

ALESSANDRO OTAVIO YOKOHAMA

**A EFICÁCIA COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE DA
NORMA JURÍDICA EM KELSEN**

Florianópolis, 1999.

ALESSANDRO OTAVIO YOKOHAMA

**A EFICÁCIA COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE DA NORMA
JURÍDICA EM KELSEN**

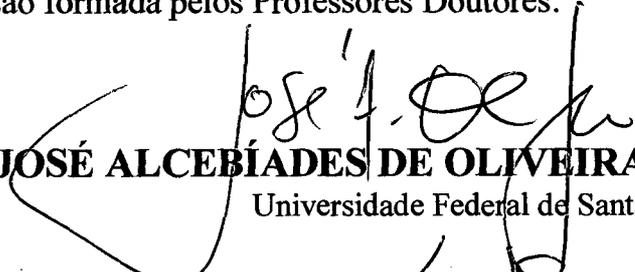
Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Centro de Ciência Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Júnior.

FLORIANÓPOLIS, 1999.

ALESSANDRO OTAVIO YOKOHAMA

**A EFICÁCIA COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE DA NORMA
JURÍDICA EM KELSEN**

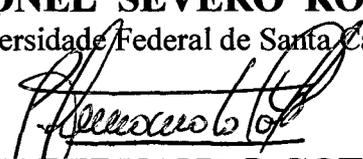
Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela Comissão formada pelos Professores Doutores:


JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JÚNIOR (Orientador)

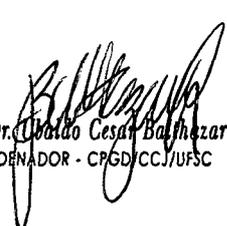
Universidade Federal de Santa Catarina


LEONEL SEVERO ROCHA

Universidade Federal de Santa Catarina


LUIZ FERNANDO COELHO

Universidade Federal do Paraná


Prof. Dr. Orlando Cesar Balhezar
COORDENADOR - CPGD/CC/UFSC

Florianópolis, 1999.

Para meus pais, **Octavio Tadonori Yokohama e
Cleide Lopes Yokohama.**

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Jr., descrito para este paranaense como um monstro que devorava os principiantes da UFSC, e que no curso de uma orientação solicitada pela admiração que suas aulas evocaram, mostrou-se inacreditavelmente compreensivo e flexível, descendo, por profissionalismo de educador, ao nível daqueles que, daqui de baixo, aspiram um dia aos vãos de alguém que priva da amizade de Norberto Bobbio.

Para a risonha Clara, minha filha e minha vida.

À Sione, com amor e uma já quase completa dependência...

Ao Professor Luiz Fernando Coelho, que pelas obras e pelo renome já admirava, e que, após o privilégio da amizade, assombra-me com sua cultura diversificada e a integridade de seu bom-humor.

À Universidade Paranaense – UNIPAR, pelo apoio neste longo caminho.

A Deus, acima de tudo, pois é o verdadeiro Autor de qualquer mérito que possa ter esse trabalho, pertencendo seus defeitos àquele que, por ignorância, algumas vezes se desviou da Luz.

Eu estava a escrever estas palavras quando uma onda de música perfeita se ergueu do andar inferior. Abri a janela, de ouvidos atentos: a “Sétima Sinfonia”, de Beethoven, esse poema celestial. Que milagre é esse que traz a voz profunda de um grande coração, já de longa data desaparecido, ao encontro de milhões de almas de hoje, que para se elevarem só esperam o toque dos gênios? É música... Música majestosa onde palpitam as dores de todo um milênio... Meu gabinete ainda ressoa de aplausos; vejo o Stadium – vinte mil pessoas reunidas em círculo, lembrando minúsculas pétalas duma flor gigantesca; moças de ar feliz, sentadas; rapazes finos, prontos para receber tudo quanto a civilização lhes possa dar; músico exaustos de tensão nervosa, mas felizes por aquele momento de encontro com Beethoven – e lá em cima, no Céu, as mesmas estrelas que brilharam sobre o teatro de Dionísio e sobre as ruas por onde passeava Leonardo Da Vinci. Sim; o homem sobe !

WILL DURANT

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
Capítulo I – VALIDADE E EFICÁCIA	09
1.- A Controvérsia Doutrinária	10
2.- A Concepção Positivista	18
Capítulo II – O SISTEMA DA TEORIA PURA DO DIREITO	32
1.- O Direito como Ordem Coativa	34
2.- Direito e Ciência	41
3.- Imputação e Causalidade	42
4.- Normas Categóricas e Hipotéticas	47
5.- Estática e Dinâmica do Direito	48
6.- Direito e Estado	58
Capítulo III – NORMA JURÍDICA E SANÇÃO	62
1.- A estrutura da norma jurídica	65
2.- Sanção	72
Capítulo IV – VALIDADE E EFICÁCIA EM KELSEN	77
1.- Introdução	77
2.- A Teoria Pura	82
3.- A Teoria do Direito e do Estado	89
4.- A Teoria Geral das Normas	94
5.- A Eficácia como Condição da Validade	101
6.- O conceito de “ <i>mínimo de eficácia</i> ”	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
1.- Justiça, Validade e Eficácia	128
2.- Conclusões	136

