

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

**A CRIAÇÃO DE NORMAS INDIVIDUAIS E A
SIMULTÂNEA APLICAÇÃO DE NORMAS GERAIS:
UMA ANÁLISE JURÍDICA DA FUNÇÃO JUDICIAL**

Guilherme Faggion Sponholz

Florianópolis

2015

**A CRIAÇÃO DE NORMAS INDIVIDUAIS E A SIMULTÂNEA
APLICAÇÃO DE NORMAS GERAIS: UMA ANÁLISE
JURÍDICA DA FUNÇÃO JUDICIAL**

Guilherme Faggion Sponholz

**Monografia submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para obtenção
do título de bacharel em Direito**

Orientador: Professor Doutor Luiz Henrique
Cademartori

Florianópolis

2015



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Guilherme Faggion Sponholz**

RG:

CPF:

Matrícula: **11101501**

Título do TCC: **A criação de normas individuais e simultâneas aplicação de norma gerais: uma análise jurídica da função judicial**

Orientador(a): **Luiz Henrique Urquhart Cademartori**

Eu, **Guilherme Faggion Sponholz**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 3 de Julho de 2015

Assinatura manuscrita em tinta preta, com o nome "Faggion" em uma letra cursiva muito decorativa e "Sponholz" em uma letra mais simples.

Guilherme Faggion Sponholz



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A criação de normas individuais e simultâneas aplicação de norma gerais: uma análise jurídica da função judicial**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Guilherme Faggion Sponholz**, defendido em **03/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (NOVE E MEIO), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 3 de Julho de 2015

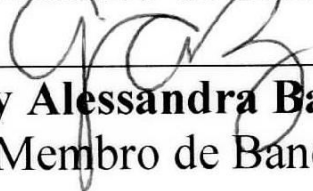
Assinatura manuscrita em tinta preta, sobre uma linha horizontal.

Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor(a) Orientador(a)



Sérgio Ricardo Ferreira Mota

Membro de Banca



Grazielly Alessandra Baggenstoss

Membro de Banca

RESUMO

Este trabalho traz uma discussão sobre a natureza e as características da atividade jurisdicional, especialmente no que se refere à relação entre sentença e legislação. Propõe uma análise meramente descritiva do Direito, evitando uma valoração ideológica do seu objeto. Segue a Teoria Pura do Direito, do jurista Hans Kelsen, defendendo a separação entre as categorias do “ser” e do “dever ser”, bem como a inaplicabilidade dos princípios da lógica às normas. Caracteriza a atividade do juiz como constituída por atos de vontade, apontando para o fato de que ele não só declara, mas constitui Direito.

Palavras-chave: atividade jurisdicional; princípios da lógica; ato de vontade; Teoria Pura do Direito; sentença; legislação; ser; dever ser

SUMMARY

This work brings a discussion about the nature and the characteristics of the jurisdictional activity, especially in what concerns the relation between sentence and legislation. It proposes a merely descriptive analysis of the Law, avoiding any ideological evaluation of its object. It follows the Pure Theory of Law, from the jurist Hans Kelsen, defending the separation between the categories of the “is” and the “ought”, as well as the inapplicability of the principles of logic to norms. Characterizes the judge’s activity as constituted by acts of will, pointing to the fact that he does not just declare, but constitutes Law.

Key-words: jurisdictional activity; principles of logic; act of will; Pure Theory of Law; sentence; legislation; is; ought

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| I. O mundo interpretado normativamente | 14 |
| II. O juiz como “boca da lei”..... | 21 |
| III. O efeito retroativo produzido pela sentença..... | 32 |
| IV. A ausência de contradições no ordenamento jurídico | 43 |
| V. A atividade judicial em relação ao costume | 52 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 62 |
| REFERÊNCIAS..... | 63 |

INTRODUÇÃO

Vários tipos de especulação metafísica foram, e têm sido desenvolvidos, com vistas a encontrar um valor absolutamente justo o qual sirva de referência para toda e qualquer conduta humana; isto é, empreendem-se esforços no sentido de encontrar um critério capaz de discriminar as condutas, de modo a considerar algumas como essencialmente boas e outras como essencialmente más.

Desde os diálogos de *πλάτων* até a teoria comunista do Direito de Иосиф Сталин, passando por Hobbes, Rousseau, Locke, Jesus Cristo e até pelos pais da Constituição Americana, foram empreendidas tentativas – desde o início fadadas ao insucesso – para dar à Justiça uma definição. Algumas formulações nem sequer lograram atribuir qualquer conteúdo à Justiça, como as que se expressam por proposições do tipo “justo é dar a cada um o que lhe é devido” ou “justo é fazer o bem e evitar o mal”; trata-se de expressões tautológicas de cuja análise não se pode esperar obter qualquer valor.

Outras “teorias” sustentam a validade absoluta de certos valores que, de teoria para teoria, divergem da forma mais discrepante possível; assim é que ora a propriedade privada é eleita como interesse inviolável, ora o domínio coletivo dos bens econômicos é apontado como o único meio para se construir uma ordem justa. E, da mesma forma, certas teorias condenam a pena de morte como injusta acima de tudo, ao passo que outras a defendem como a única punição justa para certos crimes.

Essas ideologias não são, de forma alguma, teorias; não é seu intuito descrever a realidade fática, mas sim, construir uma hierarquia de valores. Todo e qualquer valor que essas ideias relacionem com a Justiça não podem valer absolutamente, isto é, sua validade objetiva é sempre dependente de alguns pressupostos.

A Justiça, como valor, só pode existir como qualidade de fatos, isto é, só existe a Justiça na medida em que podemos atribuir a uma realidade fática – inclusive a uma conduta humana, a qual também é um fato – o valor de justa ou de injusta. Essa atribuição só pode ser feita por vias normativas; e, como afirma Kelsen, “as normas não são como as afirmações e os juízos produtos de atos do pensamento, mas o significado de atos de vontade e, portanto sempre ‘arbitrários’”.¹

¹ KLUG; KELSEN, Normas Jurídicas e Análise Lógica, 1984, p. 34

Uma análise científica do Direito – e de qualquer outro tipo de ordem sócio-normativa – consiste em atos cognitivos, de pensamento, por meio dos quais se avalia, *i.e.* interpreta-se, os fatos de acordo com uma norma já posta – cuja validade é fundamentada por uma norma pressuposta. Esta pressuposição é, sim, feita pelo cientista do Direito, enquanto aquela postura não; ao passo que a primeira consiste num exercício de pensamento, de cognição, a segunda é um típico ato volitivo e, por conseguinte, da ordem do “querer”. O “querer” e o “pensar” são – tal qual o “ser” e o “dever ser” – categorias fundamentalmente distintas, muito embora um ato volitivo deva ser precedido por um ato de pensamento:

“Querer e pensar são duas funções essencialmente distintas e portanto nenhum pensamento pode ser imanente à volição. É exato que quem quer deve saber o que quer. Mas o pensamento que constitui o conhecer precede o querer, do qual a norma é o significado, não lhe sendo imanente.”²

Daí decorre que à razão não é dada a faculdade de descobrir que normas virão a ser postas; o pensamento jurídico deve, contanto seja uma interpretação normativa de fatos, pressupor uma norma. Mas essa norma – pressuposta por um ato cognitivo – não será a criadora das normas postas, senão o seu fundamento último de validade.

Logo, a razão não pode fazer mais que tomar conhecimento de normas já existentes, sendo que o ato de pressuposição da referida norma pode se dar ainda que as normas por ela fundamentadas já tenham sido postas. A relação de superioridade-inferioridade não implica a relação de anterioridade-posterioridade, uma vez que não é uma norma que cria – ou da qual se pode inferir – outra; uma norma apenas pode ser criada com fundamento em outra.

Assim, tentar encontrar a Justiça nos fatos da natureza é impossível; esses fatos não possuem vontade e, portanto, não podem conter valores, dentre os quais o da Justiça. De algo que é não se pode concluir o que deve ser; as categorias ontológica e deontológica são aprioristicamente diferenciáveis.

Tentar encontra-la, a Justiça, por meio de uma autoridade supra-humana, sobrenatural, é uma tentativa igualmente inútil; a crença numa autoridade como essa não passa de uma falácia, criada para legitimar politicamente perante os seus destinatários normas feitas por homens de carne e osso. Aliás, é só um tipo de fato o qual pode estabelecer uma norma: um ato humano volitivo.

Convém esclarecer que presente trabalho lida com a questão da Justiça de forma essencialmente relativista, o que significa dizer que não supõe qualquer valor com validade

² KLUG; KELSEN, Normas Jurídicas e Análise Lógica, 1984, p. 62

absoluta; segue o pensamento do jurista Hans Kelsen, expresso não só na sua *magnum opus* “Reine Rechtslehre”, mas no conjunto da sua obra.

Portanto, relativamente à questão sobre o que seja a Justiça, deve-se fazer outro tipo de pergunta, sob pena de jamais se obter qualquer resposta, haja vista um valor absolutamente justo não existir, e nunca ter existido. Os fatos – e com eles as condutas humanas – podem ser interpretados como bons ou ruins, justos ou injustos, de tantos modos diferentes quantos forem os critérios com os quais se define o bom e o justo; e qualquer juízo desse tipo depende do sujeito do qual ele provem.

Por não valer qualquer parâmetro valorativo naturalmente existente, o “dever ser” – ou seja, a validade – de um ordenamento jurídico só pode ser de caráter hipotético-relativo. Isso significa que podem ser imaginadas diversas constituições jurídicas para uma mesma comunidade; *e.g.* tanto pode valer uma constituição democrática quanto uma autocrática, dependendo de qual ponto de vista se parta.

Pois nem a razão, tampouco a natureza, fornece qualquer indicação da melhor constituição, o que significa dizer a mais justa; para que se indique tal, é imprescindível o exercício de um ato de vontade, sendo que a natureza ou a conhecimento racional não possuem qualquer vontade. Apenas atos humanos podem estabelecer normas – e, por conseguinte, um ordenamento normativo; e, da mesma forma, é apenas a cognição humana que pode pressupor normas e, portanto, interpretar o mundo normativamente.

Ainda que estabelecida uma constituição, não é possível definir a justiça no seu todo, isto é, que tipo de conduta é proibido, quais são os deveres jurídicos dos comunitários; enfim, quais são os pressupostos das sanções. Isso porque a constituição não define o conteúdo das normas gerais – apenas autoriza a certos indivíduos a dizer o que é proibido ou delega ao costume alguma relevância jurídica, quando deve também instituir órgãos para dizer o que é o costume. Muita embora essa constituição possa limitar a atividade legislativa, ao excluir de antemão, por exemplo, a previsão legal da pena de morte ou de penas cruéis como sanções – sob pena de nulidade ou de responsabilidade pessoal do órgão legislador – dela não se pode inferir o conteúdo de qualquer norma geral.

Inúmeras leis podem ser criadas com fundamento na mesma constituição; a discussão a respeito de quais sejam as leis mais justas provavelmente não chegará a conclusões unânimes, de modo que a opção dentre essas inúmeras hipoteticamente possíveis leis será

exercida através de um ato volitivo – e, portanto, arbitrário e político-subjetivo – não por meio de qualquer raciocínio lógico ou análise dos princípios da natureza.

Dizer que, de fato, é impossível deduzir as melhores leis da constituição, mas que, no entanto, é viável achar o Direito correto para o caso concreto no âmbito de aplicação das leis, é negar uma interpretação normativa jusnaturalista para reafirmá-la noutra ponto. Pois é apenas uma variação de um pensamento baseado no Direito natural a doutrina segundo a qual existe um “espírito da lei”, ou a que defende uma certa interpretação sob alegação de que é ela o resultado da aplicação das regras da lógica jurídica.

Sustentar a viabilidade de se inferir normas individuais de normas gerais é uma vã tentativa de justificar racionalmente uma decisão tipicamente irracional, que não difere em essência da proposta de afirmar a existência de uma ordem de princípios válidos deduzidos diretamente da razão, independentemente da vontade humana.

A jurisprudência pressupõe como válido o ordenamento jurídico constituído pelo Direito internacional e, com ele, os diversos ordenamentos internos; então, não pode reputar válido qualquer preceito extrajurídico e deve considerar válido um princípio moral apenas, e na medida em que, é acolhido pelo Direito. Um cientista do Direito não pode se ocupar de buscar qualquer valor supraconstitucional, dado que se o fizesse deveria abandonar momentaneamente a razão – algo eminentemente incompatível com qualquer análise jurídico-científica – para pretender absoluto algo que só pode valer de maneira relativa.

A jurisprudência pode conhecer as normas efetivamente válidas, *i.e.* existentes; contudo, não existem meios jurídicos para prever as normas individuais que futuramente serão criadas no âmbito de um ordenamento, a partir de uma análise das normas gerais desse ordenamento. Uma ciência do Direito não pode conhecer uma norma futura porque o ato que a porá ainda não foi praticado, e não se sabe se efetivamente o será.

A jurisprudência também não tem o papel de averiguar – e, portanto, não pode concluir sobre – o efetivo comportamento dos homens, isto é, se de fato são como deveriam ser. Por isso, não cabe aqui fazer afirmações sobre como os homens se sentem diante das leis em particular e das normas jurídicas em geral, ou com qual grau de precisão conseguem prever as normas individuais por meio do conhecimento das normas gerais e das prévias decisões judiciais.

Assim é que, por exemplo, o fato de os tribunais terem decidido reiteradas vezes da mesma forma, diante de casos semelhantes, não tem relevância para o presente trabalho, por

se tratar meramente de um acontecimento sem importância jurídica. A jurisprudência não pode estudar a influência psicológica que uma prévia decisão exerce sobre um juiz ao proferir uma outra decisão, já que não se trata de uma interpretação causal do mundo, senão de uma interpretação jurídica. Esses fatos só serão juridicamente relevantes se, e na medida em que, sejam considerados pelo ordenamento jurídico como precedentes judiciais e, por conseguinte, criem normas jurídicas determinando que, em casos semelhantes ao *leading case*, deverá ser proferida igual decisão.

Não somente nessa situação, mas em todo o âmbito da jurisprudência, os fatos só importam na proporção em que criem ou apliquem normas: o ato legislativo, o costume, a execução de uma pena civil, uma guerra, são levados em consideração pela jurisprudência porque fazem parte do conteúdo de normas jurídicas. Esses fatos, embora apresentem uma íntima relação com a categoria deontológica – pois é apenas por meio de um fato que uma norma pode vir a existir – não são o objeto de estudo da jurisprudência, senão o seu sentido específico, esse sim, constituindo um “dever ser”.

Como um trabalho como este se pretende científico, não pode buscar descobrir a Justiça, nem estabelecer um Estado ideal, seja na forma ou no conteúdo; também não pode prever o conteúdo de normas posteriores a partir de normas anteriores. Antes se propõe a descrever, em termos gerais, as características da criação de normas individuais, sentenças, a partir de normas gerais, leis ou normas consuetudinárias. Tento fazê-lo da forma mais objetiva possível, levando em conta os ensinamentos do jurista Hans Kelsen, os quais espero ter compreendido com clareza.

I. O mundo interpretado normativamente

É possível interpretar o mundo juridicamente; contudo, é apenas uma interpretação viável, não necessária. Pode-se interpretar os fatos de acordo com uma relação causal, isto é, reconhecendo que uma coisa se deu em razão da ocorrência de outra; assim é que a inter-relação entre nações pode ser vista apenas como uma luta de forças, onde o *outcome* é a vitória do mais forte em detrimento do mais fraco, sem a preocupação de se atribuir um valor às condutas.

Mas há a possibilidade de uma interpretação jurídica; para tanto, deve-se reconhecer a existência de um ordenamento jurídico regulador de alguns fatos; tais fatos são sempre condutas humanas. Portanto, as relações internacionais podem ser vistas como reguladas por algo como um Direito internacional e, desse modo, é possível qualificar a agressão de um Estado como delituosa, a represália de outro como uma sanção, e a promulgação de uma lei por parte de outro como um ato juridicamente irrelevante, de um ponto de vista objetivo, sem qualquer implicação moral.

