

COLEÇÃO STUDIUM

TEMAS FILOSÓFICOS, JURÍDICOS E SOCIAIS

HANS KEISEN

ANTIGO PROFESSOR DAS UNIVERSIDADES
DE VIENA E COLÓNIA

TEORIA PURA DO DIREITO

6.ª EDIÇÃO

TRADUÇÃO DE

DR. JOÃO BAPTISTA MACHADO

DOUTORADO PELA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA E
PROFESSOR DA FACULDADE DE ECONOMIA DO PORTO

ARMÉNIO AMADO — EDITORA
COIMBRA — 1984

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 prescreve que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição. Permanece conhecido, mesmo na sua verificação teórico-gnoseológica de que a norma fundamental é a condição sob a qual o sentido subjetivo do acto constituinte e o sentido subjetivo 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 subjetivo 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 subjetivo 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 digno 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?» Österreicheische Zeitschrift für Öffentliches 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 «pör.» (estabelecer) 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 elas põem actos cujo sentido subjetivo 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*.

esta ordem, uma determinada norma é válida, e, especialmente, a proposição jurídica, que descreve uma ordem jurídica afirmando que, de harmonia com essa mesma ordem jurídica, sob determinados pressupostos deve ser ou não deve ser posto um determinado acto coercivo, podem — como se mostrou — ser verdadeiras ou falsas. Por isso, os princípios lógicos em geral e o princípio da não contradição em especial podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem normas de Direito e, assim, indirectamente, também podem ser aplicados às normas jurídicas. Não e, portanto, intrinsecamente descabido dizer-se que duas normas jurídicas se «contradizem» uma à outra. E, por isso mesmo, somente uma delas pode ser tida como objectivamente válida. Dizer que A deve ser e que não deve ser ao mesmo tempo, é tão sem sentido como dizer que A é e não é ao mesmo tempo. Um conflito de normas representa, tal como uma contradição lógica, algo de sem sentido.

Como, porém, o conhecimento do Direito — como todo o conhecimento — procura apreender o seu objecto como um todo de sentido e descrevê-lo em proposições isentas de contradição, ele parte do pressuposto de que os conflitos de normas no material normativo que lhe é dado — ou melhor: proposto — podem e devem necessariamente ser resolvidos pela via da interpretação. Como a estrutura da ordem jurídica é uma construção escalonada de normas supra- e infra-ordenadas umas às outras, em que uma norma do escalão superior determina a citação da norma do escalão inferior, o problema do conflito de normas dentro de uma ordem jurídica põe-se de forma diferente conforme se trata de um conflito entre normas do mesmo escalão e de um conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior. Aqui começaremos por tomar em conta apenas os conflitos entre normas do mesmo escalão. Se se trata de normas gerais que foram estabelecidas por um e mesmo órgão mas em diferentes ocasiões, a validade da norma estabelecida em último lugar sobreleva à da norma fixada em primeiro lugar e que a contradiz, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*. Como o órgão legislativo — v. g. o monarca ou o parlamento — é normalmente competente para a produção de normas modificáveis e, portanto, derogáveis, o princípio *lex posterior derogat priori* pode ser considerado como incluído, co-envolvido, na atribuição da competência. Este princí-

pio também encontra aplicação quando as normas que estão em conflito são estabelecidas por dois órgãos diferentes, quando, por exemplo, a Constituição atribui ao monarca e ao parlamento poder (competência) para regular o mesmo objecto através de normas gerais, ou a legislação e o costume são instituídos como factos produtores de Direito.

As normas que estão em conflito umas com as outras podem ser postas ao mesmo tempo, isto é, com um só acto do mesmo órgão, por tal forma que o princípio da *lex posterior* não possa ser aplicado. Assim sucede quando numa e mesma lei se encontram duas disposições que se contrariam uma à outra, tais como aquelas que prescrevessem que o adúltero deve ser punido e que não deve ser punido, que todo aquele que comete um delito determinado por lei deve ser punido e que as pessoas com menos de 14 anos não devem ser punidas. Então haveria as seguintes possibilidades de resolver o conflito: Ou se entendem as duas disposições no sentido de que é deixada ao órgão competente para a aplicação da lei, a um tribunal, por exemplo, a escolha entre as duas normas; ou quando — como no segundo exemplo — as duas normas só parcialmente se contradizem, que uma norma limita a validade da outra. A proposição jurídica que descreve o Direito não diz: se alguém comete adultério deve ser punido e não deve ser punido, mas: se alguém comete adultério deve ser punido ou não deve ser punido; e não: todo aquele que cometeu um delito previsto por lei deve ser punido e as pessoas com menos de 14 anos não devem ser punidas, mas: todo aquele que cometeu um delito previsto por lei, com excepção das pessoas de menos de 14 anos, deve ser punido. Quando nem uma nem outra interpretação sejam possíveis, o legislador prescreve algo sem sentido, temos um acto legislativo sem sentido e, portanto, algo que não é sequer um acto cujo sentido subjectivo possa ser interpretado como seu sentido objectivo. Logo, não existe qualquer norma jurídica objectivamente válida. Isto, embora o acto tenha sido posto de harmonia com a norma fundamental. Com efeito, a norma fundamental não empresta a todo e qualquer acto o sentido objectivo de uma norma válida, mas apenas ao acto que tem um sentido, a saber, o sentido subjectivo de que os indivíduos se devem conduzir de determinada maneira. O acto tem de — neste sentido normativo — ser um acto com sentido. Quando ele tem um outro sentido, por exemplo, o