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo das relações entre validade e eficácia da norma jurídica no pensamento kelseniano. Principia por expor, de maneira sucinta, o sistema da Teoria Pura do Direito, em homenagem à necessária compreensão global do princípio metodológico e suas conseqüências. Em seguida, uma breve explanação sobre a norma jurídica, sua estrutura e sanção. Por fim, passa-se ao núcleo da problemática exposta na dissertação, que reside em dois pontos, bem definidos: a) a eficácia como **condição** da validade; e b) o conceito de “*mínimo de eficácia*”. O primeiro diz respeito a fundamental disparidade que existe entre a eficácia entendida como **fundamento** e como **condição** da validade, bem como o diferencial de resultados advindos de um estudo do ordenamento jurídico sob o prisma estático e dinâmico, passando pela dissemelhança entre os conceitos de sistema estático e teoria estática. O segundo ponto abarca a imprecisão terminológica que ronda o conceito de eficácia na obra de Kelsen, já que o chamado “*mínimo*” de eficácia não encontra no pensamento do autor uma referência na linha temporal, tornando-se indeterminado e indeterminável, apesar da importância que assume em fenômenos como a “*dessuetude*”. A conclusão é pela compreensão do fenômeno eficácia como condição da validade dentro de uma teoria estática, sendo, porém, preferível, na esteira de Bobbio, uma dicotomia radical entre a validade, objeto dos juristas, e a eficácia, cerne da atenção dos sociólogos do Direito.

ABSTRACT

This study has as object the relationship between the validity and the efficiency of legal rule under Kelsenian thoughts. It starts by exposing, in a brief way, the system of the Pure of Law, in homage to the necessary global comprehension of the methodological principle and its consequences. Afterwards, a short explanation about the legal rule, its structure and sanction. Then, it essay passes to the nucleus of the exposed problematical on the study, which lies in two clearly defined points: a – the efficiency as condition of validity; and b - the concept of “the minimum of efficiency”. The former concerns to the disparity that exists between the implied efficiency as the foundation and as condition of validity, as well as a differential of the results emerged from a study of legal arrangement under the statical and dynamic prism, passing through the unevenness between the concepts of statical system and the statical theory. The latter implies on the lack of precision on the terminology of the concept of efficiency of Kelsen’s work, since the nominated “minimum” of efficiency doesn’t find a reference on the temporal line of the author’s thoughts, becoming indetermined and indeterminable even though the importance that takes on in phenomena such as “dessuetude”. The conclusion is for the comprehension of the efficiency as condition to the validity in a estatical theory, being, however, preferable on the rum of Bobbio, a radical dichotomy between the validity, subject of the jurists, and the efficiency, heart of the attention of the socilogists of Law.

INTRODUÇÃO

Assim como as filhas do rei Lear, em Shakespeare, voltaram as costas ao pai após a partilha do reino, as ciências desdenham a filosofia, rejeitando-a como inútil. Os cientistas riem do pensador, sem perceber que ultrajam o ventre de que saíram¹. Nietzsche bem percebeu o fenômeno, quando escreveu: “... a ciência, tendo se afastado vitoriosamente da teologia, da qual por muito tempo fora serva, pretende agora, com toda altivez e incompreensão, ditar leis à filosofia e fazer papel de ‘senhor’ – que digo? de filósofo mesmo”².

Longe parece estar o tempo em que os reis disputaram a honra da companhia de Voltaire, na corte de Frederico, o Grande. Mais distante ainda parece a época em que Aristóteles, com o auxílio financeiro de Alexandre, fez-se o homem mais culto de seu tempo, criando uma influência tão poderosa que, na área política, até hoje se estende.

¹ Cf. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*, p. 37: “Se, pois, em determinado campo da pesquisa filosófica, os conhecimentos hauridos e sistematizados se particularizam a ponto de provocar a autonomia dos conhecimentos em relação à totalidade do conhecimento filosófico, surge uma ciência particular. É o que tem ocorrido na história do pensamento, quando as ciências foram aos poucos se destacando do conhecimento universal constituído pela filosofia, na antigüidade.”

² NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*, p. 105.

Nessa época corrida, parece que a antiga senhora do mundo, a orgulhosa filosofia, vive à margem.

O Direito, infelizmente, em muitas frentes também cedeu ao movimento universal de desprezo à filosofia. Após o advento da epistemologia de Locke, Berkeley e Hume, os homens se arrepiam diante da possibilidade de serem obrigados a pensar. É fato que, muita da culpa do atual descaso pelo pensamento, veio à lume na época em que se disputava sobre a existência ou não de estrelas, bactérias e oceanos, quando não percebidos. Durante duzentos e cinquenta anos essa batalha absurda foi travada na Europa. Sob seus escombros repousa a antiga santidade da filosofia.