O critério essencial para que se reconheça a validade de um ordenamento jurídico – numa teoria do Direito positivo, ou seja, avaliativa – é a eficácia dessa ordem como um todo. Contudo, a eficácia nunca é o fundamento de validade das normas jurídicas, já que apenas uma norma pode fundamentar outra. A eficácia constitui o componente fático (da categoria ontológica) na relação entre *ser* e *dever ser*.

Uma função do jurista é procurar o fundamento de validade das diversas normas do ordenamento, de modo a averiguar se elas, realmente, o integram. Esse fundamento jamais pode ser um fato; é sempre uma outra norma. Assim, se perguntado porque um certo cidadão X foi condenado a dez anos de reclusão, um jurista não responderá corretamente, de um ponto de vista jurídico, se disser que foi por ter subtraído patrimônio alheio. O fato pode ser uma condição sem a qual não deve sobrevir uma sanção; mas nunca será a condição pela qual a sanção é imposta. O intérprete deve ter, a todo momento, em mente a diferença entre as categorias, fundamentalmente diferenciáveis, ontológica e deontológica.

Considerar uma sentença a ordem de um juiz, ou de um tribunal, implica supor a existência de normas, especialmente normas que autorizam o juiz, ou o tribunal, a produzir uma norma válida. E a verificação da existência de uma sentença, ou de uma norma autorizante, depende de fatos: de um ato de postura e de um ato de pressuposição. Para que a

sentença seja válida, portanto, deve, em última análise, integrar uma ordem a qual possua ao menos um mínimo de eficácia – o quão eficaz deve ser a ordem para que possa valer apenas um intérprete do Direito pode responder.

Então, uma ordem que, em geral, seja aplicada pelos órgãos comunitários e obedecida pelos súditos, pode ser considerada como tendo validade. É possível que haja discordância quanto a que ordem possui a eficácia necessária para ser reconhecida como válida.

No Direito internacional, por exemplo, pode haver casos como os de guerra civil, em que um beligerante disputa com os órgãos oficiais do Estado o poder sobre os súditos de um território. Caso o primeiro venha a ser vitorioso, há uma espécie de *turning point*, em que a constituição outrora oficial deixa de ser válida, por perder o mínimo de eficácia, e a nova passa a ser vinculativa. No entanto, é possível e provável a ocorrência de divergências quanto à verificação desse fato pelos cientistas do Direito.

Caso ocorra essa mudança na constituição, os juízes passam a estar autorizados apenas pela nova, e devem aplicar apenas o Direito novo, ainda que o conteúdo deste não difira do conteúdo jurídico produzido sob a antiga constituição.

Uma vez reconhecido o ordenamento jurídico como válido, poder-se-á atribuir, objetivamente, um valor a qualquer conduta humana, já que toda ela está regulada por esse ordenamento, sem que essa atribuição implique uma valoração moral subjetiva. Assim é que uma conduta proibida – ou seja, à qual está imputada uma sanção – pode ser definida como “ruim” e uma que não o seja, ou esteja autorizada, pode ser rotulada como “boa”, de um ponto de vista exclusivamente jurídico. Apenas com base no Direito positivo se pode fazer tais considerações, se o mesmo for considerado como válido e, portanto, vinculante.

Uma moral positiva, desse modo, não pode existir ao lado do ordenamento jurídico. É possível estabelecer uma correlação entre a existência de determinada conduta no mundo fático, *e.g.* mentir, e a desaprovação causada por essa conduta dentre a comunidade; mas tal relação apenas terá um sentido causal, afirmando, por exemplo, a probabilidade da ocorrência do segundo fato logo após a ocorrência do primeiro. Mas a situação de sobrevir, provavelmente, uma reprovação de ordem moral diante de um comportamento imoral não constitui uma relação de valor. A conduta consistente nesse comportamento não pode, nessas condições, ser definida num sentido deontológico.

Portanto, o fundamento de uma norma jurídica nunca pode ser uma norma moral, e o fundamento de uma norma moral nunca pode ser uma norma jurídica; na realidade, em última

análise, a pressuposição de uma norma jurídica impede o reconhecimento de normas morais, uma vez que se pensarmos a primeira, um preceito moral sequer poderá ser considerado norma, pois só a norma jurídica, nesse caso, “deverá ser”.

A pressuposição de um sistema normativo exclui qualquer outro tipo de “dever ser” extrassistêmico. Por isso, os juízes estão submetidos somente ao Direito positivo, podendo agir de acordo com os seus próprios princípios morais apenas se, e na medida em que, autorizados por esse mesmo Direito positivo.

Alguém cujo propósito seja o de analisar e descrever o Direito – pressupondo, obviamente, a opção por uma interpretação jurídica dos fatos – deve formular enunciados sobre os entes abstratos que são as normas, afirmando quais condutas humanas são sancionáveis, e que sanções a elas são imputadas. Cabe-lhe também definir a relação entre as diversas normas do ordenamento. No caso específico que se discute na presente exposição, o da relação entre as normas gerais e as individuais, deve atentar diligentemente para duas diferentes situações.

A primeira é referente a duas normas, uma das quais mais e outra menos específica, porém ambas de caráter geral. Nesse caso, uma delas pode ser deduzida logicamente da outra, isto é, se uma é válida a outra obrigatoriamente também o será. Tem-se como exemplo as normas “Não se deve roubar” e “Não se deve roubar usando arma de fogo”. Pois quando o legislador proíbe a conduta de roubar, automaticamente proíbe a conduta de roubar usando arma de fogo, uma vez que se considera que o conceito “roubar usando arma de fogo” pode ser subsumido no conceito “roubar”.

A segunda se refere a uma norma geral e outra particular. A segunda não pode ser deduzida da primeira; quando presentes os pressupostos desta, aquela pode, ou deve, ser emitida – diz-se, então, que o órgão produtor da norma individual aplica a norma geral. Nesse caso, diferentemente do anterior, a validade de uma não implica na validade da outra, de modo que pode valer a norma “Um Estado que invadir outro deve reparar este de todo o prejuízo advindo da invasão” ao mesmo tempo em que a Rússia invade o Japão – sendo tal fato, inclusive, constatado por autoridade competente – e, não obstante, inexistir qualquer norma válida estatuinto que “A Rússia deve reparar o Japão de todo o prejuízo advindo da sua invasão”. Essa norma só vale quando existe, factualmente, um ato de vontade, cujo sentido é essa própria norma.

Esse é o caso da relação entre a legislação e a sentença judicial; cada qual constitui uma norma e, portanto, não podem ambas ser criadas por meio de um único ato de vontade. Ainda que o mesmo indivíduo ocupe as funções de legislador e de juiz, deve haver, de sua parte, no mínimo dois atos de vontade diferentes para que seja criada uma lei e proferida uma sentença.

Observe-se que no primeiro caso a dedução se limita a achar uma possibilidade já prevista na própria norma em questão – *in casu*, apenas aponta um *modus operandi* pelo qual pode restar configurada a hipótese da norma geral. Pode-se deduzir a segunda norma da primeira porque o substrato modalmente indiferente contido na segunda norma – o conceito “roubar usando arma de fogo” – pode ser subsumido, logicamente, no conceito contido na primeira – “roubar”. Da primeira norma poder-se-ia deduzir tantas normas quantas fossem as que contivessem, como substrato modalmente indiferente, um conceito subsumível no dessa primeira norma.

Já no segundo seria um equívoco admitir o silogismo apontado ao fim; sendo a norma um ato de vontade, sem este não há norma. Uma norma não pode ser deduzida de um fato; apenas pode-se interpretar o significado de um fato – mais especificamente, um ato humano – como um “dever ser” de sentido objetivo, como uma norma, o que pressupõe, evidentemente, uma interpretação normativa.

As normas não são suscetíveis à aplicação dos princípios lógicos, já que nada afirmam, senão estabelecem um “dever ser”; seja qual for a função de uma determinada norma – autorizar, derogar, proibir ou permitir – seu sentido sempre é prescritivo, nunca descritivo. Assim como a jurisprudência não deve ser confundida com o seu objeto, um “dever ser” que signifique uma norma não pode ser confundido com outro “dever ser”, cujo sentido específico seja o de um enunciado sobre uma norma.

Uma vez que uma análise positiva enfoca no princípio da eficácia e reconhece a impossibilidade dedutiva recém apontada, é de se admitir a possibilidade de divergência entre os enunciados a respeito de normas. Sendo o Direito um esquema dinâmico, suas normas são constantemente construídas pelos órgãos do ordenamento – há criação de Direito desde a realização de uma assembleia constituinte até a atuação de um policial ao executar uma pena de prisão.

Não cabe à Jurisprudência adivinhar as normas que virão, muito menos cria-las, senão conhece-las e descreve-las. A tentativa de descobrir que normas serão postas, ou a

probabilidade de que certa norma seja posta, remete a uma abordagem sociológica, que lida, por conseguinte, com a análise fática de acordo com uma relação de causa e efeito, diferentemente de uma ciência puramente normativa.

Podemos notar também, como há pouco se mencionou, que o próprio membro da polícia de um Estado tem papel ativo na construção jurídica, ao reconhecer os pressupostos da sentença que autoriza a sanção. Pois ao executar ele mesmo uma pena de prisão contra alguém, deve se certificar de que está autorizado pelo ordenamento. Do contrário, seu ato constitui não uma sanção, mas o delito de constrangimento ilegal.

O policial, no entanto, não é como o juiz, uma vez que geralmente se encontra quantitativamente mais limitado que este; porém, existe sempre a seu dispor uma margem de discricionariedade, de modo que a prática de tantos atos estará acobertada pela autorização concedida pelo ordenamento, ao passo que a prática de outros não. Uma norma nunca é tão minuciosa a ponto de extinguir qualquer possibilidade de escolha com base nessa mesma norma. Portanto, pode-se colocar em questão a juridicidade de um ou outro ato policial, analisando-o diante das próprias normas jurídicas.

A juridicidade de um ou outro ato pode gerar controvérsias entre os estudiosos do Direito, sobretudo quando for questionada a validade de uma ou outra norma. Assim é que no Direito internacional, por exemplo, alguns juristas reconhecem o princípio consuetudinário do *bellum justum* como regulador das relações entre Estados, ao passo que outros consideram que a guerra sempre é juridicamente permitida; nesse caso, há divergência quanto ao Direito.

Mas também o reconhecimento dos fatos pode ser objeto controvertido. O estabelecimento de uma relação causal entre duas ocorrências, ou a ligação da autoria de alguma delas a determinada pessoa não necessita de ser unânime. Isso é basicamente a situação de uma lide: duas partes, cada qual geralmente assistida por um advogado, apresentando pontos de vista diferentes sobre o que ocorreu, e a interpretação jurídica desses fatos, com base, por vezes, na mesma norma de um ordenamento.

Para colocar fim à disputa jurídica há, ao menos nos ordenamentos nacionais, órgãos independentes – no sentido de que não estão vinculados a instruções vindas dos órgãos governamentais – a quem cabe dar a interpretação válida das normas, sendo os únicos autorizados a emitir normas individuais. Portanto, ao fim, pouco importa a interpretação que as partes dão ao Direito, pois a única válida, isto é, juridicamente vinculante, será a da mencionada autoridade. Pode ser, no entanto, que o ordenamento continue a conferir, para

certas matérias, competência a outros órgãos – centralizados ou descentralizados – para produzir normas válidas, ainda que essa normas possam vir a ser, posteriormente, anuladas pelos órgãos judiciais independentes.

Os inconvenientes da ausência de tal autoridade são por demais notáveis. Torna-se extremamente difícil entrar em consenso a respeito da qualidade dos atos praticados pelas partes, uma vez que é provável que cada qual defenda a prática delituosa pela outra. Assim, a existência de duas interpretações conflituosas concomitantemente torna-se praticamente inevitável.

É necessário diferenciar a tarefa do órgão normativo da tarefa do jurista, uma vez que comumente se diz que a ambos cabe interpretar o Direito: ao intérprete, estudioso do Direito, cabe apresentar as interpretações juridicamente admissíveis, isto é, conformes com as normas superiores; jamais optar politicamente por uma delas, caso em que estaria abandonando uma técnica hermenêutica técnico-jurídica e passando a trilhar outros caminhos, particularmente relacionados a certas orientações ideológicas.

Das normas, entes abstratos que são, só se pode tomar conhecimento por meio de enunciados. Como uma norma não é um ato legislativo, um ato judicial ou um ato de execução policial, senão é o sentido desses atos, conhecer esse sentido – o qual, inevitavelmente, consiste num “dever ser” – pressupõe alguém que considere o ato como significativo. Pode-se muito bem presenciar o ato sem se lhe atribuir significado algum; é possível descrever a prisão de um homem simplesmente nesses termos, sem fazer referência à execução de uma sentença judicial.

Ao reconhecer o significado dos referidos atos e afirmar o que se determina que “deva ser”, emite-se um enunciado a respeito de uma norma. Desse modo, a doutrina não é nenhuma fonte do Direito, uma vez que se limita a descrever algo com validade, não tendo competência para criar esse algo, por lhe faltar autorização para tanto.

O ato cujo sentido é uma norma tem importância na medida em que sua existência é condição para a validade da norma. O ato de cumprimento de uma norma, da mesma forma, só tem importância na medida em que tenha esse significado jurídico. Mas o objeto da jurisprudência é apenas os significados dos atos, o “dever ser”; todavia, na proporção em que o “ser” – que se relaciona com o princípio da eficácia – seja *conditio sine qua non* da validade de normas jurídicas, uma ciência normativa não pode deixar de verificar a existência de

determinados fatos, os quais tenham um sentido jurídico, já que é papel da jurisprudência determinar que normas valem dentro de um ordenamento.

II. O juiz como “boca da lei”

A função da magistratura, no estágio em que se encontra hoje o Direito, é tão característica que um ordenamento jurídico dificilmente pode ser pensado prescindindo-se da figura de um juiz. Contudo, nem sempre foi assim; apenas instituíram-se juízes e tribunais quando uma ordem adquiriu certo grau de centralização – apesar de que essa ordem sempre constituiu um centro de imputação, um sistema de normas de acordo com o qual podemos interpretar os fatos juridicamente.

No Direito dos primórdios não havia qualquer órgão centralizado a quem coubesse dizer o que era certo e o que era errado, de um ponto de vista jurídico. Então, reinavam condições pouquíssimo propícias à paz; cada parte numa lide apresentava diferentes alegações, comumente em sentidos opostos. Portanto, ao mesmo tempo em que uma julgava estar aplicando uma sanção – por acreditar-se autorizada a tanto – a outra interpretava o mesmo fato como interferência indevida na sua esfera de interesses; o que não é de causar surpresas, uma vez que a posição política oposta em que cada uma das partes se encontra favorece a ocorrência de divergências interpretativas.

Com o passar dos tempos, o Direito evoluiu até o ponto em que fora instituído um conjunto de órgãos independentes e centralizados a quem cabia interpretar e aplicar as normas gerais do ordenamento: os juízes e tribunais. Mesmo não havendo uma produção centralizada de tais normas gerais – de leis – havia um órgão centralizado para aplicá-las. Kelsen possui razões para acreditar que a função judiciária precedeu à legislativa na tendência para centralização:

“O problema da organização mundial é de centralização, e toda evolução do direito, desde os primórdios até seus padrões atuais, tem sido, do ponto de vista técnico, um processo contínuo de centralização. No campo do direito local, esse processo se caracteriza pelo surpreendente fato de que a centralização da função de aplicação do direito – isto é, a criação de tribunais – precede à função de criação do direito, a implantação de órgãos legislativos. Bem antes de surgirem os parlamentos como corpos legislativos, foram criados tribunais para aplicar o direito a casos concretos. Chama a atenção o fato de que o significado original do termo ‘parlamento’ era ‘tribunal’.”³

Os primeiros juízes eram competentes, pois, para aplicar normas gerais consuetudinárias. E a situação indesejável – consistente na existência de concomitantes atos, cada qual cujo autor acreditava ser uma aplicação do costume e, por conseguinte, de normas jurídicas – pôde ser eliminada pela instituição desses juízes, os quais passaram a ser os únicos

³ KELSEN, A Paz pelo Direito, 2011, p. 20

autorizados a criar Direito, com base em normas gerais, que fosse vinculativo para as partes. Assim, como a função judiciária deixa de ser exercida pelos próprios indivíduos submissos às normas então criadas, e passa a ser executada por um terceiro órgão, diz-se que tal função torna-se centralizada.