NÃO CONTRADIÇÃO
K. MARX - 17/11/1910

sentido de um enunciado (v. g. de uma teoria consagrada na lei), ou não tem qualquer sentido — quando a lei contém palavras sem sentido ou disposições inconciliáveis umas com as outras —, não há qualquer sentido subjectivo a ter em conta que possa ser pensado como sentido objectivo, não existe qualquer acto cujo sentido subjectivo seja capaz de uma legitimação pela norma fundamental.

Um conflito também pode existir entre duas normas individuais, e. g. entre duas decisões judiciais, particularmente quando as duas normas foram postas por órgãos diferentes. Uma lei pode conferir competência a dois tribunais para decidir o mesmo caso, sem emprestar à decisão de um dos tribunais o poder de anular a decisão do outro. Esta é, na verdade, uma técnica jurídica muito imperfeita. Não é, porém, impossível e surge por vezes. Então pode suceder que um réu seja condenado por um dos tribunais e seja absolvido pelo outro, quer dizer: que ele, segundo uma das normas, deva ser punido, e, segundo a outra, não deva ser punido; ou que um dos tribunais dê provimento ao pedido e que o outro o rejeite, quer dizer: que, segundo uma das normas, deva ser feita execução no património do demandado e, segundo a outra norma, não deve ser feita execução no património do demandado. O conflito é resolvido pelo facto de o órgão executivo ter a faculdade de escolher entre observar uma ou outra das decisões; quer dizer: efectivar ou não efectivar a pena ou a execução civil, observar uma ou outra das normas individuais. Se é executado o acto coercivo que põe a primeira norma como devida, a outra norma permanece por muito tempo ineficaz e, assim, perde a sua validade; se o acto coercivo não é executado, observa-se a norma que absolve o demandado ou rejeita a pretensão, e a outra norma, que põe o acto coercivo como devido, permanece por longo tempo ineficaz e perde, assim, a sua validade. Esta interpretação opera-se de acordo com a norma fundamental. Com efeito, a norma fundamental determina: a coacção deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma determinados pela Constituição que seja, globalmente considerada, eficaz, pelas normas gerais, postas em conformidade com a Constituição, que sejam, de modo global, eficazes e pelas normas individuais eficazes. A eficácia é estabelecida na norma fundamental como pressuposto da validade. Se o conflito se apresenta numa e mesma decisão judicial — o que a custo

será possível, a não ser que o juiz tenha perturbações mentais —, então, estamos perante um acto sem sentido e, portanto, — como mostrámos atrás — não estamos sequer em face de uma norma jurídica objectivamente válida. Assim, a norma fundamental torna possível interpretar (pensar) o material que se apresenta ao conhecimento jurídico como um todo com sentido, o que quer dizer, descrevê-lo em proposições que não são logicamente contraditórias.

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando de harmonia com uma norma do escalão superior. Na exposição da construção escalonada da ordem jurídica se mostrará como isto sucede (1).

f) *Legitimidade e efectividade*

A significação da norma fundamental torna-se especialmente clara quando uma Constituição não é constitucionalmente modificada mas é revolucionariamente substituída por uma outra, quando a existência — isto é, a validade — de toda a ordem jurídica imediatamente assente na Constituição é posta em questão.

Como a outro propósito já foi referido, o domínio de validade de uma norma, especialmente o seu domínio temporal de validade, pode ser limitado, quer dizer: o começo e o fim da sua validade podem ser determinados, por ela própria ou por uma norma mais elevada que regula a sua produção. As normas de uma ordem jurídica valem enquanto a sua validade não termina, de acordo com os preceitos dessa ordem jurídica. Na medida em que uma ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram. As constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através

(1) Cfr. *infra*.