

TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen

Tradução
JOÃO BAPTISTA MACHADO

Martins Fontes
São Paulo 2003

teoria jusnaturalista logicamente correta não pode negar que apenas podemos pensar um Direito positivo harmônico com o Direito natural como válido se pressupusermos a norma: devemos obedecer aos comandos da natureza. É esta a norma fundamental do Direito natural. Também a doutrina do Direito natural só pode dar à questão do fundamento da validade do Direito positivo uma resposta condicional. Se afirma que a norma segundo a qual devemos obedecer às prescrições da natureza é imediatamente evidente, erra. Esta afirmação é inaceitável. Não só em geral, por não poder haver normas de conduta humana imediatamente evidentes; mas também em particular, porque esta norma não pode, ainda menos que qualquer outra, ser afirmada como imediatamente evidente. Com efeito, para a ciência a natureza é um sistema de elementos determinados pela lei da causalidade. Ela não tem uma vontade e não pode, portanto, estabelecer normas. As normas somente podem ser assumidas como imanescentes à natureza quando se admita que na natureza está a vontade de Deus. Mas dizer que Deus, através da natureza como manifestação da sua vontade — ou por qualquer outra forma — ordena aos homens que se conduzam de determinada maneira, é uma suposição metafísica que não pode ser aceita pela ciência em geral e pela ciência do Direito em particular, pois o conhecimento científico não pode ter por objeto qualquer processo afirmado para além de toda a experiência possível.

2. A estrutura escalonada da ordem jurídica

a) A Constituição

Já nas páginas precedentes por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda — em certa medida — o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e

a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental — pressuposta. A norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade de último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um ato legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição “escrita”, para a distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária. A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente. As normas não escritas da Constituição, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas; e, então, quando esta codificação é realizada por um órgão legislativo e, portanto, tem caráter vinculante, elas transformam-se em Constituição escrita.

Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como “Constituição” que — como Constituição escrita — não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial

submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual.

A produção de normas jurídicas gerais, regulada pela Constituição em sentido material, tem, dentro da ordem jurídica estadual moderna, o caráter de legislação. A sua regulamentação pela Constituição compreende a determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais — leis e decretos. Quando os tribunais também são considerados competentes para aplicar Direito consuetudinário, eles têm de receber da Constituição poder para isso — tal como o recebem para a aplicação das leis. Quer dizer: é preciso que a Constituição institua o costume, que é constituído pela conduta habitual dos indivíduos submetidos à ordem jurídica estadual — os súditos do Estado —, como fato gerador de Direito. Se a aplicação do Direito consuetudinário pelos tribunais é considerada como legal, embora na Constituição escrita não exista uma tal atribuição de poder ou autorização, essa autorização não pode — como mais tarde veremos²⁰ — ser dada numa norma da Constituição não escrita, produzida consuetudinariamente, mas tem de ser *pressuposta*, como tem de ser pressuposto que a Constituição escrita tem o caráter de norma objetivamente vinculante sempre que se consideram como normas jurídicas vinculativas as leis e os decretos de conformidade com ela editados. Nesse caso, a norma fundamental — como Constituição em sentido lógico-jurídico — institui como fato produtor de Direito não apenas o ato do autor da Constituição, mas também o costume constituído pela conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica constitucionalmente criada.

A Constituição estadual pode — como Constituição escrita — aparecer na específica forma constitucional, isto é, em normas que não podem ser revogadas ou alteradas como as leis normais mas somente sob condições mais rigorosas. Mas não tem de ser necessariamente assim; e não é assim quando nem sequer exista Constituição escrita, quando a Constituição surgiu por via consuetudinária, quer dizer: através da conduta costumeira dos indivíduos submetidos à ordem jurídica estadual, e não foi codificada. Nesse caso, também as normas que têm o caráter de Cons-

tituição material podem ser revogadas ou alteradas por leis simples ou pelo Direito consuetudinário.

É possível que o órgão que é competente para estabelecer, revogar e modificar leis constitucionais no sentido formal específico, seja diferente do órgão que é competente para estabelecer, revogar ou modificar as leis normais. Para a primeira função pode ser chamado, por exemplo, um órgão especial, diferente do órgão competente para a segunda função quanto à sua composição e quanto ao processo de eleição: v. g., um parlamento constituinte (melhor: um parlamento legislador da Constituição). No entanto, geralmente as duas funções são desempenhadas pelo mesmo órgão.