A centralização prévia da função do juiz chama a atenção para a sua importância – tantas vezes subestimada – em face do legislador. Kelsen afirma:

“Um famoso jurista norte-americano disse: ‘Todo o direito é direito criado pelos juízes.’ Talvez essa afirmação vá muito longe, mas ela nos poupa de superestimar a função de legislação e nos permite entender por que não pode haver legislador sem juiz, embora possa muito bem haver juiz sem legislador.”⁴

Geralmente menciona-se como outra característica do juiz a sua independência. Isso significa dizer que os juízes não estão submissos a ordens, seja das partes, seja de outros órgãos do ordenamento, mas apenas às normas do ordenamento jurídico que o instituiu. Cabe, então, responder à questão: a que devem obedecer os juízes?

A resposta para tal pergunta apenas pode ser respondida pela análise de uma constituição. Mas em termos gerais, pode-se dizer que é apenas essa constituição que o juiz deve aplicar, isto é, apenas normas criadas com base nessa constituição são obrigatórias. É razoável ressaltar, contudo, que as normas – embora sejam necessariamente obrigatórias para os sujeitos de deveres jurídicos por elas criados – nem sempre são de aplicação obrigatória pelo juiz; ou seja, este pode estar autorizado a aplicar o Direito ao caso concreto, sem que esteja obrigado a tanto. De qualquer modo, são apenas as normas constitucionais – e as conformemente a elas criadas – as quais os juízes estão autorizados a aplicar.

Dessa forma, um princípio moral só pode ser aplicado quando acolhido pelo ordenamento jurídico como Direito. O juiz está submetido a uma ordem jurídico-normativa, mas não a uma ordem moral de valores, o que significa dizer que apenas aquela pode autorizar o juiz a regular um caso conforme certos preceitos morais, sejam eles escolhidos arbitrariamente pelo juiz ou não.

Apesar do fato de que sempre o juiz, ao executar sua função, estará aplicando uma norma superior, há diferentes graus nos quais essa função pode estar normatizada. O fundamento da decisão judicial pode ser meramente formal, isto é, a norma poderá se limitar a impor que “as decisões proferidas pelo juiz X devem ser obedecidas” – o que, então, autoriza o juiz a decidir de acordo com sua vontade, e adotar o procedimento judicial que bem

⁴ KELSEN, A Paz pelo Direito, 2011, p. 21

entender. O procedimento de um tribunal pode ser regulado sem que se defina o conteúdo das normas que deverão ser criadas. Assim, a constituição – ou mesmo as normas gerais – pode estabelecer que uma decisão deve ser tomada por no mínimo dois terços dos votos dos membros desse tribunal. Nesse caso, uma decisão adotada por um quórum menor pode ser considerada como um ato juridicamente nulo, o qual, por conseguinte, não produz uma norma jurídica.

Por meio da análise dessas e de outras normas formais, pode-se descrever quais são os órgãos de um ordenamento – enfim, afirmar quem está autorizado a produzir uma norma jurídica válida. Um ato praticado por alguém sem a qualidade de órgão do ordenamento é juridicamente nulo; portanto, não cria nenhuma norma e nenhuma obrigação, pois para o mundo do Direito ele sequer existe. Ensina Kelsen:

“Uma pessoa não autorizada para este fim não pode produzir Direito ou aplicar Direito. Seus atos não têm, objetivamente, o caráter de produção do Direito ou aplicação do Direito, mesmo que eles, nesta intenção, subjetivamente, se realizem. Seu sentido subjetivo não é seu sentido objetivo. Estes atos não têm – como se diz – nenhuma efetividade jurídica; são nulos, i.e., juridicamente não-existentes.”⁵

Um órgão então autorizado pode estar, ou não, vinculado a normas gerais prescrevendo um determinado conteúdo para as normas individuais a serem produzidas. Então, pode estar definido não só quem deve decidir, mas como deve decidir, isto é, qual é o conteúdo da norma individual a ser emitida.

Isso não significa dizer, entretanto, que o juiz está completamente determinado; em nenhum caso a norma geral poderá definir com total exatidão quando uma sanção deve ser estatuída para um caso concreto, de modo que sempre haverá margem para discricionariedade por parte do magistrado.

Uma disseminada linha doutrinária, na qual se inclui a escola exegética, defende o ponto de vista de que o juiz é meramente a “boca da lei”, o que equivale a dizer: é aplicador, mas não criador, das normas jurídicas. Essa ideia pressupõe a insustentável crença na existência de um método, puramente lógico-racional, de extrair a norma individual das normas gerais e, portanto, não pode, de modo algum, qualificar o ato judicial como de caráter volitivo.

Aubry e Rau se referem à interpretação chamada de oficial, ou pública, do seguinte modo:

⁵ KELSEN, Teoria Geral das Normas, 1986, p. 129

“Elle s’exerce collectivement per le roi, la chambre des pairs et la chambre des députés, suivant la maxime: *ejusdem interpretari cuju est condere.*”⁶

Portanto, para essa opinião não há uma multiplicidade, mas apenas um único modo correto de interpretação jurídica e, conseqüentemente, uma única decisão jurídica possível para cada caso concreto, com base nas mesmas normas gerais.

Dessa forma, em caso de divergência entre dois órgãos “oficiais”, isto é, competentes, quanto às suas respectivas decisões – por exemplo, quando um tribunal de recursos reforma a decisão de outro – um deles estaria ordenando uma sanção sem fundamento em uma norma jurídica, nomeadamente aquele que teve o sentido do seu ato anulado, o que vale dizer que uma sanção, nesse caso, não deveria sobrevir, pois apenas uma das duas decisões pode ser fundamentada juridicamente. Por conseguinte, os juízes que ordenaram a sanção por meio da norma posteriormente derogada – e os policiais que a aplicaram, *e.g.* por meio de uma execução provisória da sentença – não agiram juridicamente conforme uma norma superior, e sim praticaram o delito de constrangimento ilegal, o que é uma consequência que dificilmente seria aceita por um exegeta, bem como o fato de que a decisão substituída não produziu efeitos anteriormente à substituição.

Na verdade, há várias possíveis normas individuais as quais podem vir a ser adotadas pelo órgão jurisdicional com base na mesma norma geral, podendo ser, muitas vezes, por via da interpretação, tanto negados como admitidos pedidos formulados por sujeitos de direitos subjetivos. O problema que se coloca diante da jurisprudência é o problema da legalidade; isto é, de quais interpretações são possíveis conformemente à norma geral. A opção política por uma delas apenas será exercida pelo órgão autorizado, de modo que é inviável à “doutrina” a escolha de uma das múltiplas interpretações como a que deve basear a postura de uma norma individual.

Segundo Kelsen:

“A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigida ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.”⁷

⁶ ZACHARIÄ; AUBRY; RAU, Cours de Droit Civil Français (Tome premier), 1850, p. 40

⁷ KELSEN, Teoria Pura do Direito, 2012, p. 393

Os diversos métodos de interpretação não podem ser escolhidos lógico-dedutivamente, ao se proferir uma norma individual com base numa norma geral. Assim como a própria interpretação, o método para que a ela se chegue também é uma escolha arbitrária do juiz.

Não há razão para que se considere que o juiz está adstrito a seguir determinado método interpretativo, exceto quando o próprio ordenamento jurídico estabelecer o contrário – como, por exemplo, por meio de uma disposição segunda a qual “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Nesse caso, pode-se verificar objetivamente a determinação da opção por um certo método, uma vez que a disposição mencionada pode ser considerada como fazendo parte da própria norma geral.

Segundo Kelsen:

“Traditional jurisprudence distinguishes various methods of interpretation: the historical, in contrast to the gramatical, an interpretation according to the ‘spirit’ in opposition to a literal interpretation keeping to the words. None of these methods can claim preference unless the law itself prescribes the one or the other.”⁸

A máxima *ejusdem interpretari cuju est condere*, pois, é incorreta. Não cabe aqui perquirir um método mais conveniente ou politicamente mais adequado de interpretação normativa. Cabe, sim, analisar o problema da legalidade, isto é, determinar quando uma norma inferior pode ser considerada conforme a outra superior.

As normas hierarquicamente superiores àquela a ser produzida pelo juiz define quem deverá ser este juiz, ou seja, qual é o órgão do ordenamento autorizado a aplica-las; também determina um procedimento a ser seguido para que a sanção seja ou não, ao final, aplicada. Isso também ocorre na relação entre a constituição e a legislação, na medida em que a primeira institui um órgão legislativo e um processo para aprovação de leis.

Uma diferença, todavia, entre a aplicação da constituição e a aplicação de leis reside no fato de que, usualmente, a constituição não define o conteúdo das leis a serem criadas – e quando o faz, fá-lo em medida relativamente pequena. A lei, de sua parte, geralmente determina, e por vezes com detalhes, o conteúdo das sentenças – no entanto, nunca pode fazê-lo, por impossibilidade fática, de modo a retirar completamente a discricionariedade do órgão judicial; pode reduzi-la ou amplia-la, porém, nunca extingui-la.

⁸ KELSEN, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, 1950, p. xiii

O juiz está vinculado, em termos de conteúdo, às normas gerais na medida em que deve proferir uma sentença conforme, conteudisticamente, àquelas. E uma norma inferior será conteudisticamente conforme à uma norma superior quando o substrato modalmente indiferente daquela puder ser subsumido no desta; não são as duas normas que se encontram em relação subsuntiva – uma vez que uma norma jurídica inferior não pode ser deduzida de outra superior – mas sim os seus respectivos substratos modalmente indiferentes. Porém, existem diversas possíveis condutas concretas as quais podem vir a ser subsumidas no conceito contido na norma – e as diversas definições da extensão desse conceito podem divergir.

A margem de discricionariedade do juiz frente à interpretação normativa é tão maior e mais evidente quanto mais aberto for o conceito contido na norma. Assim é que certos termos empregados na legislação aparentam determinar o conteúdo de uma norma inferior, mas são tão vazios que deixam essa determinação totalmente a cargo do juiz.

O conceito de “justiça”, por exemplo, pode ser dotado de qualquer significação, dependendo do intérprete da norma que apresente o conceito – para que este apresentasse certo conteúdo, dever-se-ia pressupor a existência de um valor absoluto que pudesse ser identificado com o justo. Qualquer conduta humana pode, entretanto, de um ponto de vista ou outro, ser qualificada como justa.

Portanto, uma norma que autoriza o juiz a aplicar os princípios do Direito ou os princípios da justiça torna possível a esse juiz deixar de aplicar qualquer outra norma jurídica que não essa norma autorizativa, uma vez que se o juiz considerar injusta a postura de uma norma superior com conteúdo, para ele, politicamente indesejável, poderá deixar de aplica-la, para formular uma norma com o conteúdo que bem lhe agrade.

O uso do termo “justiça”, no caso em que lhe identifiquemos com o termo “Direito”, é supérfluo. Caso contrário, é uma técnica legislativa que não enrobustece, mas sim enfraquece, a aplicação do Direito, na medida em que aumenta o arbítrio – ao invés de determiná-lo em maior grau – do órgão decisor.

A terminologia do “interesse público”, com as suas variações “vontade geral” ou “bem comum”, também são enganosas, já que dão a impressão de determinarem o conteúdo de alguma norma sem, contudo, fazê-lo. Pois se deve pressupor que haja uma convergência de interesses entre os diversos membros de uma comunidade a ponto de se poder afirmar um

valor como conveniente para todos, ou uma autoridade supra-humana cuja vontade possa ser identificada com quaisquer desses conceitos.

Como a experiência mostra que essa convergência de interesses não se apresenta, e como a mencionada autoridade supra-humana não existe, não há como se atribuir, de antemão, um conteúdo definido para as terminologias referidas.

A “vontade do legislador” é outro conceito problemático; se essa vontade de fato existe é outra questão saber se o órgão decisor está a ela vinculado. E essa vinculação não pode se dar sem uma norma positiva que assim o determine. Caso se responda em sentido afirmativa a essa questão – isto é, em se considerando que o juiz está obrigado a observar a “vontade do legislador”, surge o problema de como auferir o seu conteúdo, uma vez que, na imensa maioria das situações, o legislador e o juiz são indivíduos distintos.

Mas, todavia, observa Kelsen:

“But is more than doubtful whether there exists at all such a thing as the ‘will of the legislator’ especially where the law is a result of a complex procedure in which many individuals participate, such as the procedure through which a statute is adopted by a parliament or the procedure through which a multilateral treaty is negotiated and signed by many plenipotentiaries and ratified by many governments. The intention of the one or more who draft the text of a legal instrument is not identical at all with the will of the legislator, that is the will of those competent to make the draft a binding law, and who often fulfil this function without adequate knowledge of the text.”⁹

Outros termos podem ter caráter mais fechado, de modo que a margem discricionária do magistrado pode restar diminuta. Mas, de toda forma, sempre é mantido um espaço para um ato caracteristicamente volitivo, originado de uma preferência político-social do magistrado, que decidirá por esta ou aquela extensão do conceito normativo. Não há método científico-racional para definir qual interpretação deve ser seguida em cada caso concreto; é apenas por meio de um ato de vontade, e não cognitivo, que a decisão pode ser tomada. E a definição do sentido de um conceito é, no âmbito da hermenêutica jurídica, sempre uma decisão política.

Em conclusão, uma multiplicidade de sentenças pode ser criada com base nas mesmas normas gerais, por vias de diferentes atos volitivos. Estarão conformes a essas normas gerais aquelas sentenças cujo conceito normativo pode ser subsumido no conceito normativo das primeiras e, assim, qualquer uma das referidas sentenças é aplicação das normas gerais, hierarquicamente superiores.

⁹ KELSEN, The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems, 1950, p. xiv

Mas um juiz, ou tribunal, o qual determina o *dever ser* de alguma sanção diante de determinado fato, embora não haja nenhuma norma geral a qual impute uma sanção a esse fato, também produz uma norma válida, e aplica uma norma geral, segundo a qual também é válida uma decisão ainda que se deixe de observar o conteúdo legal. Os órgãos jurisdicionais competentes para processar recursos podem, é claro, anular os efeitos da determinação, ou pode ser imposta uma sanção ao juiz ou tribunal que a determinou. Contudo, antes de ser reconhecido o fato de que não há correspondência de conteúdo entre as normas inferior e superior, a primeira produz seus efeitos normalmente, *i.e.*, estatui uma obrigação.

É importante destacar que a norma individual só estará desconforme com a norma geral quando assim declarado por alguém de competência. Do contrário, não se pode fazer tal afirmação uma vez que um fato não reconhecido pelo Direito – isto é, por meio dos seus órgãos – sequer existe juridicamente. Então, deve-se admitir que o juiz está autorizado pelo ordenamento para produzir tanto normas conteudisticamente desconformes, quanto conformes, com as normas as quais determinam o seu conteúdo; contudo, ao passo que estas geralmente não podem ser anuladas por via de recurso, aquelas o podem – *ex tunc* ou *ex nunc* – enquanto aqueloutro pode estar, ao mesmo tempo, sujeito a uma sanção, caso o ordenamento faça da conduta de estabelecer normas ilegais um delito.

Quando e como as normas de um ordenamento jurídico podem ser anuladas, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, apenas o próprio ordenamento pode determinar, já que é o Direito quem regula a própria criação. São os órgãos desse mesmo ordenamento que anularão as normas produzidas por outros de seus órgãos, podendo-se afirmar que todo controle jurídico é intra-jurídico; e, ainda, são esses órgãos quem constatarão os pressupostos para que se possa considerar uma norma como ilegal ou inconstitucional.

