

18ª. AULA. Teorias sobre o sistema jurídico.

TEXTO:

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, Tradução de João Baptista Machado, 4.ed., Coimbra, Arménio Amado, 1976, ps. 267 a 285.

CASO PRÁTICO: O CASO DO RITUAL RELIGIOSO

Tamires é uma trabalhadora, casada há vários anos com Orestes, mãe de Ema, 8 anos, e Josias, 6 anos. O casal é frequentador fervoroso de uma seita, que envolve rituais semi-sacrificiais, com o uso de sangue humano. Os rituais não pedem nunca que a “entrega” dos fiéis se dê com base em quaisquer tipos de doações financeiras, mas exige que os rituais estejam espiritualmente completos, com a doação de sangue humano jovem. Essas doações são constantes, pois os rituais são semanais.

Ema e Josias frequentam a mesma escola pública municipal, e são acompanhados em seu desenvolvimento educacional por professores e professoras. A enfermeira da escola, notando picadas e pequenos hematomas nos braços das crianças, e, percebendo uma constante frequência, principalmente de Ema, ao ambulatório, com quadros de “fraqueza”, de “sonolência” e de “anemia”, conversa com a Direção da escola, e apresenta uma desconfiança de que algo está errado. A Direção conversa com os pais, que dizem estar tudo sob controle e que nada há de irregular, e que a Escola não deveria se “meter em assuntos familiares”. A Direção, então, resolve fazer uma denúncia ao Conselho da Criança e do Adolescente.

Com base no art. 136, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, havendo vestígios de lesões corporais, o Ministério Público é acionado, e questão vai a juízo.

Em sua defesa, os pais dizem ser praticantes de uma religião, alegando que o Brasil é um país de matriz religiosa sincrética e diversa, e, ainda, que a Constituição Federal (art. 5º, inciso VI) lhes concede total liberdade religiosa, sabendo-se que “*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e a suas liturgias*”.

Respalhando-se nos arts. 16 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público apresenta argumentação em favor da defesa da criança, alegando terem os pais se excedido no exercício do poder familiar, estando a invadir a seara da liberdade das crianças, que sequer tem juízo religioso devidamente formado.

Diante do caso:

1. Enquanto membro do Ministério Público, apresente uma leitura consistente do sistema jurídico, considerando a relação entre “dignidade humana”, “integridade física” e “liberdade religiosa”, com base em argumentos legais e constitucionais;
2. Enquanto advogado(a) de defesa, elabore a defesa dos réus, considerando que estão no exercício de sua liberdade religiosa e no âmbito do poder familiar;
3. Ao proferir a decisão judicial, verifique se existe lacuna, antinomia jurídica, e, ainda se existe colisão de direitos fundamentais, e se é necessário o recurso à técnica do diálogo das fontes ou à técnica da ponderação.

COLECCÃO STUDIUM

TEMAS FILOSÓFICOS, JURÍDICOS E SOCIAIS

HANS KELSEN

ANTIGO PROFESSOR DAS UNIVERSIDADES
DE VIENA E COLÓNIA

TEORIA PURA DO DIREITO

4.^a EDIÇÃO

TRADUÇÃO DE

DR. JOÃO BAPTISTA MACHADO

PROFESSOR DA FACULDADE DE ECONOMIA DO PORTO

ARMÉNIO AMADO — EDITOR, SUCESSOR — COIMBRA

V. Dinâmica Jurídica

34. O fundamento de validade de uma ordem normativa: a norma fundamental

a) *Sentido da questão relativa ao fundamento de validade*

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?

Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo «vale» (é «vigente»), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. Já anteriormente, num outro contexto, explicámos que a questão do por que é que a norma vale — quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir por tal forma — não pode ser respondida com a simples verificação de um facto da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal facto. Do facto de algo ser não pode seguir-se que algo *deve* ser; assim como do facto de algo *dever* ser se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o facto de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou

