entendido, 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 a descobrir o 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). Seguindo 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 imamente 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 Coleção *Studium*, com o título *A Justiça e o Direito Natural* — N. do Editor).

(2) GEORG COHN, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basel, 1935. Cfr. também KRUSEN, «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. E 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. E 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 Direitos 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 applicando 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 opposição de princípio entre dois sistemas jurídicos, deve notar-se que esta opposição

(1) Esta teoria é desenvolvida por JOHN CHIPMAN GRAY em *The Nature and Sources of the Law*, 2.ª ed., 1927. Cfr. KEILSEN, *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 contractual. Nesta hipótese, o facto condicionante da sanção civil compõe-se de duas partes integrantes: a conclusão de um contrato e uma conduta anti-contractual; 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

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.

(1) *Otr. infra.*

(2) *Cfr. supra.*