Quando a decisão judicial não puder ser reformada por meio de recurso – e, portanto, a norma por ela produzida não puder ser derogada – esta adquire a condição de *res judicata*. Nesse caso, não é cabível a discussão de conformidade com a norma geral, uma vez que a validade da norma não depende de ser conforme. Quando uma norma a qual antes podia ser considerada ilegal adquire a mencionada condição, torna-se tal como uma norma legal, isto é, não sujeita a anulação. Por conseguinte, um juiz pode, por meio da *res judicata*, determinar uma sanção sem correspondência conteudística com uma norma superior, determinação essa que produzirá os mesmos efeitos jurídicos se comparada à situação em que efetivamente exista uma tal norma superior.

Um juiz notadamente cria Direito quando decide “por analogia”, isto é, quando pressupõe que o legislador, por ter estabelecido certa norma, também “quer” a validade de uma outra norma, a qual, em realidade não existe, mas que o juiz pretende estar aplicando. Então, *e.g.* quando um juiz determina uma obrigação, em concreto, de uma companheira perante um companheiro os quais não são casados, no âmbito de uma união civil, não está aplicando “por analogia” uma norma geral a qual estabeleça a mesma obrigação, de forma geral, para uma mulher perante o seu marido, no âmbito de um matrimônio.

Está sim, nessa situação, criando Direito novo, cujo conteúdo não preexiste e não está predeterminado em qualquer norma geral. Apenas uma norma geral – aquela segundo a qual não só uma norma conteudisticamente conforme, mas também uma desconforme, pode ser estabelecida pelo juiz e ter validade – pode ser considerada como sendo aplicada, e não uma outra que determine qualquer tipo de conteúdo a ser observado na produção da norma individual.

Uma vez que o argumento *a maiore ad minus* em nada difere da interpretação “por analogia”, pode-se tecer, no que diz respeito a ele, os mesmos comentários, especialmente aquele consoante o qual a validade de uma norma não pode ser inferida da validade de outra norma, ainda que haja razões para se admitir que o criador de uma dessas normas teria coerentemente proferido a outra, não fosse por qualquer motivo.

Para além da possibilidade de diversas interpretações jurídicas a respeito das mesmas normas, a observação dos fatos – especialmente as condutas humanas – cujos conceitos compõem o conteúdo dessas normas também não será necessariamente unívoca. Ainda que se chegue a um consenso quanto à extensão do conceito contido numa norma – que só pode ser auferido por meio de um enunciado sobre essa norma – pode haver divergência quanto às diversas opiniões sobre a realidade fática, a qual deverá ser levada em conta para a aplicação das normas jurídicas.

Mas não é qualquer opinião dentre as mencionadas que é relevante em sentido jurídico; apenas a palavra de um juiz ou de um tribunal, sobre o que aconteceu ou não, importa na aplicação das normas individuais. A palavra das partes ou dos advogados apenas pode sugerir, sem contudo, obrigar o juiz a considerar uma determinada versão dos fatos.

Em verdade, é à declaração dos juízes e dos tribunais – e não ao fato reconhecido por elas – que o Direito imputa as sanções. Logo, quando se faz um enunciado de uma norma geral afirmando que “se um indivíduo praticou corrupção, deverá ser punido” quer-se

significar que “se um juiz, ou tribunal, competente reconheceu que um indivíduo praticou corrupção, apenas então esse indivíduo deverá ser punido”. Assim é que a declaração judicial apresenta não um sentido descritivo, mas normativo, *i.e.* constitutivo; por meio dela o juiz não informa ou descreve uma situação, mas sim pratica um ato gerador de consequências jurídico-normativas. Segundo Kelsen:

“Se, p. ex., um juiz declara que um certo indivíduo praticou um furto, antes o juiz ordena numa norma individual, no caso *sub judice*, a sanção estatuída pela norma geral: uma pena de prisão. Esta declaração é um ato, cujo sentido é um enunciado que – como enunciado – pode ser verdadeiro ou falso. Mas o procedimento judicial depende do ato de declaração. Este é uma condição à qual está ligada a sanção na norma jurídica geral. E esta condição é realizada tão logo a decisão judicial transitou em julgado, ainda que o sentido do ato da declaração: o enunciado, não seja verdadeiro.”¹⁰

Por isso, pouco importa, juridicamente, a opinião deste ou daquele homem segundo a qual o fato declarado – isto é, reconhecido e constituído – pelo juiz em realidade inexistiu, ou vice-versa. O Direito possui sua própria verdade, a qual é criada por meio de atos de autoridades competentes conforme o próprio Direito. Um fato assim não reconhecido é um fato que juridicamente não possui valor algum, ou seja, é irrelevante. Afinal, não existem fatos *per se*; apenas ocorrências e declarações de fatos constatadas e emitidas por alguém. É nesse sentido que afirma Kelsen:

“Assim sendo, um legislador absolutamente não pode fazer ocorrências em si para a condição de consequências determinadas. Para a condição de uma determinada consequência, ele apenas pode fazer a declaração com base na informação de alguma pessoa sobre certa ocorrência; e ele precisa, quando o faz, determinar, porém, de mais a mais, de qual pessoa é a decisiva declaração. Pois sobre se uma certa ocorrência realizou-se, as declarações feitas por diferentes pessoas podem ser muito divergentes, devido à percepção direta ou indireta.”¹¹

Os ordenamentos jurídicos em geral possibilitam uma revisão da declaração geradora de efeitos jurídicos, geralmente por outro órgão, diferente daquele que praticou tal ato declaratório. Então, podem existir outros órgãos competentes do mesmo ordenamento os quais, verificados determinados pressupostos, podem confirmar ou não a declaração do juiz. Neste último caso, podem retirar a validade dos efeitos jurídicos da primeira declaração. A partir daí, a opinião do primeiro juiz – bem como qualquer outra que não a do segundo órgão – perde a relevância jurídica, apenas importando a declaração do julgador do recurso, podendo esta estar ou não sujeita a outro recurso.

Uma vez que não haja mais possibilidade de se recorrer de uma decisão, configura-se a chamada *res judicata*. Então, a veracidade da declaração judicial não está mais em questão.

¹⁰ KELSEN, Teoria Geral das Normas, 1986, ps. 164-165

¹¹ KELSEN, Teoria Geral das Normas, 1986, p. 166

Se um juiz decidiu que o homem H deve ser posto na prisão por conta de um delito cometido, e esta decisão adquiriu o *status* de *res judicata*, a norma individual possui validade permanente, o que significa dizer que não interessa o eventual fato de todas as opiniões – menos a do juiz competente – considerarem a falsidade da declaração feita, isto é, reconhecerem que o homem H não cometeu delito algum.

Pode ser, é claro, que a autoridade policial – a quem cabe aplicar a norma judicial e a qual também exerce um papel interpretativo de relevância jurídica – não considere a existência da *res judicata*, *e.g.* por considerar que o homem que a pôs não era sequer um juiz, de modo que ele nem teria produzido uma norma, e sim teria praticado um ato juridicamente insignificante.

A relação entre o ato do policial e o ato do juiz – ou melhor, entre o significado de ambos os atos – é qualitativamente do mesmo tipo de qualquer outra que envolva a criação e aplicação de Direito, em que pese a diferença quantitativa; a margem de discricionariedade do policial é relativamente menor que a do juiz, e relativamente muito menor que a do legislador. No entanto, ainda que reconheça a existência de uma sentença produzida por meio de um ato proveniente de um órgão juridicamente autorizado – fato este que consiste em atividade hermenêutica do policial – há não um, mas inúmeros modos de aplicar essa sentença.

Pode a sentença se limitar, por exemplo, a determinar que “a mulher M deve ser posta na prisão” sem, porém, indicar em qual estabelecimento prisional deve ser cumprida a pena, ou quantos policiais devem executá-la, no que resta um espaço – ainda que pequeno – para o aplicador da norma. Diversas condutas que este venha a praticar podem ser interpretadas como significando a aplicação de uma norma judicial, já que uma norma nunca pode limitar com total precisão os fatos em geral que deverão integrar o conteúdo de uma norma inferior.

III. O efeito retroativo produzido pela sentença

O juiz é um agente criador de Direito – não mero aplicador – haja vista ter a norma individual por ele produzida, por meio da sentença judicial, efeitos jurídicos constitutivos, e não simplesmente declaratórios; isto é, uma obrigação é concretamente criada, a qual não existia previamente à norma individual.

Primeiramente, há a possibilidade de um juiz criar uma norma não determinada conteudisticamente – mas apenas formalmente – por uma norma superior, ou seja, decidir plenamente o conteúdo de uma obrigação com extrema margem de discricionariedade. Um ordenamento jurídico pode ou não autorizar o juiz a fazê-lo.

No primeiro caso, produzir-se-á uma norma válida e, portanto, vinculante às partes; no segundo, de início, ocorrerá o mesmo – contudo a norma assim produzida será passível de anulação, por outro órgão determinado pelo ordenamento jurídico, o qual constatará, ou não, o fato de ter o juiz extrapolado os limites autorizados para a sua discricionariedade. Caso se admita que o magistrado criou uma obrigação no caso concreto sem que houvesse embasamento conteudístico de uma norma superior, e não estando o juiz livre para criar uma norma de conteúdo novo, o órgão incumbente de julgar recursos tornará sem efeitos a obrigação criada – seja com efeitos retroativos ou não. De todo modo, é sempre necessário que haja um reconhecimento, por parte de autoridade competente, que constata a ilegalidade da norma para que a mesma seja anulada.

Em todos os casos – especialmente naqueles em que o conteúdo da discricionariedade do juiz não é limitado – a sentença judicial produzida deverá ser fundamentada numa norma superior. O mínimo que tal norma pode determinar é a autoridade a quem incumbe produzir, isto é, a qual está autorizada a criar, Direito válido; mas também pode ser determinado algum procedimento para a criação jurídica, mormente nos casos em que a decisão deverá ser colegiada, a exemplo de uma disposição sobre o quórum necessário para a aprovação do conteúdo da sentença.

Mesmo uma decisão considerada ilegal deve estar fundamentada pela norma superior; todavia, neste caso, o próprio ordenamento poderá prever – e sem dita previsão perderá certa eficácia – meios para tornar a referida decisão sem efeitos, ou para responsabilizar, seja civil ou penalmente, o seu órgão produtor. Certamente, apenas o primeiro método garantirá um controle plenamente eficaz de legalidade e constitucionalidade, uma vez que a mera punição

do indivíduo que atuou como legislador não retira a validade das sentenças proferidas com base na lei por ele criada.

Uma vez criada uma nova obrigação pelo juiz, a qual não constitua aplicação material, o juiz terá vinculado as partes de um modo retroativo, ou seja, terá criado um dever para uma das partes inexistente à época dos fatos, pois não previsto por qualquer norma geral. É nesse sentido que Kelsen diz:

“Any rule of customary law is retroactive in the first case in which it is applied as a rule of law. Any rule of law created by a precedent is retroactive in the case in which it is first applied.”¹²

Um juiz cria Direito novo – não determinado conteudisticamente – quando decide por analogia, ou quando aplica o argumento *a maiore ad minus*, já que as razões segundo as quais ele supõe, diante da existência de uma norma jurídica, que o legislador que a criou teria criado outra se tivesse assim cogitado não podem ser inferidas da legislação. Uma sentença a qual determina um conteúdo não estabelecido por uma norma geral não pode ser uma aplicação material, mas apenas formal, desta.

O ordenamento jurídico pode conferir a essa nova decisão o caráter de um precedente, quando então será constituída uma norma geral e, por conseguinte, *erga omnes*, determinando que, para casos similares, o mesmo tipo de decisão deverá ser tomado. Para tanto, a própria ordem deve determinar a obrigatoriedade de se seguir o padrão dessa decisão em futuros julgamentos, caso em que a norma nestes produzida não mais será uma norma conteudisticamente indeterminada.

Mas a aplicação de um precedente normativo traz à tona as mesmas questões de se aplicar a legislação em geral, porquanto há de se definir se um caso é ou não semelhante a outro, o que, de um ponto de vista ou de outro, pode ser respondido afirmativa ou negativamente.

Todavia, a maioria das decisões proferidas dentre os diversos ordenamentos do mundo não valem senão *inter partes*, o que significa dizer que não vinculam os outros órgãos judiciais nem os outros súditos da ordem e, portanto, não criam obrigações gerais. É somente nas normas jurídicas que se achará a resposta quanto à ostentação, ou não, por parte de um julgado, da condição de precedente judicial. Uma decisão judicial prévia pode influenciar um órgão proferidor de outra decisão, tomada posteriormente, sem, contudo, ser-lhe obrigatória a sua observância.

¹² KELSEN, The Rule Against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals, 1945

Dito isso, podemos verificar que dois tipos de decisões podem ser emitidas pelo órgão judicial – esteja este conteudisticamente determinado ou não: decisões condicionais e decisões incondicionais.

No tocante às primeiras, elas não encerram em si a determinação de uma sanção; apenas criam uma obrigação concreta para alguma pessoa. Tome-se o exemplo da norma internacional que estabelece o dever de um Estado litorâneo permitir a passagem pacífica de um navio comercial de outro Estado pelas suas águas. Se for constatado que o Brasil é um Estado litorâneo, um tribunal internacional poderá proferir uma norma concreta obrigando o Brasil a conceder passagem por suas águas a navios estrangeiros. No caso, não foi ordenada sanção alguma contra Estado algum; apenas determinou-se que, por conta de uma norma geral preexistente, um dever particular de determinado Estado se verifica, qual seja, o dever de tolerar passagem de navios comerciantes estrangeiros.

Essa norma condicional estará conforme à norma geral superior se o substrato modalmente indiferente da primeira puder ser subsumido no da segunda, *e.g.* se o conceito “Brasil” puder ser subsumido no conceito de “Estado litorâneo”. Para que exista essa conformidade, os fatos que formam o conteúdo da norma geral, os quais constituem requisitos para existência da obrigação concreta, devem ser, explícita ou implicitamente, reconhecidos pela autoridade que profere a norma concreta.

Mas há certos casos em que, além de estabelecida a obrigação concreta de alguém, o juiz ordena contra este uma sanção, por conta da quebra de um dever jurídico (*breach of Law*). Assim, o tribunal referido há pouco poderia ter estabelecido o dever de tolerância e, ainda, constatado que o Estado brasileiro obstou a passagem de algum navio estrangeiro, determinando um embargo econômico ao Brasil. Então, não há mais a possibilidade de o Estado brasileiro – ou melhor, dos indivíduos que funcionam como órgãos desse Estado – evitarem o “dever ser” da sanção por meio da sua conduta.

Nessa situação, uma norma retroativa terá sido criada, já que a conduta praticada pelo órgão brasileiro, ao obstar a passagem de algum navio estrangeiro, não poderia ter sido um delito concreto no momento da sua prática. É uma tarefa eminentemente constitutiva a de verificar os fatos praticados e interpretá-los de acordo com uma norma preexistente; pois ao estabelecer que uma conduta qualquer praticada em nome do Estado brasileiro configura óbice à passagem de navio estrangeiro, o órgão julgador está definindo os limites e o escopo de uma norma geral, ao criar, com base nela, uma norma individual.

Portanto, não se pode ter um conhecimento de um ordenamento jurídico tal que seja possível determinar qual conduta humana, num caso concreto, ocasionará o *dever ser* de uma sanção ao seu praticante – ou alguém por ele juridicamente responsável – e qual não, uma vez que o Direito ainda está para ser constituído quando da prática da conduta. Uma crença na segurança jurídica originada por esse conhecimento é ilusória.