supra-humano: assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o facto de Deus, Jehova, os ter dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar os nossos inimigos porque Jesus, o Filho de Deus, o ordenou no Sermão da Montanha. Em ambos os casos, porém, o fundamento de validade, não expresso mas pressuposto, não é o facto de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo tempo e lugar, mas uma norma: a norma segundo a qual devemos obedecer às ordens ou mandamentos de Deus, ou aquela outra segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de Seu Filho. Em todo o caso, no silogismo cuja premissa maior é a proposição de dever-ser que enuncia a norma superior: devemos obedecer aos mandamentos de Deus (ou aos mandamentos de Seu Filho), e cuja conclusão é a proposição de dever-ser que enuncia a norma inferior: devemos obedecer aos Dez Mandamentos (ou ao mandamento que nos ordena que amemos os inimigos), a proposição que verifica (afirma) um facto da ordem do ser: Deus estabeleceu os Dez Mandamentos (ou o Filho de Deus ordenou que amássemos os inimigos), constitui, como premissa menor, um elo essencial. Premissa maior e premissa menor, ambas são pressupostos da conclusão. Porém, apenas a premissa maior, que é uma proposição de dever-ser, é *conditio per quam* relativamente à conclusão, que também é uma proposição de dever-ser. Quer dizer, a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. A proposição de ser que funciona como premissa menor é apenas *conditio sine qua non* relativamente à conclusão. Quer dizer: o facto da ordem do ser verificado (afirmado) na premissa menor não é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão.

A norma afirmada na premissa maior, segundo a qual devemos observar os mandamentos de Deus (ou do Seu Filho), está contida no pressuposto de que as normas, cujo fundamento de validade está em questão, provêm de uma autoridade, quer dizer, de alguém que tem capacidade, ou seja, competência para estabelecer normas válidas. Esta norma confere à personalidade legiferante «autoridade» para estatuir normas. O facto de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma

autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas.

Como já notámos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito (¹).

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O facto de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.

b) O princípio estático e o princípio dinâmico

Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo

(¹) Cfr. *supra*.

estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade. Da norma segundo a qual devemos amar o nosso próximo podemos deduzir as normas: não devemos fazer mal ao próximo, não devemos, especialmente, causar-lhe a morte, não devemos prejudicá-lo moral ou fisicamente, devemos ajudá-lo quando precise de ajuda. Talvez se pense que a norma da veracidade e a norma do amor do próximo se podem reconduzir a uma norma ainda mais geral e mais alta, porventura a norma: estar em harmonia com o universo. Sobre ela poderia então fundar-se uma ordem moral comprensiva. Como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão do geral para o particular. Esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica. Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático.

Só que a norma de cujo conteúdo outras normas são deduzidas, como o particular do geral, tanto quanto ao seu fundamento de validade como quanto ao seu teor de validade, apenas pode ser considerada como norma fundamental quando o seu conteúdo seja havido como imediatamente evidente. De facto, fundamento e teor de validade das normas de um sistema moral são muitas vezes reconduzidos a uma norma tida como imediatamente evidente. Dizer que uma norma é imediatamente evidente significa que ela é dada na razão, com a razão. O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prá-

tica, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é — como se mostrará — insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um acto de vontade. Por isso, não pode haver qualquer norma imediatamente evidente. Quando uma norma da qual se deriva o fundamento de validade e o conteúdo de validade de normas morais é afirmada como imediatamente evidente, é porque se cre que ela é posta pela vontade de Deus ou de uma outra vontade supra-humana, ou porque foi produzida através do costume e, por essa razão, — como acontece com tudo o que é consuetudinário — é havida como per si evidente (natural). Trata-se, portanto, de uma norma estabelecida por um acto de vontade. A sua validade só pode, em última análise, ser fundamentada através de uma norma pressuposta por força da qual nos devemos conduzir de harmonia com os comandos da autoridade que a estabelece ou em conformidade com as normas criadas através do costume. Esta norma apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas. Estas formam um sistema dinâmico de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio dinâmico.