A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. É eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis — v. g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade — se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis — chefe do Estado, ministros — ou existe a possibilidade de as atacar e anular. Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derrogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que esta lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas, como sejam uma maioria qualificada ou um *quorum* mais amplo. Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional.

b) *Legislação e costume*

O escalão imediatamente seguinte ao da Constituição é constituído pelas normas gerais criadas pela legislação ou pelo costume. As Constituições dos Estados modernos instituem sempre especiais órgãos legislativos que são competentes para a produção das normas gerais a aplicar pelos tribunais e autoridades administrativas, por forma tal que, ao escalão da produção constitucional, se segue o escalão legislativo e, a este, o escalão do processo judicial e administrativo. No entanto, esta organização em três escalões não é inevitável. É possível que a Constituição não institua qualquer órgão legiferante especial, por forma a que os tribunais e autoridades administrativas sejam considerados pela Constituição imediatamente competentes para criarem eles próprios as normas que considerem adequadas ou justas para aplicar nos casos concretos. Desta possibilidade se voltará a falar mais tarde. Nas páginas seguintes começaremos por considerar apenas o caso normal: o de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo especial. A composição do órgão legislativo é um dos mais importantes fatores que determinam a chamada forma do Estado. Se é um só indivíduo, um monarca hereditário ou um ditador que alcançou revolucionariamente o poder, estamos perante uma autocracia; se é a assembléia de todo o povo ou um parlamento eleito pelo povo, temos uma democracia. Somente no caso de legislação democrática são necessárias determinações que regulem o processo legiferante, quer dizer: a participação na assembléia do povo ou na eleição do parlamento, o número dos seus membros, o processo das suas deliberações, etc. Todos estes preceitos pertencem à Constituição em sentido material, embora nem sempre apareçam na forma constitucional, mas também como simples lei. Se, ao lado do órgão legiferante normal, existe um órgão constituinte distinto e se, através de uma lei constitucional estabelecida por este último órgão — por exemplo, através de uma lei que modifique o processo legislativo — se confere competência ao órgão legiferante normal para fixar por simples lei uma regulamentação eleitoral, então o escalão da Constituição material desdobra-se em dois escalões.

As normas jurídicas gerais criadas pela via legislativa são normas conscientemente postas, quer dizer, normas estatuídas. Os atos que constituem o fato legislativo são atos produtores de normas, são atos instituidores de normas; quer dizer: o seu sentido

subjetivo é um dever-ser. Através da Constituição, este sentido subjetivo é alçado a uma significação objetiva, o fato legislativo é instituído como fato produtor de Direito. A Constituição também pode, porém, instituir como fato produtor de Direito um determinado fato consuetudinário. Este fato, como já foi referido acima²¹, é caracterizado pela circunstância de os indivíduos pertencentes à comunidade jurídica se conduzirem por forma sempre idêntica sob certas e determinadas circunstâncias, de esta conduta se processar por um tempo suficientemente longo, de por esta forma surgir, nos indivíduos que, através dos seus atos, constituem o costume, a vontade coletiva de que assim nos conduzamos. Então, o sentido subjetivo do fato que constitui o costume é um dever-ser: o sentido de que nos devemos conduzir de acordo com o costume. O sentido subjetivo do fato consuetudinário só pode, porém, ser pensado como norma jurídica objetivamente válida se este fato assim qualificado é inserido na Constituição como fato produtor de normas jurídicas.

Seguindo a jurisprudência tradicional²², afirma-se que a *opinio necessitatis* é um elemento essencial do fato consuetudinário. Quer dizer: os atos constitutivos do costume têm de ser praticados na convicção de que devem ser praticados. Esta convicção pressupõe, porém, um ato de vontade individual ou coletivo cujo sentido subjetivo é o de que nos devemos conduzir de acordo com o costume. Se o Direito consuetudinário é, tal como o Direito legislado, Direito positivo, isto é, Direito posto, tem de haver um ato de vontade individual ou coletivo cujo sentido subjetivo seja o dever-ser que é interpretado como norma objetivamente válida, como Direito consuetudinário.