Entretanto, contamos com valiosas exceções. Em nosso campo de conhecimento, o Direito, figuras como Hans Kelsen ainda podem nos dar o sabor da lembrança do tempo em que a filosofia era amada acima de tudo. Sim, porque se Kelsen escreveu a Miguel Reale que não era filósofo³, mais correta é a observação do professor brasileiro de que o grande jurista se enganava, ou era modesto.

³ REALE, Miguel. *Visão integral do Direito em Kelsen*, in PRADO, Luiz Regis e KARAM, Munir. *Estudos de filosofia do Direito – uma visão integral da obra de Hans Kelsen*, p. 18.

A força e a influência das obras de Kelsen, muitas vezes freudianamente deturpadas por ferozes detratores, nos lembra, em outro campo, a devastação epistemológica de Kant.

É verdade que há mais detratores, hoje, do que verdadeiros estudiosos de Kelsen. Mas também é verdadeiro que Bruno foi à fogueira, em nome de suas idéias; Atenas exilou Pitágoras e envenenou o grande Sócrates. “*Ser grande é ser mal compreendido*”, já avisava Ralph Waldo Emerson⁴.

Esse ataque irracional a obra kelseniana tem uma explicação muito clara em Warat e Pêpe:

Até o aparecimento, em 1911, do primeiro texto de Kelsen sobre a teoria geral do Direito, a ciência jurídica se encontrava sob o domínio absoluto de correntes jusnaturalistas. Em função disso, Kelsen foi amaldiçoado por uns e endeusado por outros. As cátedras de Filosofia do Direito eram dominadas por professores jusnaturalistas. Muitas gerações de juristas conheceram o pensamento de Kelsen através de professores que o odiavam e que deturpavam sua obra. Não raro, catedráticos que nunca haviam lido uma página de seus livros transmitiam uma visão negativa a partir de grandes chavões. Tal fato representou uma trivialização do pensamento kelseniano, própria do modo como em geral ensina-se a Filosofia do Direito nas universidades.⁵

⁴ EMERSON, Ralph Waldo. *Ensaio*, p. 45.

⁵ WARAT, Luis Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*, p. 61.

Parece que para algumas almas é impossível compreender o desiderato mais simples de Kelsen: purificar o Direito, a ponto de torná-lo digno do nome “ciência”, afastando da seara jurídica o estigma de Luigi Einaudi: “*os doutrinadores são uma das sete pragas do Egito e, na escala da perniciosidade pública, somente estão abaixo daquela outra pestilência que em língua italiana se diz ‘periti’ e mais conhecida na linguagem internacional sob o nome de ‘esperti’*”⁶. As críticas que lhe são dirigidas, contra tal missão, muitas vezes são deformadas, numa insistência em misturar ciência e ideologia:

*Si no queremos caer en la aprobación tácita de todo orden jurídico totalitário, es necesario reconocer que el aspecto lógico-formal del Derecho debe subordinarse a la existencia de “derechos fundamentales” anterior a toda lógica formal jurídica.*⁷

Esse breve estudo é uma forma de homenagem ao grande Kelsen.

Mesmo que contenha pequenas observações críticas sobre sua obra, ela não o desmerece, porque sabe, como ele, que a Filosofia do Direito deve estabelecer um raciocínio crítico, sempre, sem aceitar pressupostos fundantes como imutáveis. Isso sim seria uma desonra ao nome do jurista de Viena. Ao mais, a controvérsia parece ser mesmo o berço da evolução jurídica, já que até o

⁶ Apud BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*, p. 4.

⁷ TORANZO, Miguel Villoro. *Lecciones de filosofía del Derecho*, p. 433.

bondoso Franklin asseverou que a arte da contradição “*raramente existe entre pessoas de bom-senso, à exceção dos juristas e universitários*”⁸.

O objeto do trabalho é o estudo da relação entre a validade e a eficácia, considerando-as como integrantes da norma jurídica. O conceito de “mínimo de eficácia” e a função da eficácia diante da validade normativa são os cerne da problemática. Poder-se-ia escolher abordagem mais ampla, incluindo maiores estudos sobre a repercussão dos conceitos em uma teoria do ordenamento jurídico, mas optou-se pela circunscrição rígida do tema, já que, como adverte Sigmund Freud, “*tudo se relaciona com tudo, inclusive as pequenas coisas com as grandes, podendo-se, mesmo partindo de um trabalho despretensioso, ter acesso ao estudo dos grandes problemas*”⁹.

Em geral, os estudiosos da filosofia sofrem o mesmo ataque: “*para que serve a abstração?*”, questionam os práticos. A filosofia não ajuda a encher a carteira e não fornece os caminhos das reverências destinadas aos dignatários do Estado. Na verdade, ela quase ignora essas coisas todas. Mas de que adiantará o ouro do mundo amontoado em nosso quintal e a curvatura solícita de nossos semelhantes, se vivemos em ignorância estúpida, com espírito opaco,

⁸ FRANKLIN, Benjamin. *Autobiografia*, p. 35.

⁹ FREUD, Sigmund. *Conferência introdutórias sobre psicanálise*, p. 42.

brutais na conduta, instáveis e caóticos em nossos desejos e, ao fim, cegamente infelizes ?