O tipo dinâmico é caracterizado pelo facto de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um facto produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou — o que significa o mesmo — uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. Um exemplo aclarará este ponto. Um pai ordena ao filho que vá à escola. A pergunta do filho: por que devo eu ir à escola, a resposta pode ser: porque o pai assim o ordenou e o filho deve obedecer às ordens do pai. Se o filho continua a perguntar: por que devo eu obedecer às ordens do pai, a resposta pode ser: porque Deus ordenou a obediência aos pais e nós devemos obedecer às ordens de Deus. Se o filho pergunta por que devemos obedecer às ordens de Deus, quer dizer, se ele põe em questão a validade desta norma, a resposta é que não podemos sequer pôr em questão tal norma, quer dizer, que não podemos procurar o fundamento da sua validade, que apenas a podemos pressupor. O conteúdo da norma que constitui o ponto de partida: o filho deve ir à escola, não pode ser deduzido desta norma fundamental. Com efeito, a norma fun-

damental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema. A norma que constitui o ponto de partida da questão não vale por força do seu conteúdo, ela não pode ser deduzida da norma pressuposta através de uma operação lógica. Tem de ser posta por um acto do pai e vale — utilizando a formulação corrente — porque foi posta dessa maneira ou, formulando correctamente, porque se pressupõe como válida uma norma fundamental que, em última linha, estatui este modo de fixar as normas. Uma norma pertence a um ordenamento que se apoia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental — e não porque tem um determinado conteúdo. A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam este sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de actos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas deste sistema. Um outro exemplo: numa comunidade social, numa tribo, vale a norma segundo a qual um homem que tome uma mulher por esposa tem de pagar ao pai ou ao tio da noiva um determinado dote. Se ele pergunta por que é que deve fazer isto, a resposta é: porque nesta comunidade desde sempre se tem pago o preço da noiva, quer dizer: porque existe o costume de pagar o preço da noiva e porque se pressupõe como evidente que o indivíduo se deve conduzir como se costumam conduzir todos os outros membros da comunidade. Esta é a norma fundamental da ordem normativa que constitui esta comunidade. Ela institui o costume como um facto criador de normas. Os dois exemplos representam o tipo dinâmico de um sistema de normas.

O princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e na mesma norma quando a norma fundamental pressuposta se limita, segundo o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora e esta mesma autoridade ou uma outra por ela instituída não só estabelecem normas pelas quais delegam outras autoridades legisladoras mas também normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e das quais — como o particular do geral — podem ser deduzidas novas normas através de uma operação lógica. Nos Dez Man-

damentos não só se instituem os pais como autoridade legislativa mas também se fixam normas gerais a partir de cujo conteúdo podem ser logicamente deduzidas normas particulares sem que seja necessário um acto legislativo, como v. g. a norma: Não farás imagens (ou ídolos), etc. A partir do Mandamento do Amor posto por Cristo pode logicamente deduzir-se uma pluralidade de normas morais. Na fundamentação das normas que são logicamente deduzidas do Mandamento de Deus e do Mandamento de Cristo entra em aplicação o princípio estático; na fundamentação do Mandamento de Deus pela norma fundamental: devemos obedecer aos mandamentos de Deus, e da validade do Mandamento de Cristo pela norma fundamental: devemos obedecer aos mandamentos de Cristo, entra em aplicação o princípio dinâmico.

c) O fundamento de validade de uma ordem jurídica

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um carácter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada — em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo facto de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão. A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas — como o particular do geral — normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas

através de um acto especial de criação (*). São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva. Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos — através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume — devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o acto constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objectivamente interpretados como factos produtores de normas; quando — no último caso — o indivíduo ou a assembleia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste

(*) MEYER, *op. cit.*, pp. 20-21, nega a possibilidade de deduzir logicamente da norma fundamental uma ordem jurídica de normas concretas. Isto é sem dúvida verdade, mas não atinge a Teoria Pura do Direito que afirma que, da norma fundamental, apenas podemos deduzir o fundamento de validade e não o conteúdo das normas jurídicas concretas. Por isso WENBERG compreende mal a teoria da norma fundamental quando afirma, a pp. 266 da *op. cit.*: «KELSEN mantém que todo o sistema jurídico contém uma única norma básica. (*Grundnorm*) da qual todas as restantes normas do sistema são extraídas por conclusão». (Em inglês no original — N. T.). A norma fundamental não está «contida» numa ordem jurídica positiva, pois ela não é uma norma positiva, isto é, posta, mas uma norma pressuposta pelo pensamento jurídico; e, se WENBERG com a afirmação: «as restantes normas são «derivadas» da norma básica, quer dizer que as normas da ordem jurídica — o seu conteúdo portanto — «resultam» da norma fundamental, isso não corresponde à verdade, pois da norma fundamental resulta apenas a validade objectiva das normas e não as normas preenchidas de conteúdo. WENBERG objecta contra a teoria da norma fundamental: «Se temos uma série finita de normas, P, ..., Pn, podemos sempre combiná-las na simples regra conjuntiva, P, &... & Pn. Quando acentua que cada sistema jurídico é derivado de uma única norma, pretende Kelsen afirmar que cada sistema é derivado de uma norma básica que não é equivalente a um somatório de múltiplas normas?» (Em inglês no original — N. T.). Evidentemente que a norma fundamental não significa o mesmo que a soma de todas as normas positivas de uma ordem jurídica. Ela é uma norma diferente destas normas e representa o seu fundamento de validade: uma norma pressuposta, não uma norma posta.