Como já anteriormente acentuamos, o Direito consuetudinário apenas pode ser aplicado pelos órgãos aplicadores do Direito quando estes órgãos sejam considerados competentes para tal. Se esta competência não é atribuída pela Constituição no sentido jurídico-positivo, quer dizer: se o costume qualificado não é instituído como fato produtor de Direito em sentido jurídico-positivo, então, para que a aplicação de um Direito consuetudinário, e especialmente de um Direito consuetudinário que derroga o Direito legislado, seja considerada como juridicamente lícita, tem de se pressupor que a instituição do costume como fato produtor de Direito já se operou na norma fundamental como Constituição em sentido lógico-jurídico. Quer dizer: tem de pressupor-se uma norma fundamental que institua como fato pro-

dutor de Direito não só o fato legislativo como também o fato do costume qualificado.

Tal é também o caso quando a Constituição da comunidade jurídica surgiu não por via legislativa, mas por via consuetudinária, e se consideram os órgãos aplicadores do Direito competentes para aplicar Direito consuetudinário. Esta situação não pode ser interpretada como se o costume fosse instituído pelo produtor de Direito pela Constituição jurídico-positiva, consuetudinariamente criada. Isso seria uma *petitio principii*. Com efeito, se a Constituição jurídico-positiva, que regula a produção de normas gerais, pode ser produzida por via consuetudinária, já se tem de pressupor que o costume é um fato produtor de Direito. Esta pressuposição apenas pode ser a norma fundamental, isto é, a Constituição em sentido lógico-jurídico. Então, estamos perante a hipótese anteriormente referida²³ em que a norma fundamental, como Constituição em sentido lógico-jurídico, se não refere imediatamente a uma Constituição em sentido jurídico-positivo — só imediatamente se referindo à ordem jurídica posta em conformidade com ela — mas se refere imediatamente a esta ordem jurídica consuetudinariamente criada. Isto vale especialmente em relação à norma fundamental da ordem jurídica internacional cujas normas são produzidas pelo costume dos Estados e são aplicadas pelos órgãos de cada Estado²⁴.

O Direito legislado e o Direito consuetudinário revogam-se um ao outro, segundo o princípio da *lex posterior*. Enquanto, porém, uma lei constitucional em sentido formal não pode ser revogada ou alterada por uma lei simples mas somente através de uma outra lei constitucional, o Direito consuetudinário tem também eficácia derogatória relativamente a uma lei constitucional formal. Tem-na mesmo em face de uma lei constitucional que expressamente exclua a aplicação de Direito consuetudinário.

Contrapõe-se à concepção de que o costume é um fato produtor de Direito uma outra segundo a qual este fato não tem caráter constitutivo mas apenas caráter declaratório, segundo a qual, como afirma Savigny, “o costume é a característica que permite reconhecer o Direito positivo, e não o fundamento ou causa do seu aparecimento”²⁵. Com isto apenas se exprime a teoria sufragada pela escola histórica alemã de que o Direito não é produzido, nem pela legislação, nem pelo costume, mas apenas pelo espírito do povo, de que, tanto através de um processo como do

outro, apenas se pode constatar a existência de um Direito já anteriormente vigente. A mesma doutrina é representada por uma teoria sociológica do Direito francesa, com a diferença de que o Direito seria criado não pelo espírito do povo, mas por uma chamada *solidarité sociale*²⁶.

Segundo ambas as teorias o Direito constatado — apenas constatado, e não criado — pela lei ou pelo costume pode aspirar à validade somente porque e na medida em que é uma reprodução de um Direito preexistente. Ambas as teorias são, no fundo, simples variantes da teoria do Direito natural, cujo dualismo de um Direito criado pela natureza e de um Direito criado pelo homem se reflete no dualismo do Direito produzido pelo espírito do povo ou pela *solidarité sociale* e o Direito reproduzido pela legislação ou pelo costume. O que se disse quanto à primeira pode ser repetido contra as outras duas. Do ponto de vista de uma teoria jurídica positivista, que não pode aceitar nem a existência de um imaginário espírito do povo, nem a de uma *solidarité sociale* igualmente imaginária, a função constitutiva, isto é, criadora de Direito, do costume não pode ser posta em dúvida, da mesma forma que o não pode ser a da lei.