Oscar Wilde, em violento manifesto contra a Alfred Douglas, que o abandonara na prisão, escreveu sobre os homens sem inclinação para a “*atmosfera intelectual, de silêncio, paz e solidão*”¹⁰. Santo Tomás de Aquino afirmava, ainda criança: “*quando tiver dinheiro, comprarei primeiro livros; em seguida, roupas*”¹¹. Espinosa tinha como divisa pessoal “*viver para pensar*”, enquanto Taine era categórico: “*desde que meu cérebro esteja cheio, o resto pode correr como quiser. Estou certo de não enjoar*”¹². Que teria havido com nossa época ? Chegamos ao ponto de precisar ouvir de Napoleão, um homem de ação, que “*as verdadeiras conquistas, as únicas que não trazem pesar algum, são as que são feitas sobre a ignorância*”¹³.

Vida sem filosofia é vida vegetativa. Não tem sentido. Algumas pessoas parecem desejar, como ironizava Sartre, “*viver a vida inteira entre parênteses*”¹⁴, em estado de absoluta alienação: “*O que se tem sempre desejado foi a fé, e não a verdade*” (Nietzsche)¹⁵. Parece dar menos trabalho. O medo é

¹⁰ WILDE, Oscar. *De profundis*, p. 14.

¹¹ RIBOULET, Louis. *Rumo à cultura*, p. 67.

¹² RIBOULET, Louis. *Idem*, p. 69.

¹³ MALRAUX, André. *A vida de Napoleão*, p. 41.

¹⁴ SARTRE, Jean-Paul. *A idade da razão*, p. 146.

¹⁵ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Vontade de potência*, p. 211.

sempre o arauto da inércia. Essa gente tem medo de errar, concluindo que “*não pensar é a única maneira de não errar*” e “*os outros que pensem por eles, pois seus cérebros são casas de hospedagem, sem dono, e no íntimo agradecem a ocupação*”¹⁶. Juristas com tal pensamento são o coma da sociedade livre. Então, a essas pessoas sem fibra, a resposta do intelectual mais produtivo entre os alemães, Goethe: “*As pessoas vêem apenas o que sacrifico e não o que ganho, e não podem compreender que a cada dia me torno mais rico, embora cada dia eu me sacrifique tanto*”¹⁷.

De que se sentido pode se revestir uma ataque à razão? Foi ela que salvou o homem e ainda lhe deu o trono da Terra. Nos dias da grande era glacial, os maiores animais, monstruosamente superiores ao homem em instinto, força muscular e adaptação para a caça predatória, foram todos destruídos pelo gelo invasor. Suas reações rapidíssimas, heranças genéticas do instinto de seus ancestrais, nada valiam em um ambiente radicalmente transformado. Enquanto isso, nós, os homens, minúsculos e frágeis animais sem presas e garras, mas dotados de plasticidade maravilhosa em nossas reações ao adverso, aprendemos a arte do fogo, da cozinha e como resistir às tempestades. Nossa razão não merece o desprezo dos práticos; estes desonram a própria essência de nossa raça,

¹⁶ INGENIEROS, José. *O homem medíocre*, p. 78.

¹⁷ CITATI, Pietro. *Goethe*, p. 23.

quando vilipendiam a característica mais divina que o homem tem. A filosofia é a guardiã deste tesouro.

E, por fim, quem pode manter uma atitude de desprezo pela nossa capacidade de abstração e engenho, quando observa uma pequena criança? Veja agora aquele pequerrucho pedaço de gente: equilibra-se pela primeira vez. De onde vem esse seu anseio incontível pela verticalidade? Por que tudo quer conhecer, ouvir, tatear, olhar? De onde surge essa perpétua ambição, que começa nos jogos infantis e vai até o momento em que se levanta, caminha, fala e, por fim, faz mapas da Terra e mede o tamanho das estrelas?

É a razão humana. Temos que amá-la e cortejá-la; ela não nos corteja. Mas o amor que lhe dedicamos é sempre recompensado. Estudos de ordem teórica sempre dão prazer àqueles que têm olhos no espírito. Hans Kelsen tinha. E por isso será sempre louvado pelos homens de pensamento. Aos seus detratores gratuitos, que ofendem sua memória com deturpações absurdas de sua obra, resta-nos o inigualável Nietzsche, que poderia ter destinado a Kelsen essa frase: “*Quanto mais sobes, menor te vêem os olhos da inveja. Na tua presença, sentem-se pequenos, e sua baixaza arde em invisível vingança contra ti*”¹⁸.

¹⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falava Zaratustra*, p. 45.

Restaria a questão: por que Kelsen? Não estaria o pensamento kelseniano “fora de moda”, ultrapassado? Em que pese as opiniões valiosas em sentido contrário, mesmo que a obra de Kelsen contenha muitas falhas, a sua importância permanece sendo ímpar. Dos embates travados pela e contra a teoria pura do direito é que o pensamento jurídico do século XIX deu um grande salto. Se uma afirmação tem como única finalidade morrer para que de suas cinzas venha ao mundo outra, melhor, então parece-nos já justificada a primeira assertiva, mesmo que falsa.