sentido, a norma fundamental é a instauração do facto fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo acto de um órgão jurídico; não é uma norma positiva, mas uma norma pre-suposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. Nas páginas que seguiremos vamos considerar apenas a ordem jurídica estadual, quer dizer, uma ordem jurídica cuja validade é limitada a um determinado espaço, o chamado território do Estado, e é tida como soberana, quer dizer, como não subordinada a qualquer ordem jurídica superior. O problema do fundamento de validade das normas de uma ordem jurídica estadual começará por ser tratado sempre em conta uma ordem jurídica internacional havida como supra-ordenada ou subordinada àquela ordem jurídica.

A questão do fundamento de validade de uma norma jurídica que pertence a uma determinada ordem jurídica estadual pode pôr-se — como já notámos num outro ponto — a propósito de um acto de coerção, v. g. quando um indivíduo tira a outro compulsoriamente a vida, provocando a sua morte por enforcamento, e então se pergunta por que é que este acto é um acto jurídico, a execução de uma pena, e não um homicídio. Um tal acto apenas pode ser interpretado como acto jurídico, como execução de uma pena, e não como homicídio, quando é estatuído por uma norma jurídica, a saber, uma norma jurídica individual, ou seja, quando é posto como devido (devendo-ser) por uma norma que se apresenta sob a forma de sentença judicial. Levanta-se, assim, a questão de saber sob que pressupostos é possível uma tal interpretação, por que é que no caso presente se trata de uma sentença judicial, por que é que vale a norma individual por ela estabele-

cida, por que é uma norma jurídica válida, por que pertence a uma ordem jurídica válida e, portanto, deve ser aplicada. A resposta a esta questão é: porque esta norma individual foi posta em aplicação da lei penal que contém uma norma geral por força da qual, sob os pressupostos que no caso vertente se apresentam, deve ser aplicada a pena de morte. Se se pergunta pelo fundamento de validade desta lei penal, tem-se como resposta: a lei penal vale porque foi ditada pela corporação legislativa e esta recebe de uma norma da Constituição estadual o poder de fixar normas gerais. Se se pergunta pelo fundamento de validade da Constituição estadual, na qual se funda a validade de todas as normas gerais e a validade das normas individuais produzidas com base nestas normas gerais, quer dizer, se se pergunta pelo fundamento de validade das normas que regulam a criação das normas gerais enquanto determinam através de que órgãos e de que processos as normas gerais devem ser criadas, seremos talvez conduzidos a uma Constituição estadual mais antiga. Quer dizer: fundamentamos a validade da Constituição estadual existente no facto de ela ter surgido de conformidade com as determinações de uma Constituição estadual anterior pela via de uma alteração constitucional constitucionalmente operada, o que, por sua vez, significa: de acordo com uma norma positiva estabelecida por uma autoridade jurídica. Assim se chega finalmente a uma Constituição estadual que é historicamente a primeira, a qual já não surgiu por um processo idêntico e cuja validade, portanto, não pode ser reconduzida à de uma outra procedente de uma norma positiva fixada por uma autoridade jurídica, mas é uma Constituição estadual que surgiu revolucionariamente, quer dizer, rompendo com uma Constituição anteriormente existente, ou, então, veio a surgir com validade para um domínio que anteriormente não era abrangido pelo domínio de validade de uma Constituição estadual e de uma ordem jurídica estadual sobre ela apoiada. Se se toma apenas em consideração a ordem jurídica estadual — e não também o direito internacional —, e se se pergunta pelo fundamento de validade de uma Constituição estadual que foi historicamente a primeira, quer dizer, de uma Constituição que não veio à existência pela via de uma modificação constitucional de uma Constituição estadual anterior, então a resposta — se renunciarmos a reconduzir a validade da Constituição estadual e a validade das normas,