A questão de saber se existe o fato de um costume criador de Direito somente pode ser decidida pelo órgão aplicador do Direito. Daí se tem por vezes concluído que uma regra que dá expressão à conduta consuetudinária dos indivíduos somente se transforma em norma jurídica através do seu reconhecimento por parte do tribunal que aplica esta regra e que, portanto, as normas do Direito consuetudinário somente são criadas pelos tribunais. No entanto, a posição em que os órgãos aplicadores do Direito, especialmente os tribunais, se encontram perante as normas do Direito consuetudinário, em nada difere daquela em que se encontram perante as normas legisladas. Com efeito, precisamente como o órgão que tem de aplicar uma norma criada por via consuetudinária precisa de determinar o fato do costume, quer dizer, precisa decidir a questão de saber se uma norma a aplicar foi de fato criada por via consuetudinária, também o órgão que tem de aplicar uma norma criada por via legislativa tem de verificar o fato legislativo, isto é, tem de decidir a questão de saber se uma norma que vai aplicar foi criada por via legislativa. Esta questão pode ser mais fácil de decidir e, por isso, vir menos claramente à consciência destes órgãos do que a questão de saber se uma norma surgiu por via consuetudinária, especialmente quan-

do as leis são publicadas numa folha oficial. Porém, a função do órgão aplicador do Direito — determinar a existência da norma a aplicar, quer dizer, verificar a sua criação constitucional — é a mesma em ambos os casos. E em ambos os casos preexiste uma norma jurídica geral ao ato de aplicação do Direito. A determinação do fato pelo órgão aplicador do Direito é, na verdade, o melhor veremos, constitutiva. Esta determinação constitutiva, porém, tem eficácia retroativa. O fato é havido como já posto no momento determinado pelo órgão aplicador do Direito e não como apenas posto no momento dessa averiguação²⁷.

A validade do Direito consuetudinário dentro de uma comunidade jurídica é limitada, na medida em que a aplicação de normas gerais produzidas por via consuetudinária aos casos concretos apenas se pode realizar através de Direito estatuído, uma vez que só se pode operar através das normas individuais a estabelecer pelos órgãos aplicadores do Direito — especialmente, onde já existam tribunais, através das decisões judiciais, que representam normas individuais²⁸.

Uma distinção politicamente importante entre Direito legislado e Direito consuetudinário consiste no fato de aquele ser produzido através de um processo relativamente centralizado e este através de um processo relativamente descentralizado. As leis são criadas por órgãos especiais instituídos para este fim e que funcionam segundo o princípio da divisão do trabalho. As normas do Direito consuetudinário adquirem existência através de uma determinada conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica. No primeiro caso, a autoridade produtora da norma e os indivíduos submetidos às normas não se identificam. Já no segundo caso tal identificação se verifica, pelo menos até certo ponto. Para que exista o fato de um costume criador de Direito não é preciso que tenham participado na formação do costume todos os indivíduos a quem a norma consuetudinária impõe deveres e confere direitos. Basta que a maioria dominante dos indivíduos que devem ser considerados para a regulamentação da relação em causa tenha participado na formação do costume. E por esta forma perfeitamente possível que sejam vinculados por uma norma produzida consuetudinariamente indivíduos que não participaram na sua formação. Esta situação apresenta-se particularmente nítida quando se trata de normas de um Direito consuetudinário que já há longo tempo entrou em vigor. Por esta razão, não é acertado explicar o Direito consuetudinário — como por vezes se faz,

particularmente em relação ao Direito consuetudinário internacional — como um tratado ou acordo tácito.