Do exposto decorre que um notável papel do juiz na criação do Direito é a constatação da existência fática dos elementos normativos gerais. Pode haver uma norma geral proibindo o furto, e delimitando em termos gerais o que se entende por tal conduta; no entanto, jamais poder-se-á prever que condutas, prévias e futuras, efetivamente praticadas, são subsumíveis no substrato modalmente indiferente da estrutura normativa em questão.

Afirmar que o furto é juridicamente proibido não é senão o reconhecimento do dever jurídico de não furtar; mas a afirmação de que um indivíduo furtou e que, portanto, está sujeito às penas legais, é de teor essencialmente diverso, de modo que estará incorreta, de um ponto de vista jurídico, se não houver alguém que reconheça a prática concreta o furto. E tal reconhecimento cabe apenas à autoridade competente, para tanto determinada por alguma norma do ordenamento.

Nesse ato de reconhecer, a função da autoridade não é de modo algum descritiva – não é de sua natureza informar ou conhecer a realidade fática. A característica desse ato é criativa, uma vez que traz para a esfera jurídica fatos que até então não poderiam ser qualificados juridicamente com relevância.

Ao proferir uma norma geral, o ato de vontade do legislador – que, por conta da autorização conferida a este pelo ordenamento jurídico, adquire sentido objetivo, além do subjetivo que lhe é inerente – não inclui os diversos casos futuros os quais podem vir a ser objeto de interpretação jurídica com base nessa norma. A norma geral não cria obrigação concreta alguma *ipso facto*; sem que um órgão autorizado a proferir normas de caráter individual determine a aplicação da norma geral a determinada pessoa, não se pode dizer que esta preenche os requisitos os quais a tornam sujeita a uma sanção. Kelsen ensina:

“Mas a autoridade que estabelece a norma geral, quer dizer: esta quer que todas as pessoas devam cumprir as suas promessas, não pode querer que Maier deva cumprir sua promessa feita ao Schulze de pagar-lhe 1.000, porque ela não pode saber antecipadamente que no futuro um homem Maier fará a promessa a um homem Schulze de pagar-lhe 1.000. Não se pode querer aquilo de que nada se sabe.”¹³

¹³ KELSEN, Teoria Geral das Normas, 1986, p. 300

O ato de vontade cujo sentido é a norma geral, pois, não implica o ato de vontade cujo sentido é a norma individual e, portanto, a validade da norma geral não implica a validade da norma individual. A “vontade do legislador” não alcança o caso concreto. Assim sendo, como uma norma não sugere logicamente a outra, deve haver um ato de vontade entre as duas o qual, pelo menos, verifique a existência dos fatos que levam à aplicação da norma geral; este ato só pode ser do autor da norma individual, que, no caso de uma sentença judicial, é o magistrado.

Por consequência, se o significado de certo enunciado que informe que “o indivíduo A deve pagar determinada quantia ao indivíduo B em virtude de um contrato” for o de que existe uma norma que assim o determine, esse enunciado não poderá ser correto apenas pela constatação da validade da norma do *pacta sunt servanda*, já que esta última estabelece a vinculatividade das transações jurídicas apenas de forma geral, não podendo prever o seu criador que, no futuro, o indivíduo A transacionará com o indivíduo B, e que o primeiro assumirá a obrigação de pagar ao segundo uma determinada quantia.

Não apenas normas jurídicas, mas quaisquer entes cujo sentido seja a prescrição de um “dever ser”, não são entendíveis por meio dos princípios lógicos em geral, e pelo princípio da dedução em particular. Também o “dever ser” de um preceito moral ou religioso depende da existência de um fato – portanto, da categoria do “ser” – qual seja, o estabelecimento da norma, do comando, da ordem, pela autoridade, sem o qual não se “deve ser”. Kelsen exemplifica:

“De Deus ordenar ou haver ordenado: os homens não devem matar os seus semelhantes, não se segue que Deus ordene ou haja ordenado que Caim não deve matar Abel. Deus pode nesse caso fazer uma exceção, como ele o fez no caso em que mandou Abraão sacrificar seu filho; ou Deus pode omitir-se de ordenar a Caim que não mate Abel.”¹⁴

Isso porque um ato de pensamento difere essencialmente de um ato de vontade: enquanto o primeiro não altera o fato descrito pelo ato – isto é, o sentido do ato de pensamento não importa para a realidade que descreve, de modo que a realidade será da maneira como é independentemente de existir o ato de pensamento, cujo sentido descreve essa realidade – o ato de vontade é imprescindível para a validade da norma, o que significa dizer para a sua existência. O sentido do ato cognitivo não traz mudanças à realidade; o sentido do ato volitivo sim, ainda que a constatação dessa mudança, ocasionada pelo ato volitivo, só possa ser feita por via de um ato do primeiro tipo.

¹⁴ KLUG; KELSEN, Normas Jurídicas e Análise Lógica, 1984, ps. 16-17

Portanto, um ato de pensamento não pode prever o conteúdo de uma sentença. Como o sentido da afirmação “o homem X deve ser posto na prisão por ter cometido assassinato” não é uma extensão da afirmação segundo a qual “Se um homem cometer assassinato, deve ser posto na prisão”, senão é a descrição da validade de uma norma que determine que “o homem X deve ser posto na prisão”; e como toda norma posta depende de um ato de vontade que a ponha, cujo sentido seja a própria norma, o enunciado referido não estará descrevendo corretamente a realidade – será, então, falso – se não existir esse ato de vontade o qual tenha posto a norma.

O membro de uma comunidade jurídica da qual faça parte certa norma estabelecendo que “ao homem, cujas condições de saúde o permitam, que se negar a prestar serviço militar, quando de seus dezoito anos de idade, deverá ser aplicada a pena de morte” não está individualmente obrigado a prestar serviço militar, porquanto inexistente qualquer norma individual estabelecendo que o referido membro deverá prestar serviço militar.

Então, impossibilitado de deduzir da norma geral a norma individual – e, por conseguinte, de saber quais são seus deveres jurídicos *in concreto* – um súdito, pode no máximo tentar prever, com um limitado grau de probabilidade, de que forma será interpretada a norma jurídica geral e, por consequência, quais normas individuais virão a ser criadas. Não pode responder essa questão, contudo, por meio da jurisprudência, porquanto uma análise puramente normativa não pode chegar a tais conclusões.

Uma típica situação é aquela na qual um indivíduo se depara com um comando, o qual se pretende uma norma, isto é, cujo autor pretende a obrigatoriedade do mesmo; por exemplo, a ordem militar de um superior. Diversos ordenamentos jurídicos prescrevem o dever de observância a tais ordens, contanto que não estejam imbuídas de manifesta ilegalidade. O destinatário de uma ordem desse tipo, aquele para o qual ela se dirige, deve assegurar-se de que a ordem provém de um militar superior e de que não é manifestamente ilegal, caso em que – se preenchidos ambos os requisitos – terá força de Direito, isto é, tornar-se-á conteúdo de um dever jurídico cujo sujeito é o destinatário.

No entanto, de um ponto de vista militar, é extremamente dúbio auferir se a referida ordem contém ou não vício de legalidade e, por conseguinte, se vincula ou não aquele a quem a ordem é dirigida. Se a ordem não é manifestamente ilegal, é obrigatória para o subordinado, estando ele sujeito à sanção em caso de inobservância; se o é, trata-se de um ato nulo, sem força de norma. Diante do comando, o destinatário “pode recusar-se a obedecê-lo, mas

sempre agindo por sua conta e risco, isto é, ele corre o risco de que, processado por desobediência, a autoridade diante da qual comparece não considere o ato nulo”¹⁵.

Em outras palavras, a conduta do subordinado apenas será interpretada à luz do ordenamento jurídico, como delito ou conduta permitida, após a opção entre a observância ou inobservância do referido comando. Não é relevante o que pense o militar superior, ou o subordinado, a respeito da manifesta ilegalidade do comando. Apenas a autoridade competente poderá dizer se a ordem militar era ou não obrigatória – e o fará *a posteriori* e, portanto, retroativamente.

Existe a possibilidade, também, de o destinatário acatar o comando, praticando a conduta determinada pelo superior. Se a conduta então praticada for considerada manifestamente ilegal, o ordenamento jurídico pode responsabilizar o praticante, que agiu sem amparo de qualquer norma, independente de estar, ou não, o superior sujeito a alguma sanção.

Em ambos os casos, não há parâmetros racionais para determinar se a norma geral foi ou não infringida. É apenas o juiz, ou o tribunal, que – com base numa apreciação político-subjetiva dos elementos fáticos e jurídicos em questão – determinará ou não a sua incidência. A indesejável insegurança jurídica constante da situação não pode ser resolvida por meio dos princípios da lógica tradicional, uma vez que é um ato volitivo o qual interpretará a norma geral e o comando emitido, tornando a sentença judicial retroativa na medida em que o intérprete da norma de caráter geral opta por uma maneira, dentre tantas possíveis, de interpretá-la.

O mesmo se dá quando alguém pratica determinada conduta a qual julga estar sendo praticada a título de legítima defesa. Pouco importa o que pense o indivíduo o qual agiu, pois é apenas ao ser apreciado um caso por um juiz ou por um tribunal que se decidirá se, de fato, a conduta do indivíduo constitui, ou não, legítima defesa. Durante a prática dessa conduta, portanto, o indivíduo age por sua conta e risco, sujeito a que o tribunal diante do qual comparece considere a sua conduta como ilícita, e não como um ato praticado em legítima defesa.

Por isso, não é possível saber se alguém é titular ou não de certo direito no sentido técnico-jurídico do termo antes que seja reconhecido *in concreto* o dever jurídico correspondente, e desde que o primeiro seja um dos requisitos deontológicos da sanção

¹⁵ KELSEN, Teoria Geral do Direito e do Estado, 2005, p. 143

imputada à inobservância do segundo. Assim, aquele que se julgue na posse de um direito subjetivo tentará uma ação contra o sujeito do respectivo dever, mas somente após a decisão – que apresentará efeitos retroativos – é que será possível saber se efetivamente existia ou não o cogitado direito, o qual é, certamente, dependente da existência do dever de outrem.

Mesmo após proferida uma decisão interpretando fatos já ocorridos, os ordenamentos jurídicos em geral possibilitam à parte interessada pedir a revisão da mencionada decisão; isso acontece quando, por uma extensão do seu direito subjetivo, a parte é autorizada a recorrer. O ato judicial anteriormente praticado não pode ser anulado, pois é um fato; o seu sentido, entretanto, o pode por meio do recurso.

Nesse caso, os fatos já ocorridos são reinterpretados com base no mesmo ordenamento jurídico – no entanto, geralmente por outro órgão judicial, o que significa dizer que outra opção política interpretativa pode ser adotada, proferindo-se uma nova norma jurídica no lugar da primeira. Então, novamente tem-se uma situação em que fatos ocorridos anteriormente à apreciação jurídica são considerados como legais ou ilegais, juridicamente permitidos ou como delitos; a decisão do tribunal de recursos, portanto, também é retroativa, não só porque pode criar uma nova obrigação, mas também porque pode derrogar outra norma.

Nota-se, portanto, que uma decisão judicial pode ser retroativa não só ao determinar o *dever ser* de uma sanção, mas também ao determinar o *não dever ser* dela. Afinal, uma norma jurídica nunca é nula *ab initio*, de modo que uma decisão que a considere nula de pleno direito não significa outra coisa senão que a anulará com efeitos retroativos. Pois enquanto não foi considerada tal, a norma valeu, isto é, possuiu efeito vinculante e, portanto, uma atual interpretação normativa não exclui a possibilidade de que em tempos pretéritos os mesmos fatos tenham sido interpretados de maneira diversa.

Um caso típico é o de um tribunal constitucional com competência para anular, por inconstitucionalidade, as decisões judiciais. Um ordenamento o qual possua dito controle de constitucionalidade autorizará determinado órgão desse ordenamento a retirar a validade de determinada norma judicial, que é o sentido do ato de um juiz, por desconformidade com as prescrições da constituição, sejam elas de forma ou de conteúdo. Uma tal decisão – que determine a inconstitucionalidade de uma norma individual – sempre será constitutiva, ou seja, sem referida decisão a norma judicial proferida continuará a valer. E levando em consideração o tempo durante o qual essa norma valeu até a sua anulação, pode-se dizer que a decisão do tribunal constitucional é retroativa.

O Direito também pode ser criado retroativamente quando um órgão do ordenamento está autorizado a modificar o conteúdo da sentença, ainda que esteja diante de algo como *res judicata*. Esse órgão pode ser o presidente, por exemplo, quando autorizado a conceder perdão ao infrator e, desse modo, retirar a validade da sentença a qual o condenou a determinada pena.

Mas esse controle judicial por parte de outro órgão do ordenamento jurídico, autorizado a modificar o conteúdo da sentença, pode ser incumbência do próprio órgão a quem caiba aplicá-la, isto é, executar a sanção por ela determinada, quando, então, a eficácia da norma sentencial estará seriamente comprometida.

É evidente que o Conselho de Segurança pode criar Direito novo, por exemplo, ao fazer uma recomendação diversa do que determine uma decisão da Corte Internacional de Justiça, e dar força obrigatória a essa recomendação, agindo sob o artigo 94, parágrafo 2, da Carta das Nações Unidas, cujo texto diz:

“If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgement rendered by the court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgement.”¹⁶

Caso se admita a interpretação segundo a qual não há restrição quanto ao conteúdo da referida recomendação¹⁷ – que, de fato, é uma interpretação possível, embora não necessária – é evidente a margem de discricionariedade que possui um órgão, nomeadamente o Conselho de Segurança para desconsiderar a decisão de um tribunal, e assim, estabelecer retroativamente o “não dever ser” de uma sanção, no caso em que enforce não a decisão desse tribunal, mas a sua própria recomendação.

Uma sentença também é retroativa ao preencher espaços propositalmente conferidos pela norma geral; esta pode, *e.g.* estabelecer que o “juiz pode relevar a pena” ou que “o juiz deverá escolher, em caso de condenação, entre a pena de prisão ou a pena de multa”. É flagrante que não há meios jurídicos para depreender-se da norma geral o conteúdo da norma individual, uma vez que as opções entre relevar ou não a pena e entre a pena de multa ou de prisão consistem em puros atos volitivos.

Por conseguinte, é apenas após tomada de tal decisão que se saberá se alguma pena deverá ser aplicada – e isso implica saber se houve ou não, em concreto, infração de um dever jurídico – e qual tipo de pena é imputável ao meliante. Mas nessa situação específica,

¹⁶ Carta das Nações Unidas, artigo 94, parágrafo 2

¹⁷ KELSEN, *The Settlement of Disputes by the Security Council*, 1948, p. 211

difícilmente discordar-se-á da função criativa do juiz, já que o legislador propositadamente terá aberto margem para a sua discricionariedade, ao expressamente estabelecer as opções dentre as quais o juiz, ou tribunal, poderão escolher ao aplicar a norma.

A polícia de um Estado também pode criar Direito retroativamente ao especificar certas condições de uma sanção a ser cumprida, *e.g.* em que cômodo ficará o condenado a uma pena de prisão, ou qual a forma de pagamento de uma pena de multa, dado que a especificação dessas condições é aplicação da norma que determina essas sanções. Uma norma superior – quer se trate da relação constituição-lei, da relação lei-sentença, ou da relação sentença-ato executivo – nunca pode determinar a norma inferior na sua totalidade, no que sempre restará ao aplicador da norma um espaço de discricionariedade para optar, dentre as diversas possibilidades, pela aplicação que julgar, segundo seu arbítrio, politicamente mais conveniente.

Um ordenamento pode, também, autorizar a aplicação de algumas de suas normas por qualquer indivíduo, caso em que este estará atuando como órgão do ordenamento, ainda que não seja um órgão atuante segundo o princípio da divisão do trabalho, *e.g.* quando uma norma estabelece que “qualquer do povo poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Nesse caso, qualquer um do povo está autorizado a exercer a sua discricionariedade e determinar, retroativamente, que algum indivíduo se encontra em estado de flagrante delito e aplicar uma sanção, a prisão em flagrante. Esse membro do povo pode ser considerado, posteriormente, como tendo praticado o delito de constrangimento ilegal, uma vez que o indivíduo preso não se encontrava em estado de flagrante delito.