criadas em conformidade com ela a uma norma posta por uma autoridade metajurídica, como Deus ou a natureza — apenas pode ser que a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constituiu uma norma vinculante, tem de ser *pressuposta* para que seja possível interpretar os actos postos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas e os actos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação ou aplicação de normas jurídicas individuais válidas. Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjectivo dos factos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objectivo. Como essa norma é a norma fundamental de uma ordem jurídica, isto é, de uma ordem que estatui actos coercivos, a proposição que descreve tal norma, a proposição fundamental da ordem jurídica estadual em questão, diz: devem ser postos actos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela. (Em forma abreviada: Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve). As normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é esta norma fundamental não são — como o mostra a recondução à norma fundamental anteriormente descrita — um complexo de normas válidas colocadas umas ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras. Esta estrutura da ordem jurídica será mais tarde versada com mais pormenor.

d) *A norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental*

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efectivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e imediatamente se refere à ordem coer-

citiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. (1) A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjectivo de um acto constituinte e dos actos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objectivo, quer dizer: como normas jurídicas objectivamente válidas. Somente quando pressupozmos esta norma fundamental referida a uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer: somente quando pressupozmos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjectivo do acto constituinte e dos actos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objectivo, quer dizer, como normas jurídicas objectivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas.

Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efectivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo.

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjectivo do facto constituinte e dos factos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objectivo, quer dizer, como normas objectivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica — e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito

(1) Mais tarde se falará no caso especial de uma norma fundamental que se não refere imediatamente a uma Constituição e se não refere apenas imediatamente à ordem jurídica criada de acordo com ela, mas se refere imediatamente a esta mesma ordem jurídica. Cfr. *infra*. Este caso particular não é considerado na exposição subsequente. Esta tem apenas em vista o caso normal: uma norma fundamental que se refere imediatamente a uma Constituição.

da teoria do conhecimento de KANT —, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como KANT pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda a metafísica, dos factos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjectivo de certos factos como um sistema de normas jurídicas objectivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupozmos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjectivo do acto de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objectiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de actos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjectivo destes actos como seu sentido objectivo. A fundamentação da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um acto de vontade) que prescreve uma determinada conduta, realiza-se através de um processo silogístico. Neste silogismo a premissa maior é uma norma considerada como objectivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjectivo destes actos de comando; a premissa menor é a afirmação do facto de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjectivo do acto de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objectivo. Por exemplo: Devemos obedecer às ordens de Deus. Deus ordenou que obedecemos às ordens dos nossos pais. Logo, devemos obedecer às ordens de nossos pais.

A norma afirmada como objectivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objectiva já não pode ser posta em questão. Ela já

não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. El não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do facto de que esta norma foi posta pelo acto de vontade de uma pessoa já não é possível como premissa menor de um silogismo. E este o caso se a pessoa a cujos ordens devemos obedecer por força da norma agora em questão é considerada como a autoridade mais alta, v. g., se esta pessoa é Deus. Se a validade de uma norma não pode ser fundamentada desta maneira, tem de ser posta como premissa maior no topo de um silogismo, sem que ela própria possa ser afirmada como conclusão de um silogismo que fundamente a sua validade. Quer isto dizer: é *pressuposta* como norma fundamental. Por isso a norma: devemos obedecer às ordens de Deus, como fundamentação da validade da norma: devemos obedecer às ordens dos nossos pais, é uma norma fundamental. Com efeito, uma ética teológica que considera Deus como a mais elevada instância legislativa não pode afirmar o facto de que qualquer outra pessoa ordenou que obedegamos à vontade de Deus. Esta seria na verdade uma autoridade supra-ordenada a Deus. E se a norma: devemos obedecer às ordens de Deus, é aceite como posta por Deus, não poderá ser fundamento de validade das normas postas por Deus, pois que também ela é uma norma posta por Deus. Também a ética teológica como tal não pode fixar esta norma, quer dizer, ordenar que obedegamos às ordens de Deus, pois, como conhecimento, ela não pode ter uma autoridade legiferante. A norma: devemos obedecer às ordens de Deus, não pode, portanto, como norma fundamental, ser o sentido subjectivo do acto de vontade de qualquer pessoa. Se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjectivo de um acto de vontade, então apenas pode ser o conteúdo de um acto de pensamento. Por outras palavras: se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objectiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada (1).