CAPÍTULO I

VALIDADE E EFICÁCIA

Antes de adentrar propriamente na análise de Hans Kelsen sobre a validade e a eficácia, estudando suas relações, importa realizar um apanhado da doutrina sobre o tema. Mister a tarefa para confeccionar um desenho da orientação predominante, mormente no direito pátrio.

Desnecessário dizer que é impossível exaurir todos os autores que eventualmente versaram sobre a matéria, eis que a mesma é inerente a todo e qualquer programa de Teoria Geral do Direito.

As opiniões são dissonantes. A apresentação é, dest'arte, ilustrativa. Mostram como a solução apontada por Kelsen gerou adeptos e ferrenhos adversários, que dividem entre si méritos, enganos e muitas omissões.

A restrição temática à validade não significa, naturalmente, que a eficácia foi olvidada. O que ocorre, em verdade, é que a validade é tratada por ampla gama de autores como *elemento* que engloba a eficácia, pelo menos à

nível de didática. Vale dizer, a exposição dos autores sobre a validade reporta-se, quase sempre, a conjugação dos elementos retro mencionados.

1. A Controvérsia Doutrinária

Rafael Hernandez Marín apresenta uma crítica aos pensadores do Direito que procuram apontar a eficácia como sendo a característica essencial para a própria definição do fenômeno jurídico. Seu argumento, a margem singelo, é fulminante:

*hay enunciados jurídicos que no son mandatos eficaces. Em primer lugar, hay enunciados jurídicos que son mandatos, pero ineficazes, dado que em muchas ocasiones son violados o desobedecidos. Y, en segundo lugar, hay enunciados jurídicos que ni siquiera son mandatos; por ejemplo, el artículo 334 del Código Civil, que define qué cosas son bienes inmuebles.*¹⁹

Trata-se de crítica realizada pelo próprio Kelsen, quando aponta que *não se considera como “válida uma norma que nunca é observada ou aplicada”*²⁰. A diferença de pensamento reside em que a ineficácia da norma,

¹⁹ MARIN, Rafael Hernández. *Teoria general del Derecho y de la ciencia jurídica*, p. 58.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 237.

como meio apto a elidir sua validade, em Kelsen repousa, neste passo, em uma perene atitude de não aplicação jurisdicional e de respeito dos cidadãos (conceito de comportamento subsumido ao conceito prescritivo da regra), enquanto Marín parece se contentar em apontar a desobediência da norma como fator determinante não de sua invalidade, mas apenas como ilustração de que a eficácia é integrante do Direito, mas não sua característica essencial.

Após discorrer sobre várias classificações da validade, tanto nas regras do *ser* como do *dever-ser*, Eduardo Garcia Màynez afirma categoricamente que “*a validez de las normas de conducta no está condicionada por sue efectividad*”²¹, lastreando sua assertiva com Husserl, encontrada em sua obra *Investigações Lógicas*: “*los juicios sobre un deber no implican ninguma afirmación sobre un ser correspondiente*”²².

Significa dizer que o pensamento de Máynez é afinado ao espírito do direito positivado brasileiro, cuja lei geral de aplicação das normas jurídicas, ou Lei de Introdução do Código Civil, como é conhecida, expressamente nega ao desuso o poder de revogar ou alterar uma norma.

²¹ MÀYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del Derecho*, p. 7.

²² Disponível no Brasil na *Coleção Os Pensadores*, volume dedicado a *Husserl*, p. 113.

Uma contribuição muito importante faz Eurico Marcos Diniz de Santi²³. Chama-se incidência o ato de transformar um fato em algo relevante para o Direito, através de previsão normativa. Ocorre uma subsunção do conceito do fato ao conceito da norma: uma operação lógica.

Quando uma norma incide sobre um fato, juridicizando-o, surge o fenômeno da eficácia legal. Esta é automática, pois decorre de forma direta da referida subsunção. Já a eficácia jurídica só ocorrerá - segundo Santi - se da eficácia legal resultarem efeitos, ou seja, relações jurídicas.

Em um plano separado estaria a efetividade, que nada mais seria do que a *eficácia social*. Textualmente, “*efetividade equivale à eficácia em sentido sociológico, diz respeito à conformidade da efetiva conduta social à norma*”²⁴.

Desnecessário salientar que a classificação proposta será de utilidade ímpar para a análise do mesmo conceito de *efetividade* e *eficácia* no plano kelseniano.

²³ Artigo publicado em *Direito* n° 2, p. 131-51

²⁴ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *op. cit.*, p. 135.

Paulo Dourado de Gusmão encara validade sob dois aspectos: *científico e filosófico* ²⁵. A validade *científica* seria aquela decorrente da competência constitucional ou delegada da autoridade que editou a norma reputada como válida. O âmbito filosófico determinaria a validade de uma norma através de uma observação simples: se obedecidos os comandos emanados das normas hierarquicamente superiores para a produção da norma jurídica, ela é válida. O próprio autor adentra na teoria kelseniana para utilizá-la como exemplo, o que não faremos nesse momento, por inadequado.