Mas até que não haja uma declaração de autoridade competente nesse sentido, o membro do povo pode ser considerado como órgão do ordenamento, por estar autorizado a agir discricionariamente diante de uma situação, determinando se ela constitui, ou não, um estado de flagrante delito.

Conclusivamente, a sentença ostenta caráter retroativo porque, apenas com base na norma geral, não é possível determinar que condutas do mundo fático encaixam-se no conceito integrante da norma e quais não. O alcance da norma apenas é limitado quando o intérprete competente – o juiz ou o tribunal – dá um sentido individual a ela, isto é, opta por uma das maneiras, dentre tantas possíveis, de interpretá-la. Dada a natureza volitiva do ato decisório, e que a cognição racional nos impede de inferir uma norma individual com base

numa norma geral é forçoso concluir que a primeira – ao determinar o sentido da segunda – pode ser retroativa.

IV. A ausência de contradições no ordenamento jurídico

Por vezes, e até bem comumente, fala-se de antinomias de um ordenamento jurídico como duas normas incompatíveis, ou contraditórias, entre si. Sustenta-se que é da natureza do Direito encerrar em si uma gama de contradições para cuja solução o intérprete deve recorrer a certos métodos como a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*. Assim, a mesma doutrina que defende a existência de preceitos contraditórios dentro de um sistema de normas geralmente estabelece uma hierarquia de princípios por meio dos quais poderíamos contornar essas contradições.

Primeiramente, deve-se esclarecer a respeito da impropriedade do uso do conceito “contradição” para descrever a relação entre normas jurídicas. Um ordenamento jurídico é formado exclusivamente por normas jurídicas, sendo que duas normas jamais podem ser contraditórias entre si; logo, um ordenamento jurídico não pode encerrar contradições.

Já que uma norma nunca informa nada, apenas ordena, autoriza, derroga ou permite, não pode contradizer qualquer fato nem qualquer norma. O descumprimento da norma – isto é, a conduta pela qual se pratica algo que a norma proíbe – não é, de modo algum, contraditório com essa norma; a própria norma admite a possibilidade de sua inobservância, uma vez que não faria sentido a validade de um ordenamento jurídico se não fosse possível certa tensão entre as esferas do “ser” e do “dever ser”.

Dois fatos – especialmente o ato por meio do qual se põe uma norma, por um lado, e, de outro, aquele pelo qual esta norma é derogada – também não consistem em contradição alguma. A parte da observação de que dois fatos jamais podem ser contraditórios, num sentido lógico, entre si, é de se notar que a norma derogatória – e, portanto, o ato que a põe – pressupõe a existência de uma norma a ser derogada – e, portanto, do ato que a pôs. Não é por apresentarem valores distintos que essas duas normas são logicamente contraditórias – trata-se meramente de uma diferença teleológica.

O sentido de um enunciado – por exemplo, aquele segundo o qual um corpo que viaja a uma velocidade de 5 km/h durante o tempo de 2 horas percorrerá uma distância de 10 quilômetros – é a constatação de um fato, da relação causal entre dois eventos. A função do enunciado é a de descrever a realidade fática, podendo ser verdadeiro se com ela estiver conforme ou falso, acaso não esteja. Por conseguinte, o enunciado não altera a realidade que

descreve; as coisas são de certo modo, e continuam o sendo, independentemente do teor verdadeiro ou falso do enunciado.

Um enunciado também pode servir para descrever verdades deontológicas, dentre as quais a validade de normas jurídicas. Então, posso afirmar que “o Estado perpetrador de uma invasão militar no território de outro deve ser punido” com um sentido apenas descritivo, ou seja, constatando a existência de uma norma internacional com o referido conteúdo. Esse enunciado pode ser verdadeiro ou falso, conforme exista ou não, de fato, uma tal norma no Direito internacional prescrevendo uma punição para o Estado invasor.

Da mesma forma que no caso anterior, o referido enunciado não é capaz de criar e aplicar Direito e de, portanto, alterar o ordenamento jurídico. Tem função puramente descritiva, diferentemente do seu objeto; Direito e jurisprudência são coisas fundamentalmente distintas – a proposta da segunda é a descrição do seu objeto, que é o primeiro.

Ambos os enunciados mencionados podem contradizer um ao outro; por exemplo, se afirmo tanto que “o Estado perpetrador de uma invasão militar no território de outro deve ser punido” como que “o Estado perpetrador de uma invasão militar no território de outro não deve ser punido”, um dos enunciados será verdadeiro – qual seja, o que estiver em conformidade com as normas do ordenamento jurídico descrito – e o outro será falso, o que estiver desconforme. Da mesma forma, se afirmo tanto que “o volume é uma variável dependente da pressão” como que “o volume é uma variável independente da pressão”, apenas um deles pode ser verdadeiro, segundo os princípios da lógica – e pode ser, até mesmo, que ambos sejam falsos. De todo modo, a veracidade de um é incompatível com a veracidade do outro; não podem os dois ser verdadeiros simultaneamente.

No entanto, as normas jurídicas são entes essencialmente diversos; uma norma é o sentido de um ato de vontade – portanto, sua função não é descrever uma verdade, ontológica ou deontológica, mas estabelecer algo como devido. Esse algo é alguma conduta humana. Como tal, uma norma não pode contradizer outra. É o que se passará a expor, por meio de dois casos gerais em que usualmente diz-se haver uma antinomia normativa.

O ordenamento jurídico em geral possibilita uma variedade de interpretações, tanto por parte do juiz aplicador quanto do cientista do Direito. Tanto o costume quanto as leis não necessariamente geram uma interpretação unívoca, sendo que uma conduta pode ser

considerada como devida por alguém, e como não obrigatória por outrem, com base nas mesmas normas jurídicas aplicáveis. É nessa linha que Kelsen afirma que:

“A legal instrument, such as the constitution of a state or of an international community, allows often not one but two, and sometimes more interpretations which may be highly contradictory. The task of a specific commentator is to show the possible interpretations, but not to choose between the possible interpretations and prefer the one to the other.”¹⁸

Apesar de Kelsen usar o termo “contraditórias” (*contradictory*), o fez impropriamente; quis dizer que ambas as normas, originadas cada qual de uma interpretação específica da norma geral, são finalisticamente distintas. Não poderia uma norma contradizer a outra porque o seu sentido não é o de descrever o Direito, mas sim o de prescrever uma conduta.

É certo que, no âmbito de um caso, o tribunal pode estabelecer uma norma individual de certo teor e, em outro similar, com base na mesma norma geral aplicável – e ainda que essa norma vincule o órgão aplicador, em alguma medida, pelo conteúdo – pode proferir outra norma com teor diverso; na primeira, pode definir uma conduta como punível, enquanto na segunda pode constatar a ocorrência da mesma conduta sem, contudo, atribuir-lhe uma sanção. Mas isso não significa que as duas normas se contradizem, uma vez que possuem diferentes âmbitos de aplicação.

As normas individuais – as quais não valem *erga omnes* – vinculam sujeitos diferentes, de modo que não há contradição alguma no fato de um dever se conduzir de um modo e o outro não devê-lo; ou se levarmos em consideração a aplicação retroativa da norma geral, o fato de um dever ter se conduzido e o outro não, mesmo que ambos hajam praticado a mesma conduta.

Se por meio de um diploma legal, uma interpretação segundo a qual determinada conduta seja devida é possível, mas também uma outra – conforme a qual não há nenhuma sanção prescrita para referida conduta e ela é, portanto, permitida – também o é, o que não raro acontece, o órgão aplicador só pode praticar dois tipos de atos: ou considera delito a mencionada conduta, ou não, isto é, ou aplica uma sanção contra o sujeito ou não o faz. *Tertium non datur*.

Em concreto, uma conduta ou é permitida – quando não há qualquer sanção vinculada ao sujeito do dever jurídico ou a alguém por ele juridicamente responsável – ou é proibida, quando, pelo contrário, existe a determinação dessa sanção. Algo não pode ser, ao mesmo tempo, determinado e não-determinado, existente e inexistente. É o juiz – ou o tribunal –

¹⁸ KELSEN, Is the Acheson Plan Constitutional?, 1950

quem deverá escolher qual interpretação deverá ser seguida e se, por consequência, o delito existe, ou não, concretamente, muito embora a lei ou o costume admitam, por meio de diferentes hermenêuticas, tanto a consideração de um fato como delito como do mesmo fato como juridicamente permitido. Referindo-se à interpretação da Carta das Nações Unidas, Kelsen afirma que:

“The text of the Charter – in this respect as in many others – is so ambiguous that two contradictory interpretations from a merely juristic point of view are equally possible. It is another question to decide which of these interpretations is politically preferable. Everybody may answer this question according to his political creed although the legal decision of this question lies within the power of that organ of the United Nations that is authorized to apply, and consequently to interpret, the Charter; and this is in our case the General Assembly.”¹⁹

Há várias situações nas quais se pode admitir interpretações ambíguas – cada qual afirmando como devido um conjunto diferente de condutas, ou como autorizados diversos atos jurídicos, por diferentes órgãos. Uma delas é quando se depara com duas proposições normativas: uma estabelecendo que “X é proibido”, outra que “X é permitido”. O primeiro desses enunciados claramente indica a imputação de uma sanção à prática de X, ou seja, a existência, para um sujeito, de um dever jurídico, ao estabelecer que esse sujeito deve se conduzir do modo prescrito pela norma, *i.e.* abstendo-se de praticar a conduta X.

A segunda proposição – segundo a qual “X é permitido” – pode ser interpretada como fazendo referência ao fato de que não há norma alguma no ordenamento segundo a qual “X seja proibido”, ou “não-X seja proibido”. Nesse sentido, permissão significa ausência de obrigação, ou seja, refere-se à liberdade que o sujeito tem de se conduzir, ou deixar de se conduzir de determinada forma.

Mas essa mesma proposição pode ser interpretada como descrevendo uma norma com efeitos derogatórios diante da outra norma descrita pela primeira proposição. Assim, quando se afirma que “X é permitido” pode-se interpretá-lo como significando que a conduta X – a qual outrora fora devida – deixa de sê-lo, tornando-se, agora, juridicamente livre. Kelsen ensina:

“Que uma conduta é permitida, pode, por sua vez, significar que a validade de uma norma que proíbe uma conduta definida (ou, o que significa o mesmo: impõe a omissão desta conduta) é abolida por uma outra norma derogante, de modo que esta conduta não mais é proibida (...)”²⁰

Mas não necessariamente uma norma permissiva será interpretada como derogando uma norma jurídica proibitiva; poderá ser considerada como limitando a validade desta, isto é, tornando permitidas parte das condutas que sem a norma limitadora seriam proibidas. Nessa

¹⁹ KELSEN, Is the Acheson Plan Constitutional?, 1950

²⁰ KELSEN, Teoria Geral das Normas, 1986, p. 124

linha, uma norma a qual permita algo apenas terá sentido ao lado de outra que proíba esse algo, ou uma conduta maior que esse algo, dado que uma norma que derroga pressupõe outra a ser derogada. Neste último caso, a norma permissiva cria uma exceção à regra geral proibitiva, e é com vistas a essa situação que Kelsen afirma que:

“Uma tal permissão num sentido positivo existe também se a validade de uma norma que proíbe uma determinada conduta (...) é limitada por outra norma derogatória, p. ex.: uma norma proíbe a morte de pessoas (a saber: impõe a omissão de matar); uma outra norma limita a validade desta norma pela circunstância de que exclui a morte de um homem em legítima defesa.”²¹

A mesma ideia repete Kelsen ao se referir às disposições da Carta:

“If, according to a certain interpretation, one and the same legal instrument contains two contradictory provisions, then it is always possible to interpret the one as abolished by the other, or vice versa. (...) If one and the same legal instrument contains two partly contradictory provisions is always possible to interpret the one as restricted by the other, or vice versa.”²²

Em todo o caso, o fim de toda a interpretação é o de definir quando deverá sobrevir uma sanção, bem como que sanção será cabível em cada situação. A norma permissiva, portanto, está, tanto quanto a norma proibitiva, conexas à sanção, embora umas delas estabeleça um *dever ser* e outra um *não dever ser*, o qual, em última análise, também faz parte da categoria deontológica.

A decisão a respeito da prevalência de uma norma permissiva sobre uma proibitiva – enfim, a questão de decidir se a primeira norma retira ou reduz o âmbito de validade da segunda, num caso concreto – é uma opção político-subjetiva do órgão decisor. Não há princípios lógicos para definir se efetivamente teve fim a validade de uma diante dos efeitos da outra. Conforme o ponto de vista do qual se parta, pode-se considerar a existência de uma norma derogatória ou não; é apenas uma possibilidade interpretativa considerar uma permissão expressa como derrogação de uma norma, especificamente uma norma que estabelece um dever jurídico, o “dever ser” de uma conduta.

Assim é que o princípio segundo o qual “uma lei posterior derroga uma anterior”, ou aquele que afirma que “uma lei de caráter especial prevalece sobre uma outra de caráter geral”, não são princípios de ordem lógica; podem ou não ser aplicados, conforme determine ou não, o ordenamento jurídico e, como tais, são princípios jurídico-positivos. Pode muito bem ser decidido que uma norma anterior valerá em detrimento de qualquer norma posterior, ou se optar pela aplicação de uma norma de caráter mais geral diante de outra de caráter mais específico.

²¹ KELSEN, Teoria Geral das Normas, 1986, p. 124

²² KELSEN, Is the Acheson Plan Constitutional?, 1950

Só se pode afirmar, juridicamente, que uma lei anterior deve ser considerada derogada, por uma terceira norma, diante da existência de uma lei posterior regulando a mesma matéria, quando existir uma norma jurídico-positiva estabelecendo dessa forma. Mesmo nos casos em que não houver tal norma, o juiz pode estar autorizado a decidir de qualquer forma, e em aplicando o referido princípio, estará incorporando-o à esfera do Direito. Em todo caso, é conclusivo que é sempre uma norma que determinará a aplicação de uma outra, em detrimento da aplicação de uma terceira norma, e nunca um princípio lógico extra-jurídico.

Um juiz, ou tribunal, deve considerar a questão de quais sanções são imputadas a que condutas, se essas condutas configurarem deveres jurídicos, para aplicar o ordenamento jurídico. No entanto, cada decisão judicial só pode chegar a uma resposta: ou deve sobrevir uma sanção ou não deve – ou é proferida uma norma individual que determine uma sanção ou essa norma não é de modo algum proferida.

Um intérprete da jurisprudência – cuja função é fundamentalmente diferente daquela de um juiz, ou tribunal, como tais – deve se ocupar de apontar as diversas possibilidades de interpretação, considerando tanto os casos em que a norma X derroga a Y quanto aqueles em que é a Y que derroga a X, sem que aponte uma delas como unicamente viável. O fato de existirem duas normas dispondo sobre a mesma conduta – uma a proibindo e a outra permitindo-a – não é senão um caso específico de hermenêutica jurídica, em que sempre mais de um modo interpretativo é possível. Se o cientista do Direito não possui meios lógicos para decidir por este ou aquele modo interpretativo, também não lhe é realizável estabelecer que norma deve ser derogada em cada caso específico. Por isso, diz Kelsen que:

“(...) a Ciência do Direito é tampouco competente – acaso pela interpretação – para solucionar existentes conflitos de normas, quer isto dizer: para abolir a validade de normas estatuídas, como para pôr normas em validade.”²³

Portanto, a relação entre duas normas em geral, e entre uma permissiva e outra proibitiva em particular, não se traduz em contradição lógica alguma; ambas as normas podem ser consideradas válidas. Em um caso concreto, não há meio racional de definir qual deverá derogar qual, sendo essa decisão determinada por um ato eminentemente volitivo. O fato de poderem existir normas de tais qualidades é nada mais que uma própria característica dos ordenamentos jurídicos, de cujas normas gerais não se pode inferir o conteúdo das normas individuais, as quais deverão ser fundamentadas nas primeiras, mas dependerão sempre de um

²³ KELSEN, Teoria Geral das Normas, 1986, p. 163

ato de vontade próprio, sem o qual sequer ostentarão a qualidade de normas. Esse ato de vontade nunca resolverá qualquer contradição lógica, apenas optará por uma das tantas possibilidades de considerar a relação entre normas que disponham sobre uma mesma conduta. Tampouco tirará, esse ato, a validade *erga omnes* de qualquer das normas gerais que se diz estarem em conflito; o âmbito da sua decisão se restringe ao caso concreto.