c) *Lei e decreto*

O escalão da produção de normas gerais — regulada pela Constituição — é por sua vez geralmente subdividido, na conformação positiva das ordens jurídicas estaduais, em dois ou mais escalões. Aqui poremos em destaque apenas a distinção entre lei e decreto, que é de particular importância onde a Constituição atribua fundamentalmente a produção das normas jurídicas gerais a um parlamento eleito pelo povo, permitindo, porém, a elaboração mais pormenorizada das leis por meio de normas gerais que são editadas por certos órgãos da administração, ou onde, para certos casos excepcionais, dê ao governo competência para, no lugar do parlamento, editar todas as normas gerais necessárias ou apenas certas normas gerais. As normas gerais que provêm não do parlamento, mas de uma autoridade administrativa, são designadas como decretos, que podem ser decretos regulamentares ou decretos-leis. Estes últimos são também chamados decretos com força de lei. Assim — tal como existe uma específica forma da Constituição — há uma forma específica da lei. Fala-se de lei em sentido formal em contraposição a lei em sentido material. Esta compreende toda a norma jurídica geral. Aquela abrangge, quer toda e qualquer norma jurídica geral surgida em forma de lei, isto é, emitida pelo parlamento e — de conformidade com as determinações típicas da maioria das Constituições — publicada por determinada maneira, quer, em geral, todo conteúdo que surja nesta forma. A designação “lei em sentido formal” tem, portanto, várias significações. Unívoco é apenas o conceito de forma legal, no qual podem aparecer não apenas normas gerais mas também outros conteúdos, mesmo aqueles cujo sentido subjetivo nem sequer seja próprio de normas. Neste caso, temos um conteúdo legal juridicamente irrelevante. O problema do conteúdo juridicamente irrelevante de uma forma jurídica, o fato de, não só no processo legislativo mas em todo o processo através do qual se cria Direito estatuído, poderem aparecer conteúdos cujo sentido subjetivo não seja o de uma norma geral ou individual e que, por isso, são juridicamente irrelevantes, já foi versado a outro propósito²⁹.

d) *Direito material e Direito formal*

As normas gerais criadas por via legislativa (como leis ou decretos) ou por via consuetudinária devem ser aplicadas pelos órgãos para tal competentes, os tribunais e as autoridades administrativas. Estes órgãos aplicadores do Direito têm de ser determinados pela ordem jurídica, quer dizer: é necessário que se determine sob que condições um determinado indivíduo funciona como juiz ou autoridade administrativa. É, porém, necessário determinar também o processo pelo qual deve ser exercida a sua função, isto é, a aplicação de normas gerais. A norma geral, que liga a um fato abstratamente determinado uma consequência igualmente abstrata, precisa, para poder ser aplicada, de individualização. É preciso estabelecer se *in concreto* existe um fato que a norma geral determina *in abstracto*; e é necessário pôr um ato concreto de coerção — isto é, ordená-lo e depois executá-lo — para este caso concreto, ato de coerção esse que é igualmente determinado *in abstracto* pela norma geral. Portanto, a aplicação de uma norma geral a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral. E, por isso, a função da norma geral a aplicar também pode consistir em determinar o conteúdo da norma individual que é produzida através do ato judicial ou administrativo, da decisão judicial ou da resolução administrativa. As normas gerais a aplicar pelos órgãos jurisdicionais e administrativos têm, portanto, uma dupla função: 1.^a — a determinação destes órgãos e do processo a observar por eles; 2.^a — a determinação do conteúdo das normas individuais a produzir neste processo judicial ou administrativo.

A estas duas funções correspondem as duas categorias de normas jurídicas que usualmente se costumam distinguir: normas de Direito formal e normas de Direito material. Como Direito formal designam-se as normas gerais através das quais são regulados a organização e o processo das autoridades judiciais e administrativas, os chamados processo civil e penal e o processo administrativo. Por Direito material entendem-se as normas gerais que determinam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos e que são em geral designadas como Direito civil, Direito penal e Direito administrativo, muito embora as normas que regulam o processo dos tribunais e das autoridades administrativas não sejam menos Direito civil, Direito penal e Direito administrativo.

Também quando se fala das normas a aplicar por estes órgãos se pensa geralmente apenas no Direito material civil, penal e administrativo, se bem que o Direito material civil, penal e administrativo não possa ser aplicado sem que ao mesmo tempo se aplique também o Direito formal, quer dizer, o Direito pelo qual é regulado o processo em que é aplicado o Direito material civil, penal e administrativo, o processo em que o ato judicial ou administrativo é posto. O Direito material e o Direito formal estão inseparavelmente ligados. Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação. Toda proposição jurídica que pretenda descrever perfeitamente este Direito deve conter tanto o elemento formal como o elemento material. Uma disposição de Direito penal — por mais simplificada que seja — tem de ser formulada mais ou menos da seguinte maneira: se um indivíduo cometeu um delito determinado numa norma jurídica geral, um órgão (tribunal), determinado também por uma norma jurídica geral, deve aplicar-lhe, num processo regulado ainda por uma norma geral, uma sanção que se encontra fixada na norma geral primeiramente referida. Mais tarde veremos que se exige uma formulação ainda mais complexa, a saber: se um órgão, cuja constituição e função se encontram reguladas por uma norma geral, verificou, por um processo determinado também através de uma norma geral, que existe um fato a que uma outra norma geral liga uma determinada sanção, esse órgão deve aplicar, pelo processo prescrito por uma norma geral, a sanção determinada pela norma jurídica geral já mencionada. Esta formulação da disposição jurídico-penal mostra — e nisto reside uma função essencial da proposição que descreve o Direito — a conexão sistemática que existe entre o chamado Direito formal e o chamado Direito material, entre a determinação do delito e da sanção, por um lado, e a determinação do órgão aplicador do Direito e do seu processo, por outro lado.