(1) Uma norma pensada não é uma norma cujo conteúdo seja imediatamente evidente. A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva, a seguir formulada, não é de forma alguma imediatamente evidente. Cf. *infra*.

Como uma ciência jurídica positivista considera o autor da Constituição que foi historicamente a primeira como a autoridade jurídica mais alta e, por isso, não pode afirmar que a norma: «devemos obedecer às ordens do autor da Constituição» é o sentido subjectivo do acto de vontade de uma instância supra-ordenada ao autor da Constituição — v. g. Deus ou a natureza —, ela não pode fundamentar a validade desta norma num processo silogístico. Uma ciência jurídica positivista apenas pode constatar que esta norma é pressuposta como norma fundamental — no sentido que acabámos de patentear — na fundamentação da validade objectiva das normas jurídicas e bem assim na interpretação de uma ordem coercitiva globalmente eficaz como um sistema de normas jurídicas objectivamente válidas (1). Como esta norma

(1) KARL ENGELSCHE, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, p. 11 e ss., aceita realmente, em princípio, a teoria da norma fundamental, mas é encontrado a norma fundamental na Constituição de Direito positivo. É-mos lícito, diz ele, «se não queremos permanecer prisioneiros do domínio formal», interpretar (a norma fundamental) no sentido de uma regra que legitima as mais altas instâncias chamadas a exercer a criação legislativa, «é uma regra que atribui o poder legislativo mais alto, do qual quaisquer outros são recebidos por delegação, nos Estados parlamentares, e. g., a uma representação do povo e, na Alemanha de hoje [1935], ao Reichskanzler e ao Führer». «Como é patente, nós tomámos a «Grundnorm» inteiramente pelo seu conteúdo: primeiro, porque uma Constituição concreta pode ter um conteúdo muito mais amplo que as regras sobre a criação do Direito; segundo, porque a Constituição, mesmo que a tomemos apenas nas suas partes que se ocupam da criação do Direito, frequentemente só significa um maior desenvolvimento e precisão daquilo que já anteriormente estava implicitamente contido numa norma fundamental — porventura proclamada e reconhecida por uma revolução —; terceiro, porque a Constituição pode sofrer modificações — e juntamente com base na norma fundamental — também quanto àquelas partes que se ocupam da criação jurídica, modificações essas que não afectam a existência da norma fundamental». Quer dizer: ENGELSCHE «distingue» a norma fundamental da Constituição somente na medida em que a não identifica com o documento chamado «Constituição», com a Constituição em sentido formal; mas designa como «norma fundamental» uma norma de Direito positivo, aquilo, portanto, que aqui designamos como Constituição em sentido material. De acordo com isto, rejeita uma interpretação lógico-jurídica da norma fundamental. Que a Constituição (no sentido material da palavra) é o fundamento jurídico-positivo do processo de criação jurídica — e não é outra coisa o que significa a «norma fundamental» que ENGELSCHE tem em vista —, é coisa evidente para cuja verificação se não torna necessária qualquer teoria espe-

fundamental não é uma norma querida e, por isso, também não pode ser uma norma querida pela ciência jurídica (quer dizer: pelo sujeito que faz ciência jurídica), e tal norma (melhor: a sua

dial da norma fundamental. O problema que a Teoria Pura do Direito procura resolver com a teoria da norma fundamental somente se levanta quando se põe a questão de saber qual é o fundamento de validade da Constituição jurídico-positiva, e a norma que é este fundamento de validade não pode ser qualquer norma positiva, quer dizer, posta — só pode ser uma norma pressuposta. Quando se fecham os olhos à necessidade teórica de pôr esta questão, também se não poderá ver o carácter «lógico-jurídico» da norma fundamental da Teoria Pura do Direito.