Outra situação que, frequentemente, é erroneamente identificada com uma contradição lógica é aquela em que uma conduta, mas também o seu oposto, são ambos conteúdo de deveres jurídicos. Esse fato, consistente na validade concomitante das duas normas, não é impossível, nem mesmo representa uma contradição lógica; é plenamente possível valer uma norma a qual imponha que “deve-se transitar, na rodovia R, a velocidades superiores a 60 km/h” ao lado de outra conforme a qual “deve-se transitar, na rodovia R, a velocidades inferiores a 60 km/h”.

A conclusão de que a observância de uma norma configura, obrigatoriamente, o descumprimento da outra, e vice-versa, pode ser vista como a constatação de uma inconveniência teleológica ocasionada pela validade simultânea das normas; a correção da mencionada conclusão, contudo, não significa a afirmação de qualquer fato impossível ou contraditório, muito menos de um conflito solucionável pelos princípios da lógica tradicional.

Por conseguinte, a jurisprudência deve afirmar, num caso como esses, que o juiz ou o tribunal – supondo-os vinculados às normas gerais – deve determinar uma sanção em caso de observância da norma, mas também no caso de sua inobservância. Acaso desconsidere o juiz uma dessas normas, o problema resultante será idêntico ao da desconformidade de uma norma inferior com uma norma superior; mas o magistrado não poderá excluir a possibilidade de outro modo de interpretação, ainda que aponte sua preferência para um específico. A jurisprudência, por outro lado, pode apenas descrever a referida situação, sem decidir sobre a conveniência de se retirar a validade desta ou daquela norma.

Um exemplo hipotético dessa possibilidade poderia ser representado por um tratado internacional entre dois países, um membro das Nações Unidas e outro não-membro, em que o membro se comprometa a invadir um terceiro país em defesa dos interesses do outro país contratante; esse tratado, portanto, cria o dever jurídico, para um Estado, de invadir um terceiro país, cuja quebra pode sujeitar o referido Estado a alguma sanção sob o tratado firmado entre os dois Estados.

A Carta das Nações Unidas, no seu artigo 2, parágrafo 3, de outro lado, impõe um dever aos seus membros: “Os membros da Organização deverão resolver as suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que a paz e a segurança internacionais, bem como a justiça, não sejam ameaçadas”. A invasão de um terceiro Estado – embora seja discutível se constitui uma ameaça à justiça – é certamente uma ameaça à paz e à segurança internacionais. E no seu artigo 103, a Carta dispõe:

“No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.”

Conseqüentemente, a infração do dever jurídico que o membro contratante possui perante a Carta autoriza que contra ele sejam aplicadas sanções, em nome da comunidade internacional. Todavia, permanece válida – e obrigatória para o Estado contratante – a norma criada pelo acordo supra referido, que impõe sobre ele o dever de invadir um terceiro Estado; caso não observe essa prescrição, poderá ser punido pelo Estado – o qual não é membro das Nações Unidas – que com ele contratou, e essa punição pode ser interpretada como uma sanção, pois conforme com o Direito internacional.

Portanto, nesse caso, a observância de uma norma criada pela Carta das Nações Unidas configura, ao mesmo tempo, uma quebra do dever assumido pelo acordo com outro Estado, sem que com isso esteja caracterizada qualquer contradição lógica. É uma nítida inconveniência para o Estado sujeito de ambos os deveres, mas é fato inegável que está ele submetido a duas diferentes obrigações. Somente por meio de uma opção política de sua parte – isto é, do órgão autorizado pelo ordenamento estatal – poderá escolher qual obrigação honrará, em detrimento da outra.

O fato de a norma a qual, nesse caso, deixou de ser observada não vir a ser aplicada não significa que deixou de valer e que, por conseguinte, o conflito teleológico deixou de existir, *e.g.* se a Corte Internacional de Justiça, atuando autorizada pela Carta das Nações Unidas, desconsiderar a obrigação do membro sob o artigo 2, parágrafo 3, desse diploma, em virtude do tratado firmado com o Estado não-membro. A não-aplicação de uma norma não equivale à sua derrogação; o primeiro fato é ontológico e diz respeito à eficácia, enquanto o segundo é deontológico e diz respeito à validade.

Outra ocasião em que alguns se referem à existência de antinomias é quando da existência de normas concomitantemente válidas prescrevendo diferentes sanções para condutas idênticas: assim, por exemplo, a norma que determina que “o furto deve ser punido

com multa” e a que determina que “o furto deve ser punido com prisão”. Diante de ambas as normas, o órgão ao qual cabe decidir poderá considerar, de acordo com um critério puramente volitivo, que uma das normas deve manter a sua validade, ao passo que a outra não, produzindo uma terceira norma cujo efeito será o de derrogar uma das duas. Desse modo, o juiz considerar-se-á vinculado, ao fim, por apenas uma das normas, devendo aplicar a sanção por ela prescrita.

Mas deve-se atentar para a possibilidade de ambas as normas serem aplicadas ao mesmo tempo, isto é, caso um juiz considere que as duas normas lhe conferem autorização para punir o furto de diferentes maneiras, poderá determinar as sanções de prisão e multa, cumulativamente, ou alternativamente, a serem dirigidas contra o praticante da conduta proibida, o furto, ou contra alguém por ele juridicamente responsável.

Conclusivamente, pode-se afirmar que as chamadas “antinomias” num ordenamento jurídico são nada mais que situações as quais, de algum ponto de vista político, podem ser consideradas inconvenientes, mas que, no entanto, não consistem em quaisquer contradições lógicas, nem em fatos absurdos ou inimagináveis.

V. A atividade judicial em relação ao costume

Ao decidir uma lide, o juiz ou o tribunal primeiramente deve definir qual é a norma geral aplicável: em suma, deve averiguar se existe uma norma a qual impute uma sanção à conduta do réu ou se tal norma não existe – caso em que se aplica a norma segundo a qual tudo que não é proibido é juridicamente livre, isto é, permitido. Por vezes, a função de elaborar uma norma é conferida ao juiz, quando este decidirá, apenas sob uma norma geral formal, se a conduta *in concreto* constitui ou não delito, de acordo com sua avaliação político-subjetiva.

A constituição de um Estado pode instituir um órgão centralizado, segundo o princípio da divisão do trabalho – que, numa democracia indireta geralmente recebe o nome de Parlamento – ao qual cabe proferir normas gerais, as leis. Assim, o próprio ato normativo define o conteúdo da norma geral, numa produção jurídica consciente, imputando a certas condutas determinadas punições.

Nesse caso, o juiz, para que possa aplicar uma norma geral, deve verificar que órgão, segundo a constituição do ordenamento jurídico, está autorizado a produzir leis – e se o ato praticado por esse órgão contém todos os requisitos para que o seu sentido possa ser considerado uma norma. Apenas a ordem jurídica pode oferecer resposta à questão sobre quais são esses requisitos, permitindo que se diferencie uma norma anulável de algo que nem ao menos é uma norma. Em última análise, é o juiz que definirá se encontramos-nos em frente a uma norma ou não. E aplicará uma norma do ordenamento jurídico ainda que depois se determine que o conteúdo da norma judicial é desconforme com o conteúdo determinado pela norma legal.

Usualmente, contudo, os enunciados normativos são publicados num diário oficial, de modo que todos que a ele tenham acesso – inclusive os órgãos aplicadores de normas – possam cientificar-se do conteúdo legal. Quando a autoridade legislativa resolver derrogar certas normas poderá, da mesma forma, divulgar-lo pelo mesmo meio. É possível, portanto, verificar o início e o fim da validade das normas assim produzidas com alguma exatidão, conquanto se considere a autenticidade do referido diário. A lei pode até mesmo definir, ela mesma, que somente produzirá efeitos normativos após ou durante determinado período temporal (*vacatio legis* ou validade provisória), em relação a quando já se possa tomar conhecimento do seu conteúdo.

No entanto, esse é um tipo de produção normativa geral não utilizado por certos ordenamentos, dentre os quais o Direito internacional e o Direito dos povos primitivos. O ordenamento jurídico também pode – no lugar ou ao lado da lei – instituir o costume como fato gerador de normas; ou seja, pode valer uma norma segundo a qual os indivíduos devem se conduzir de acordo como habitualmente se conduzem, de acordo com uma crença na juridicidade da sua conduta. Nessa situação, o conteúdo da norma é incompleto, uma vez que a norma que prescreve a observância ao costume não diz quais condutas humanas são costumeiramente praticadas por uma comunidade; um órgão do ordenamento, por conseguinte, deve preencher essa norma conteudisticamente.

Em primeiro lugar, para que aplique uma norma consuetudinária, o juiz deve reconhecer que a constituição – que pode ser baseada no próprio costume, e não necessariamente coincide com o documento escrito homônimo – ou uma lei promulgada com base nessa constituição confere ao costume força jurídica. Cabe ao próprio juiz determinar se está subordinado a leis, ao costume ou a ambos e com isso, quais as normas por ele aplicáveis de acordo com o próprio ordenamento.

Uma disposição conforme a qual o costume deve ser aplicado apenas quando verificada a ausência de disposição legal aplicável é inócua; sempre haverá alguma lei que possa ser aplicada a qualquer caso – se não o regulando de maneira positiva, fazendo-o negativamente. O costume, portanto, não pode estar numa relação subsidiária com lei, dado que, nesse caso, nunca haverá espaço para sua aplicação. Ver possibilidade de eficácia numa disposição desse gênero pressupõe a crença na incompletude – ou seja, na existência de “lacunas” – do ordenamento jurídico, quando acredita-se dever, o ordenamento, prever a atitude judicial a ser tomada caso o juiz se depare com uma “lacuna”.

Se constatar-se que o costume efetivamente é fato criador de Direito, então o juiz deve definir o conteúdo do costume; para isso, deve verificar que condutas são habitualmente praticadas, por determinado período temporal, por certo número de pessoas sujeitas ao Direito da comunidade. O costume, diferentemente do ato legislativo, não depende de uma única ação suficiente para criar uma norma e, então, gerar uma obrigação para que alguém se conduza de alguma forma; é um meio descentralizado de produção jurídica e, como tal, dependente de um número de ações razoavelmente grande para que seja considerado hábito na comunidade.

Mas não basta que as pessoas efetivamente se conduzam de certo modo durante um longo tempo; elas devem o fazer com base na crença de que o que fazem é juridicamente correto, isto é, de acordo com uma norma do ordenamento. Mentir, por exemplo, pode ser

frequente dentre um grupo de indivíduos sem que, contudo, seja considerado correto, juridicamente bom – daí decorre que, nesse caso, mentir não pode ser o conteúdo de um dever jurídico estabelecido por uma norma consuetudinária.

Para completar o conteúdo da norma que define o costume como fato gerador de Direito, é o juiz – ou o tribunal – quem dirá o que é o costume, isto é, em que ele consiste. Por conseguinte, as diversas opiniões de juristas sobre a existência de determinado modo de se conduzir numa comunidade cujas características o tornem conteúdo de uma norma jurídica consuetudinária são juridicamente irrelevantes. No mesmo sentido, não é necessário que haja concordância a respeito do conteúdo do costume, dentre os diversos órgãos aplicadores do Direito consuetudinário.

O princípio do *bellum justum*, por exemplo, vale para alguns doutrinadores como regulador das relações entre Estados, ao passo que para outros uma guerra sempre é, de um ponto de vista jurídico, um ato permitido; mas quem efetivamente decidirá se o referido princípio vale ou não, com base numa apreciação subjetiva das práticas da comunidade internacional, é um tribunal internacional a quem caiba julgar as lides. Se não houver esse tribunal, incumbe às próprias partes interpretar o Direito segundo o seu arbítrio; mas aí se tem a indesejável situação que vigorou no Direito primitivo e no Direito internacional há algum tempo, e em certa medida ainda vigora, a saber, a ausência de um órgão centralizado a quem caiba dizer o que é o Direito.

Os ordenamentos jurídicos nacionais, no entanto, ainda que não instituem órgãos legislativos centralizados, geralmente autorizam juízes, designados centralizadamente, a apreciar as normas costumeiras e dizer o que é o costume da comunidade. Assim, em que pesem as possíveis divergências quanto à validade das normas consuetudinárias, pela falta da elaboração literal dos seus enunciados, há alguém autorizado a por fim à discussão, emitindo a única opinião relevante juridicamente, e produzindo uma norma individual por meio de determinada interpretação do costume.

Não só o conteúdo dos deveres jurídicos pode ser determinado através do costume, mas também as respectivas punições; dessa maneira, o juiz autorizado a aplicar normas jurídicas consuetudinárias deve averiguar qual sanção foi aplicada um certo número de vezes a determinado delito e, se aplicar a punição que habitualmente é aplicada, estará conforme o ordenamento jurídico.

Além de criar normas – e com elas, deveres jurídicos – o costume pode derroga-las e, então, estabelecer o *não mais dever ser* de uma sanção. Caso uma conduta, por um longo tempo habitualmente praticada com a crença de que é correta com base em alguma norma, passe a ser desconsiderada, isto é, a norma consuetudinária que a tem por conteúdo deixe de ser aplicada pelos tribunais ou sua prática torne-se ausente na comunidade, as primeiras omissões nesse sentido podem ser, *a priori*, consideradas juridicamente como delitos. Porém, se após um longo tempo verificar-se que persiste a não observância desse costume, a antiga norma costumeira pode perder a sua validade, cedendo lugar a uma outra consoante o atual costume da comunidade. Esse caso, pois, constitui uma importante exceção ao princípio do *ex injuria jus non oritur*, se o considerarmos válido.

Não apenas uma norma consuetudinária pode derrogar outra, mas pode, também, retirar a validade de uma norma legal. É o caso da *dessuetudo*. Caso uma lei deixe de ser observada pelos sujeitos dos deveres jurídicos por ela criados e os tribunais aos quais incumbe a sua aplicação deixem de fazê-lo – em outras palavras, se em larga medida ela for ignorada por seus destinatários – ela pode ser considerada como removida do ordenamento jurídico.

Assim como na situação pretérita, não há um momento exatamente definido a partir do qual a norma consuetudinária derogatória produz efeitos, isto é, passa a existir; diferentemente ocorreria se uma norma legal derrogasse outra, quando então a averiguação da validade da norma que derroga seria um tanto mais simples. O costume com efeito derogatório depende do reconhecimento, por parte da autoridade, da existência não de um único ato legislativo – como na aplicação de uma lei – mas de uma sequência de atos na mesma direção, qual seja, a da inobservância do antigo costume ou da antiga lei, ainda que o sentido de alguns deles seja um delito perante o ordenamento jurídico tal como era anteriormente.

Portanto, é tanto possível quanto provável que algumas autoridades judiciais se antecipem ao reconhecimento da perda de validade de certa norma, ao passo que outras ainda a apliquem durante certo período de tempo, ou nunca cheguem a desconsiderar a validade – a existência – dessa norma. A interpretação jurídica do costume depende da apreciação político-subjetiva de um órgão – e nisso não difere da interpretação jurídica das leis – de modo que possa haver divergência quanto à vigência, ou ausência dela, de determinada norma, seja ela produzida por lei ou pelo costume.