A relação que intercede entre as normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária e a sua aplicação pelos tribunais ou órgãos da administração é, no essencial, a mesma que existe entre a Constituição e a criação, por ela regulada, de normas gerais de Direito. A criação de normas jurídicas gerais é aplicação da Constituição, tal como a aplicação de normas jurídicas gerais pelos tribunais e órgãos administrativos é criação de normas jurídicas individuais. Assim como as normas jurídicas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária são determinadas, sob o aspecto formal, e eventualmente também sob o

aspecto material, pelas normas da Constituição — por normas de um escalão superior, portanto — assim também as normas individuais, criadas pelos atos judiciais e administrativos, são determinadas, tanto sob o aspecto formal como sob o aspecto material, pelas normas gerais legislativa ou consuetudinariamente criadas — portanto, também por normas de um escalão superior. Porém, a relação entre o elemento formal e o elemento material é, nos dois casos, diferente. A Constituição (no sentido material da palavra) em regra apenas determina os órgãos e o procedimento da atividade legislativa e deixa a determinação do conteúdo das leis ao órgão legislativo. Só excepcionalmente — e, de modo eficaz, apenas por via negativa — determina o conteúdo das leis a editar, excluindo certos conteúdos.

Pelo que toca à produção de Direito consuetudinário, a Constituição apenas pode delegar no processo que se caracteriza como costume. Aqui nem tampouco pode ser excluído pela Constituição um determinado conteúdo das normas jurídicas consuetudinariamente criadas, pois que a própria Constituição — mesmo uma Constituição escrita em sentido formal — pode ser alterada por normas jurídicas produzidas por via consuetudinária. As normas jurídicas gerais criadas de conformidade com a Constituição, porém, determinam quase sempre não só os órgãos e o processo pelos quais e no qual devem ser aplicadas, mas também — contudo, em medida diferente — o conteúdo das normas individuais que representam as decisões judiciais e as resoluções administrativas. No domínio do Direito penal a predeterminação do conteúdo da decisão judicial vai em regra até bastante longe, por forma que à livre apreciação do juiz penal na criação da norma individual que constitui a sua decisão apenas é deixada uma margem relativamente restrita. No domínio do Direito administrativo esta margem é quase sempre bastante larga. Por outras palavras: a Constituição representa predominantemente Direito formal, enquanto que o escalão da criação jurídica que lhe está imediatamente subordinado tanto representa Direito material como formal.

e) As chamadas “fontes de Direito”

Legislação e costume são frequentemente designados como as duas “fontes” do Direito, entendendo-se aqui por Direito apenas as normas gerais do Direito estadual. Mas as normas jurídi-

cas individuais pertencem tanto ao Direito, são tanto parte integrante da ordem jurídica, como as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas. E, se tomarmos em linha de conta o Direito internacional geral, então não poderemos considerar como “fontes” deste Direito a legislação, mas somente o costume e o tratado.

Fontes de Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula. Por isso, pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efetivamente, só costuma designar-se como “fonte” o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. Neste sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito.

Mas a expressão é também empregada num sentido não jurídico quando com ela designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros. Estas fontes devem, no entanto, ser claramente distinguidas das fontes de Direito positivo. A distinção reside em que estas são juridicamente vinculantes e aquelas o não são enquanto uma norma jurídica positiva não delegue nelas como fonte de Direito, isto é, as torne vinculantes. Neste caso, porém, elas assumem o caráter de uma norma jurídica superior que determina a produção de uma norma jurídica inferior. A equivoicidade ou pluralidade de significações do termo “fonte de Direito” fá-lo aparecer como juridicamente imprestável. É aconselhável empregar, em lugar desta imagem que facilmente induz em erro, uma expressão que inequivocamente designe o fenómeno jurídico que se tem em vista.