Eficácia, efetividade ou validade fática são expressões sinônimas para Luiz Augusto Crispim²⁶. A rejeição do corpo social a determinadas normas, ou seja, a ausência de *reconhecimento da comunidade*, importaria em ineficácia da norma. O plano sociológico é privilegiado, como se vê. A verdade é que o autor realiza tal tratamento com a *validade fática*, assim a denominando, porque se alinha com a corrente de Miguel Reale, que abaixo veremos dimensionar a validade em três vertentes: fática, jurídica e ética.

Pelas mesmas sendas se envereda Ronaldo Poletti quando afirma que: “a validade da regra de direito é formal (jurídica), social e ética. Dá-se o

²⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*, p. 63.

²⁶ CRISPIM, Luiz Augusto. *Estudos preliminares de Direito*, p. 129-131.

*nome de vigência à validade formal; de eficácia, à validade social; e de fundamento, à validade ética.”*²⁷

Ao versar sobre a validade e a eficácia, Luiz Antonio Nunes²⁸ separa-as claramente, inclusive dedicando capítulos diversos para cada uma. Seu entendimento é que a validade diz respeito ao aspecto *técnico formal* da norma jurídica. Uma norma é válida quando *criada segundo os critérios já estabelecidos no sistema jurídico*. Já a eficácia é vinculada a *possibilidade de produção de efeitos; incidência é a concreta produção dos efeitos*. Existe, como se nota, uma diferença com a maioria dos demais posicionamentos. O autor se contenta com a possibilidade de produção de efeitos, reportando à incidência a tarefa de servir de rótulo para a efetiva atuação da norma na sociedade.

Um caso de omissão quanto ao problema da eficácia podemos encontrar em Orlando de Almeida Secco²⁹. A validade é encarada tradicionalmente, sob o enfoque de legitimidade do órgão editor da norma e sua competência *ratione materiae*. Nem uma única palavra é destinada ao estudo ou

²⁷ POLETTIQUANDO, Ronaldo. *Introdução ao Direito*, p. 195.

²⁸ NUNES, Luiz Antônio. *Manual de introdução ao estudo do Direito*, p. 158 e 169.

²⁹ SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do Direito*, p.75.

mesmo a definição da eficácia. Sequer a chamada validade fática (sinônimo de eficácia na imensa maioria das vezes) é cogitada na obra.

Um estudo muito mais aprofundado sobre a validade é efetuado por Arnaldo Vasconcelos³⁰. A explicação sobre todo o celeuma existente em torno da validade da norma jurídica é brilhantemente exposta: o Direito, como fenômeno cultural (feito pelo e para o homem) sofre de um grande mal, que é a resistência de seu próprio destinatário. Hobbes, apesar de seu famoso aforismo emprestado de Plauto (*o homem é o lobo do homem: homo homini lupus*) parecia se esquecer desse detalhe quando dissertava sobre as leis.

De fato, a obra hobbesiana é todo uma em louvores infundáveis à lei como instrumento único para domar a fera humana. O fato ainda mais se agravou a partir das pregações de Rousseau, que além de aumentar o “mito” da lei, apontou no ser humano uma natureza intrinsecamente boa, apenas corrompida pela vida em sociedade.

³⁰ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*, p. 224-230.

Contudo, a verdade passeia ao largo de tais idéias. Um contemporâneo de Hobbes, o filósofo Spinoza, tinha idéias bem diversas, expostas em seu Tratado Político: *Com el fin de evitar males, se há intentado establecer las leyes suntuarias, pero sin éxito. (...) Los hombres aspiran siempre a todo cuanto les está prohibido, desean cuando se les niega.*³¹

A validade para esse autor se desdobra em quatro instâncias: juridicidade; positividade; vigência e eficácia. Não há explicações satisfatórias para as duas primeiras. Juridicidade seria o mesmo que dizer a norma vale porque é de Direito. E a positividade é apenas o Direito que está posto, no sentido de encontrar-se disponível. Vigência é a disponibilidade temporal da norma para produzir seus efeitos. Seria o lapso de tempo em que a mesma é passível de incidir sobre os comportamentos humanos ou sobre outras normas jurídicas. Por fim, a eficácia é tratada como muitos outros autores, sendo a instância de validade social, ou a norma que é realmente observada pelo grupo social.

Ao cabo, a exposição de Miguel Reale³², paradigma de muitos dos estudos que acima foram resumidos. A validade da norma jurídica, em

³¹ *Apud* VASCONCELOS, Arnaldo. *op.cit.*, p. 312.

³² REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, p. 105-116.

Reale, é condicionada a adequação de três aspectos: validade formal, validade social e validade ética.

A validade formal, que para o autor é sinônimo de vigência, é *a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração.*³³ Os requisitos são enumerados como sendo a legitimidade do órgão que expediu a norma; a competência *ratione materiae* desse mesmo órgão e a observância das regras procedimentais postas para a edição da norma.

A eficácia, ou validade social, é definida como *a aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o direito e como tal reconhecê-lo*³⁴.