Também EDMAR TAMMELO, *Drei rechtphilosophische Aufsätze*, WUNSBOACH e HEIDELBERG, 1948, p. 13, opina que «não é viável considerar a norma fundamental simplesmente como um dado lógico-jurídico ou gnoseológico-jurídico, e não ao mesmo tempo como norma jurídico-positiva, pois a rejeição desta última qualidade conduziria à lógica consequência de que também as normas jurídicas e aos sistemas de normas que sobre ela se baseiam não cabe qualquer positividade». Esta objecção não cobre porque a positividade de uma ordem jurídica não assenta sobre a norma fundamental, não é derivada dela. Da norma fundamental somente se deriva a validade objectiva de uma ordem coerciva positiva, isto é, efectivamente posta e globalmente eficaz. A positividade consiste no efectivo estabelecimento e eficácia das normas. TAMMELO presume que a norma fundamental pertence àquele grupo de normas «que são *implícitamente* dadas nos textos legislativos assim como nas formas de expressão do Direito consuetudinário e que são constituídas ao proceder-se à elaboração do material jurídico-positivo e a partir destes». Já no texto acima mencionamos por que é que a norma fundamental não pode ser considerada como *co-estabelecida* (posta) nos actos de vontade legitimantes, especialmente no acto constituinte. Certo é apenas que os órgãos legitimantes, quando interpretem como normas objectivamente válidas o sentido subjectivo do acto constituinte e dos actos postos com fundamento na Constituição, pressupõem a norma fundamental.

EDWIN W. PATTERSON, *Jurisprudence. Men and Ideas of the Law*, Brooklyn, The Foundation Press, Inc., 1953, p. 282 e ss., objecta contra a teoria da norma fundamental: «o suposto de que a constituição é válida e de que as leis criadas em conformidade com ela são válidas... depende em último termo da autoridade política não somente das entidades oficiais que criaram a constituição mas também daquelas que mantêm e sustentam aquela mesma constituição na actualidade. Isto é algo que está para além da constituição e das normas criadas em conformidade com ela». (Em inglês no original — N. T.). A admissão de que a Constituição e as normas criadas de acordo com ela são válidas não depende de forma alguma da autoridade do autor da Constituição. Com efeito, a suposição de que a Constituição é válida é idêntica à

afirmação) é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objectiva das normas jurídicas positivas, ela apenas pode ser uma norma pensada, e uma norma que é pensada como pres-

suposição de que o autor da Constituição é uma «autoridade», a mais alta autoridade jurídica. A norma fundamental responde à questão de saber qual é o fundamento desta autoridade. Neste sentido ela está de facto «fora da constituição» («outside the constitution»). Quem são aqueles que mantêm a Constituição («maintain and uphold»)? Pois são os indivíduos que criaram a Constituição e os indivíduos que aplicam a Constituição enquanto criam normas de conformidade com ela e fazem a aplicação destas normas. Nisto reside a eficácia da Constituição e da ordem jurídica criada de harmonia com ela. A esta eficácia se refere claramente PATTERSON. A norma fundamental faz desta eficácia um pressuposto da validade. — PATTERSON diz ainda: «a autoridade política do sistema jurídico... depende também da presente situação política». (Em inglês no original — N. T.). Também com esta afirmação ele se refere à eficácia da ordem jurídica. Esta é, como acentua a Teoria Pura do Direito, pressuposto e não fundamento da validade. Diz PATTERSON: «num conceito global, se procuramos uma explicação simples daquilo que faz com que um esquema de poder no papel seja ou se torne num esquema de poder eficaz (em acção), o hábito da obediência de AUSLIN e BENTHAM parece melhor explicação do que a norma fundamental». (Em inglês no original — N. T.). Isto mostra claramente que a questão que PATTERSON tem em vista é a questão da origem e eficácia da ordem jurídica e não de forma alguma, pois, a questão, que daquela se distingue, do fundamento da validade. A sua polémica não atinge o alvo.