Em ambos os casos, porém, nunca será uma única inobservância da lei – ou do costume – vigentes que será determinante para a *dessuetudo* ou derrogação da norma

consuetudinária. As normas legais ou costumeiras sempre admitem possibilidade de seu descumprimento; do contrário, carecer-lhes-ia sentido. O *dever ser* só significa algo se for diferenciado do *ser* e se, portanto, for admitida a desconformidade do segundo em relação ao primeiro. Apenas se, factualmente, a norma for tratada como se não existisse – isto é, se por um grande número de vezes deixar de ser observada, pelos sujeitos de dever jurídico e pelos juízes e tribunais – é que poder-se-á admitir uma norma consuetudinária segundo a qual aquela deixa de valer.

A constatação de práticas habituais – isto é, de fatos – é imprescindível não só na interpretação de um ordenamento consuetudinário, mas também é condição para que se reconheça a validade de qualquer ordenamento jurídico como um todo. Reconhecer como tendo validade um ordenamento jurídico como um todo nos remete à verificação do costume, na medida em que o identifiquemos com o princípio da eficácia. Pois uma ordem só pode ser considerada válida – e, portanto, vinculante – se for costumeiramente aplicada pelos órgãos por ela mesma instituídos e se for, concomitantemente, obedecida pelos seus súditos. Assim, o problema da eficácia pode ser tratado da mesma forma que o problema do costume podendo-se, inclusive, considera-los um e o mesmo problema.

Apenas normas criadas por autoridades as quais podem se fazer obedecidas são normas num sentido jurídico. Isso significa que algo que é imposto por uma norma pode, inicialmente, valer, por menor que seja a probabilidade da sua observância. Mas o costume pode, posteriormente à existência da norma – pois só quando vale a norma pode fazê-lo – ser fato determinante na retirada dessa validade.

Obviamente, não há razão para obrigar uma conduta por meio de uma norma que, de antemão, sabe-se que não será observada – não será eficaz – em nenhum caso, *e.g.* uma norma que imponha que os homens devem cessar de respirar. Quando se pressupõe que a representação das normas jurídicas pode influenciar causalmente a vontade humana, não é coerente impor uma linha comportamental já determinada por uma relação de causa-efeito, independentemente da vontade humana.

Do mesmo modo, uma conduta estabelecida por uma norma cuja eficácia se pode prever como alcançando a totalidade dos casos também não é de sentido impor, uma vez que não há razão para ameaçar de sanção um homem se ele deixar de respirar. Não é necessária norma jurídica alguma para se obter uma conduta humana a qual, já por outros meios, será prontamente realizada, natural ou voluntariamente. Entre esses casos limítrofes, existe uma série de possibilidades do grau de eficácia obtido por uma norma.

O conjunto de normas que, num grande número de casos relativamente considerados – cuja avaliação depende de uma apreciação subjetiva e, por conseguinte, arbitrária – deixe de ser observado torna ineficaz o ordenamento jurídico o qual contem essas normas, de modo que elas deixam de valer.

Essa ineficácia pode se dar em relação tanto aos sujeitos de deveres jurídicos, os quais persistentemente venham a deixar de cumpri-lo, no que podem incorrer em sanções durante o período de validade das normas que estabelecem esses deveres, como em relação aos órgãos do ordenamento aos quais incumbe a aplicação das normas do próprio ordenamento, quando deixem de aplica-las.

Essa inobservância geral – ao menos potencialmente – do ordenamento, entretanto, cuja consideração porá em questão a validade desse ordenamento, não pode ser nula, o que significa dizer que sempre é preciso admitir o não cumprimento de certos deveres jurídicos, seguido da ausência de qualquer aplicação de sanção. Pois é evidente a possibilidade de desacordo entre o “ser” e o “dever ser”, no que consiste um pressuposto do próprio Direito; não houvesse tal possibilidade, a utilidade nenhuma serviria um ordenamento jurídico.

Portanto, caso haja um número proporcionalmente grande de normas de um ordenamento as quais não sejam cumpridas – e quando não cumpridas, sejam persistentemente não aplicadas, a falta de eficácia do ordenamento pode extinguir a sua validade.

E esta validade pode estar ainda mais jeopardizada quando certos indivíduos pretenderem-se órgãos de Estado, e praticarem atos de vontade cujo sentido pretendem que sejam normas. Se o sentido de vontade desses indivíduos for obedecido – e largamente punidos os que atuem contrariamente – esses indivíduos poderão ser efetivamente, de acordo com o princípio da eficácia, considerados órgãos do ordenamento jurídico, autorizados a produzir normas vinculantes.

Tomemos, a título de ilustração, um grupo de traficantes de algumas substâncias. O líder desse grupo pode possuir o poder de intimidação e a força necessários, e deles fazer uso, para determinar o fuzilamento de um membro em caso de insolvência de alguma dívida relacionada ao tráfico. Isso significa que a ordem do líder “Fuzila este homem” é o sentido subjetivo de um ato de vontade, e que esse sentido, o qual consiste num “dever ser”, é geralmente observado pelos membros do grupo motivados pela ameaça de uso da força, a mando do líder desse grupo.

Essa ordem não será, contudo, também o sentido objetivo de um ato de vontade – o que vale dizer uma norma – se esses indivíduos membros do grupo forem julgados pelos tribunais do Estado o qual integram e forem sancionados pela polícia desse Estado e se, perante o ordenamento estatal, forem considerados contrabandistas; em suma, se houver uma ordem que possa ser mais eficaz do que aquela instaurada pelo líder do grupo de traficantes. Então, um juiz deve aplicar apenas essa ordem mais eficaz, e não os comandos do grupo de traficantes.

Assim, muito embora seja hábito a prática do tráfico de certas substâncias dentre o grupo mencionado, há uma ordem que é habitualmente observada em maior escala. Como dois ordenamentos coordenados não podem valer no mesmo espaço ao mesmo tempo, vale aquele costumeiramente mais forte, isto é, mais largamente observado. Então, o comando do líder “Fuzila este homem, por ter ele deixado de quitar certa dívida” não é o sentido objetivo de um ato de vontade, uma norma, mas sim, objetivamente, uma ordem de assassinato, por faltar a esse líder, conforme o ordenamento mais eficaz, autorização para produzir normas válidas. Por isso, o comando “Fuzila este homem” não deve ser aplicado por juiz algum.

Enfim, apenas as ditas autoridades eficazes – e a referida constituição eficaz – podem ser consideradas válidas, pois o fato da eficácia, embora não seja uma condição pela qual, é uma *conditio sine qua non*, da validade de uma ordem jurídica. Pode ser que os fatos apontem para duas ordens supostamente válidas; e como é impossível, logicamente, que duas diferentes ordens sejam válidas em relação de coordenação entre ambas de maneira simultânea, é provável que haja divergências a respeito de qual ordem é a mais eficaz. Por conseguinte, um juiz pode se considerar instituído pela constituição X, aplicando-a, enquanto outro pode se considerar instituído e vinculado pela constituição Y. Enquanto um considera que certa ordem é apenas o sentido subjetivo de um ato de vontade e, por conseguinte, não vinculante, outro pode tratar a mesma ordem como dotada tanto de um sentido subjetivo quanto de um objetivo, o que vale dizer que é obrigatória.

Então, é inevitável que, para os jurisprudentes que considerem com maior eficácia – e, por conseguinte, como válida – a constituição X, os atos de execução da sentença proferida por um juiz o qual se julgue vinculado à constituição Y, mas que do ponto de vista do jurisprudente está realmente vinculado à X, tenham o significado de delitos, e vice-versa. O princípio da eficácia, como qualquer outro princípio jurídico – até mesmo porque sua aplicação impescinde de uma verificação dos fatos – admite mais de uma interpretação jurídica.

Em que pese o insatisfatório cenário criado por uma política instável, é apenas por meio da observação dos fatos que pode se chegar a uma resposta sobre qual a constituição efetivamente válida, sendo que tal resposta não necessariamente será uniforme. Uma norma do “dever ser” só pode ser fundamentada por outra norma do mesmo gênero; no entanto, chegar-se-á a um ponto onde uma norma não pode ser fundamentada por nenhuma outra, a qual chamamos de *grundnorm*, “basic norm”. Portanto, assim como a produção normativa depende de fatos, de acontecimentos do mundo do “ser” – no caso, atos de vontade – a consideração da validade de uma constituição também depende de um fato, um ato de pressuposição e, por conseguinte, de conhecimento.

A norma fundamental não pode ser deduzida de outra norma; está, inevitavelmente, relacionada a um “ser”, mas dele não pode ser inferida. Os fatos – isto é, o “ser” – apenas estabelecem as condições para que se pressuponha uma norma fundamental, e devem ser levados em conta, por uma ciência normativa, na medida em que façam, dessa maneira, parte da criação jurídica. Ainda que nunca sejam fundamento de validade, certos fatos podem ser requisito essencial para a validade de um ordenamento jurídico como um todo.

Só há uma única norma fundamental – a norma fundamental que estabelece como obrigatória a observância do costume no Direito internacional. Consequentemente, toda norma que um juiz, órgão de um ordenamento jurídico nacional, venha a aplicar está fundamentada, em última análise, numa norma costumeira posta de Direito internacional. Então, um jurisprudente o qual se proponha a conhecer as normas de um ordenamento interno deve, expressa ou implicitamente, analisar o Direito internacional. E um juiz o qual profira uma sentença, no âmbito do Direito nacional, está aplicando, também, o Direito internacional. Toda a aplicação das normas daquele é também aplicação deste, embora o contrário não seja verdadeiro.

O Direito internacional apenas autoriza órgãos de um ordenamento jurídico nacional – e apenas por meio de uma norma do Direito internacional esse ordenamento pode existir e, então, criar e aplicar normas – a praticar atividades normativas se o princípio da eficácia for atendido por esse ordenamento. Desse modo, faz-se necessária a verificação da existência de certos atos de soberania – os quais consistem, primariamente, em atos de criação e aplicação jurídica – que, de maneira mais ou menos eficaz, sejam praticados por um conjunto de autoridades sob uma constituição assim considerada.

É por isso que dentre a comunidade internacional, onde os próprios Estados são autorizados a aplicar e criar o Direito, alguns reconhecem um ente beligerante como um novo

Estado, enquanto outros se negam a considerar tal ente como tendo relativa eficácia e autonomia, de modo que permanecem subordinados à ordem ao qual estavam anteriormente vinculados. Aqui não se fala do reconhecimento político-diplomático de outros Estados, mas da constatação de existência – e vinculatividade – de um ordenamento jurídico, conforme o princípio da eficácia.

Essa norma de Direito internacional não é pressuposta, mas sim positiva; a única norma pressuposta, por excelência, é a norma que fundamenta o Direito internacional. Consoante o seu conteúdo, o órgão que efetivamente exerce atos de soberania sobre determinado território é o legitimado para tanto, conforme o ordenamento jurídico internacional, e ainda que primeiramente esses atos pudessem ser considerados como delituosos.

A Corte reconheceu, em julgamento de 2002, o princípio da eficácia nos seguintes termos:

“The Court notes that the activities relied upon by Malaysia, both in its own name and as successor State of Great Britain, are modest in number but that they are diverse in character and include legislative, administrative and quasi-judicial acts. They cover a considerable period of time and show a pattern revealing an intention to exercise State functions in respect of the two islands in the context of the administration of a wider range of islands. The Court moreover cannot disregard the fact that at the time when these activities were carried out, neither Indonesia nor its predecessor, the Netherlands, ever expressed its disagreement or protest. In this regard, the Court notes that in 1962 and 1963 the Indonesian authorities did not even remind the authorities of the colony of North Borneo, or Malaysia after its independence, that the construction of the lighthouses at those times had taken place on territory which they considered Indonesian; even if they regarded these lighthouses as merely destined for safe navigation in an area which was of particular importance for navigation in the waters off North Borneo, such behaviour is unusual.”²⁴

As normas produzidas por um tribunal de um ente beligerante podem ser ou não consideradas como vinculantes – neste último caso sequer são normas – e um juiz pode ser considerado como agindo conforme ou desconformemente às leis segundo obedeça ao sentido de atos de vontade de órgãos do ente beligerante ou de órgãos contra os quais esse ente se insurge. A definição de qual conjunto de leis é aplicável é tão importante quanto – e precede – a interpretação dessas leis. Um juiz ou tribunal, além de verificar fatos e escolher dentre possíveis interpretações de uma mesma norma, define qual norma deve aplicar; e o costume é condição para a qual uma norma possa valer. Por conseguinte, decorre que o juiz sempre deverá observar o costume ao aplicar uma norma, primeiramente para constatar que, de fato,

²⁴ Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgement, I.C.J. Reports 2002, p. 625

está autorizado e para definir que o sentido do ato de vontade o qual pretende aplicar é, efetivamente, uma norma.

Podemos concluir, então, que a aplicação do costume – e, inclusive, do princípio da eficácia – leva às mesmas observações que a aplicação da lei, embora a primeira, em comparação à segunda, seja um tanto mais complexa por conta de o ato legislativo conter, além do seu sentido, uma expressão consciente do conteúdo desse ato, ao passo que a norma consuetudinária abre um espaço maior à apreciação discricionária dos juízes e tribunais. Mas há casos em que a lei abre uma margem de julgamento subjetivo maior que a do costume, quais sejam, aqueles em que ela não determina conteudisticamente a norma inferior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios lógicos não são aplicáveis ao Direito, de modo que duas normas não podem se contradizer e uma norma não pode ser deduzida de outra. A opção por uma norma teleologicamente incompatível com outra, ou a produção de uma norma individual com base numa norma geral não podem ser feitas por meio de uma análise levada a cabo pela Teoria Pura do Direito, já que envolvem atos que ultrapassam o estrito conhecimento.

“Interpretar” pode assumir dois significados bem distintos; o primeiro se referindo à produção de uma norma individual, por meio da constatação de fatos e da determinação da extensão de uma norma geral. O segundo fazendo menção aos enunciados pelos quais é possível conhecer as normas já postas, sem fazer previsão de quais normas virão a valer, em tempo posterior. Apenas o segundo tipo de interpretação é assumido pela jurisprudência, sem que essa interpretação seja obrigatória para o intérprete do primeiro tipo.

Os atos de vontade que extrapolam o mero conhecimento – e produzem, não descrevem, normas – não podem ser logicamente deduzidos, pelo que é impossível a um intérprete da ciência do Direito optar por uma interpretação mais coerente ou politicamente mais desejável, uma vez que essa ação não é, de modo algum, científico-racional.

É por buscar uma análise estritamente objetiva – e, portanto, não contaminada por ideologias políticas – da ordem jurídica, apenas sugerindo interpretações normativas possíveis, nunca necessárias, é que um trabalho como este – e como a Teoria Pura do Direito – pode buscar desenvolver a ciência.

REFERÊNCIAS

- Kelsen, H. (1945). The Rule Against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals. *The Judge Advocate Journal*, II, NO. 3.
- Kelsen, H. (1948). The Settlement of Disputes by the Security Council. *The International Law Quarterly*, 2.
- Kelsen, H. (1949). *The political theory of Bolshevism : a critical analysis*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Kelsen, H. (December de 1950). Is the Acheson Plan Constitutional? *The Western Political Quarterly*, pp. 512-527.
- Kelsen, H. (1951). *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons Limited.
- Kelsen, H. (1986). *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris.
- Kelsen, H. (2000). *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes.
- Kelsen, H. (2000). *Society and nature : a sociological inquiry*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd.
- Kelsen, H. (2001). *O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes.
- Kelsen, H. (2005). *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes.
- Kelsen, H. (2009). *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Kelsen, H. (2011). *A paz pelo direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Kelsen, H. (2011). *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Martins Fontes.
- Klug, U., & Kelsen, H. (1984). *Normas Jurídicas e Análise Lógica*. Rio de Janeiro: Forense.
- Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgement, I.C.J. Reports 2002, p. 625.
- Zachariä, K. S., Aubry, C., & Rau, C. (1850). *Cours de Droit Civil Français*. Bruxelles: Meline, Cans et Comp., Libraires-Éditeurs.