Miguel Reale assume, abertamente, que o desuso pode ser forma de eliminação da validade de uma norma jurídica. E mesmo antes do desuso, o Judiciário teria a obrigação, segundo o autor, de mitigar a norma socialmente reprovada.

³³ REALE, Miguel. *Idem*, p. 108.

³⁴ REALE, Miguel. *Idem*, p. 112-113.

A validade ética, como o próprio nome está a demonstrar, prende-se a axiologia. A conceituação de Reale é emprestada de Stammler : *uma tentativa de direito justo*, confundindo-se, confessadamente, com as idéias de direito natural que refogem ao âmbito de nosso interesse nesta quadra.

2. A Concepção Positivista

Kelsen é considerado, pelo vulgo³⁵ principalmente, como sinônimo de positivismo. Encarna para muitos os valores desse movimento da filosofia do direito. A explanação que segue é toda baseada na obra de Bobbio.

Pensador jurídico de importância sem igual no mundo contemporâneo, seria inviável olvidar a opinião do senador vitalício italiano, mesmo que esteja - ele próprio - cansado do tumulto político e ideológico que enfrenta a humanidade:

³⁵ Utilizo o vocábulo “vulgo” no sentido filosófico, em que o mesmo representa apenas a compreensão do homem médio sobre certo assunto. Seria a simples “opinião”, diversa da posição cientificamente ou filosoficamente sustentada.

*O texto de Bobbio foi-nos entregue pessoalmente, por ocasião de uma passagem nossa por Turim, que proporcionou ouvir do grande **maestro**, do alto de seus 87 anos, uma certa desilusão com a política, assim como, diante de tantas transformações, na Itália e no mundo, teria um secreto desejo de sair de cena.*³⁶

Enrique Zuleta Puceiro, em apresentação a obra indispensável aos que pretendem o entendimento do pensamento bobbiano, ao lado de *La Escuela de Bobbio*, de María Ángeles Barrère Unzueta, *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*, do Prof. José Alcebíades de Oliveira Júnior, chegou a deixar assente que :

*Bobbio, então, formulou na Itália o modelo do que é chamado hoje em dia de positivismo maduro, que mantém os motivos do positivismo tradicional mas que, sobretudo, está aberto aos problemas históricos, de sociologia jurídica, do funcionalismo aplicado ao direito etc. e, portanto, muito mais desenvolvida do que a concepção que possui seus referentes em Kelsen e Hart.*³⁷

Proceder-se-á, pois, uma análise geral do positivismo, estudado e exposto com brilho ímpar por Norberto Bobbio em seu *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*, juntamente com o trabalho de Rousseau, Hobbes e, naturalmente, Kelsen.

³⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *O novo em Direito e Política*, p. 10.

São apontadas por Bobbio sete características fundamentais do positivismo jurídico. Não é necessário, naturalmente, que um autor seja adepto de todas para ser enquadrado como positivista. Aliás, a maior parte das críticas contra a filosofia e a teoria geral dos juspositivistas repousa na sexta característica apontada, o *método da ciência jurídica*.

Também por refugir ao objeto específico da pesquisa será desconsiderada a parte histórica do positivismo jurídico, cujo estudo pode ser à saciedade encontrada em Bobbio³⁸.

Encarar o direito como sendo *fato* e não *valor* é a primeira característica do juspositivismo. Trata-se do modo de abordar o fenômeno jurídico. É exatamente como corolário dessa concepção que surge a doutrina da validade formal, quer dizer, validade como sinônimo de obediência a competência do órgão editor, competência *ratione materiae* e obediência ao procedimento legal para produção da norma jurídica.

Oportunamente, ver-se-á que Kelsen é adepto dessa idéia, que sofre abalo quando entra em cena o fenômeno da eficácia.

³⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Bobbio e a filosofia dos juristas*, p. 14.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico - lições de filosofia do Direito - Primeira Parte*, p. 25-122.

A segunda característica nasce sob o signo da ironia, já que formulada por um jusnaturalista (Thomasius) : a definição do direito centrada na coação. Vale dizer, a coatividade é a característica essencial na própria definição, ou conceituação, do jurídico.

Quando se diz que a fonte única ou essencial do direito é a lei (legislação), está se falando da terceira característica do juspositivista. Essa posição gera uma infindável série de problemas relacionados às demais fontes, em especial o costume, restando certo, entretanto, que o costume *contra legem* é sempre repudiado.

A equidade, muitas vezes aceita pelo próprio ordenamento jurídico, como é o caso do Brasil (CPC, art. 127), representa um paradoxo aninhado no pensamento positivista. Se a própria norma posta admite em certos casos, estará *positivando* as decisões tomadas com base na equidade? Não se trata de delegação de competência? As respostas são fornecidas positiva e negativamente. O conflito é corajosamente enfrentado pelos juspositivistas a séculos.

O quarto ponto, a teoria da norma jurídica sob o prisma do positivismo jurídico, aponta para a teoria imperativista do direito. Existem várias subdivisões que serão estudadas ao longo deste trabalho.