PATTERSON objecta (p. 390) contra a norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental (no sentido da teoria do conhecimento de KANT): «A teoria de KEULEN não diz ao jurista ou ao homem público qual o escopo a visar quando se cria uma nova lei. Falta-lhe uma axiologia jurídica...» (Em inglês no original — N. T.). Mas também sob este aspecto existe analogia com a lógica transcendental de KANT. Assim como os pressupostos lógico-transcendentais do conhecimento da realidade natural não determinam por forma alguma o conteúdo das leis naturais, assim também a norma fundamental não pode determinar o conteúdo das normas jurídicas ou das proposições jurídicas que descrevem as normas jurídicas. Assim como só podemos obter o conteúdo das leis naturais a partir da experiência, assim também só podemos obter o conteúdo das proposições jurídicas a partir do Direito positivo. A norma fundamental tão-pouco prescreve ao Direito positivo um determinado conteúdo, tal como os pressupostos lógico-transcendentais da experiência não prescrevem um conteúdo a esta experiência. Aí reside precisamente a diferença entre a lógica transcendental de KANT e a especulação metafísica por ele rejeitada, entre a Teoria Pura do Direito e uma teoria metafísica do Direito do tipo da doutrina do Direito natural.

suposto quando uma ordem coercitiva globalmente eficaz é interpretada como um sistema de normas jurídicas válidas. Como a norma fundamental não é uma norma querida, nem mesmo pela ciência jurídica, mas é apenas uma norma pensada, a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa com a verificação da norma fundamental. Ela não presereve que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição. Permanece conhecimento, mesmo na sua verificação teorético-gnoseológica de que a norma fundamental é a condição sob a qual o sentido subjectivo do acto constituinte e o sentido subjectivo dos actos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido objectivo, como normas válidas, até mesmo quando ela própria o pensa desta maneira (1).

Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem — quase sempre inconscientemente — quando não concebem os eventos acima referidos como factos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjectivo como normas objectivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica — quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade supra-ordenada à autoridade jurídica —; quando concebem o Direito exclusivamente como Direito positivo. A teoria da norma fundamental é somente o resul-

(1) A questão: quem pressupõe a norma fundamental? responde a Teoria Pura do Direito: todo aquele que pensa (interpreta) o sentido subjectivo do acto constituinte e dos actos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objectivo, quer dizer, como normas objectivamente válidas. Esta interpretação (este pensar assim o referido sentido objectivo) é função do conhecimento, não da vontade. Como a ciência jurídica, enquanto conhecimento, apenas pode descrever normas, e não ditá-las ou prescrevê-las e, portanto, não pode estabelecer normas, eu cheguei incidentalmente a manifestar («Was ist ein Rechtsakt?», *Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht*, 4. Bd., 1952, p. 271) reservas quanto à ideia de que a norma fundamental fosse também pressuposta pela ciência jurídica. Estas reservas são afastadas pela análise da distinção, apresentada no texto, que existe entre o pôr (establish) e o pressupor de uma norma.

tado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado.

e) *A unidade lógica da ordem jurídica; conflitos de normas*

Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas. Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem. Não pode naturalmente negar-se a possibilidade de os órgãos jurídicos efectivamente estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras. Quer dizer que eles põem actos cujo sentido subjectivo é um dever-ser e que, quando este sentido é também pensado (interpretado) como o seu sentido objectivo, quando esses sentidos são considerados como normas, estas normas entram em conflito umas com as outras. Um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela. Assim sucede, por exemplo, quando uma das normas determina que o adultério deve ser punido e a outra que o adultério não deve ser punido; ou quando uma determina que o furto deve ser punido com a morte e a outra determina que o furto deve ser punido com prisão (e, portanto, não é com a morte que deve ser punido). Este conflito não é, como anteriormente mostrámos (1), uma contradição lógica no sentido estrito da palavra, se bem que se costume dizer que as duas normas se «contradizem». Com efeito, os princípios lógicos, e particularmente o princípio da não contradição, são aplicáveis a afirmações que podem ser verdadeiras ou falsas; e uma contradição lógica entre duas afirmações consiste em que apenas uma ou a outra pode ser verdadeira; em que, se uma é verdadeira, a outra tem de ser falsa. Uma norma, porém, não é verdadeira nem falsa, mas válida ou não válida. Contudo, a asserção (enunciado) que descreve uma ordem normativa afirmando que, de acordo com

(1) Cfr. *supra*.