A completitude e a coerência do ordenamento jurídico são as duas características básicas da teoria do ordenamento jurídico, o quinto ponto abordado pelo positivismo do direito.

A coerência do ordenamento jurídico reporta-se a inexistência das antinomias. O que em verdade realiza o positivista é uma atividade de eliminar as antinomias através da afirmação de que são apenas aparentes ou, mesmo que reais, desaparecem através do métodos interpretativos romanos, que colocam o modal permissivo como sobranceiro em relação ao imperativo e ao proibitivo, diante do já natural sacrifício imposto pela vida social.

A completitude significa, de forma simplificada, a inexistência de lacunas no direito. O pensamento do jurista positivista de linha kelseniana pode ser expressado assim :

*Como a estrutura da norma jurídica é a de ligação deôntica entre a descrição de uma conduta e a sanção estatuída, então de duas uma: ou o comportamento em exame está ligado a certa pena e é proibido, ou não está e é permitido.*³⁹

Os positivistas, de modo geral, defendem que o aplicador do direito, como ensina Norberto Bobbio:

*pode sempre extrair uma **regula decidendi** para resolver qualquer caso que lhe seja submetido: o positivismo jurídico exclui assim decididamente a existência das lacunas no direito.*⁴⁰

O método utilizado pela ciência jurídica corresponde ao sexto ponto do positivismo jurídico. Em síntese, o método atribui ao jurista o papel declaratório do direito, negando-lhe a competência para produção e criação do direito. Como já salientado alhures, esse é o ponto do juspositivismo que mais sofre ataque por parte de seus opositores, que muitas vezes tomam essa parte como o todo.

A teoria da obediência, tida como o sétimo e último integrante do positivismo do direito, é um fenômeno quase tautológico: a obediência irrestrita a lei, por ser a lei. Como bem adverte Bobbio :

³⁹ BOBBIO, Norberto. Idem, p. 46-47.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. Idem, p. 133

Com referência a essa teoria, contudo, melhor do que de positivismo jurídico, dever-se-ia falar de positivismo ético, visto que se trata de uma afirmação de ordem não científica, mas moral ou ideológica; e também as origens históricas dessa doutrina são diferentes daquelas das outras teorias juspositivistas: enquanto, de fato, estas últimas concernem ao pensamento racionalista do século XVIII, a primeira diz respeito ao pensamento filosófico alemão da primeira metade do século XIX e, em particular, a Hegel.⁴¹

Como já exaustivamente frisado, para o tema em desenvolvimento (a relação validade-eficácia da norma jurídica em Kelsen), importa-nos levar a cabo um estudo mais detalhado do positivismo jurídico quando tem o aspecto estrutural da norma como objeto específico de estudo.

Quando os positivistas em geral, Kelsen incluso, estudam uma norma jurídica (considerada singularmente), têm em comum acordo que sua estrutura é a de um *comando*. O celeuma reside em outro ponto: esse comando tem qual natureza?

Que seja o *comando* tido pelos juspositivistas como elemento nuclear da norma jurídica é de explicação muito fácil. Deriva tal entendimento da concepção legalista-estatal do direito que é lugar-comum no positivismo. De

⁴¹ BOBBIO, Norberto. Idem, *ibidem*.

fato, basta imaginar uma norma de origem não estatal, como o costume *contra legem*: esboroa-se a concepção de *comando* porque desaparece a exigibilidade coercitiva da norma (no sentido de passível da força física em caso de resistência), essencial para os pensadores da linha positiva.

A teoria imperativa tem origem na antigüidade clássica (pensamento jurídico-romano). Sua importância se ampliou, entretanto, na idade média. Isso porque a doutrina católica utilizava-se das expressões *praeceptum* e *consilium* (comando e conselho) para realizar a separação das prescrições realizadas pelos escolásticos. Um conselho era uma orientação dada ou obtida para melhorar ou obter a perfeição espiritual. Já o comando era destinado a própria salvação da alma. Despiciendo dizer que o comando mantinha sua supremacia hierárquica de importância em uma escala valorativa, mesmo que ética ou religiosa.

No pensamento moderno, Hobbes utilizou-se da teoria para pregar a separação do Estado e Igreja (Estado laico), afirmando que esta última só tem competência para dar conselho, enquanto que aquele prescreve comandos:

*Thomasius, utilizou os dois conceitos: de comando e de conceito para distinguir o direito positivo do natural. O primeiro consiste em comandos os segundos em conselhos.*⁴²

Para sintetizar, existem seis pontos de vistas diferentes que podem ser utilizados para apontar as diferenças entre comandos e conselhos.

Em relação ao sujeito ativo: o comando requer autoridade, para o conselho basta a respeitabilidade. A autoridade aqui mencionada é aquela possibilidade de constranger alguém, pois:

*...enquanto relação entre dois sujeitos, o poder assim definido está estritamente ligado ao conceito de liberdade; os dois conceitos podem então ser definidos um mediante a negação do outro: 'O poder de 'A' implica a não-liberdade de 'B', e a liberdade de 'A' implica o não-poder de 'B'.'*⁴³

*O efetivo exercício do poder se dá quando se torna "uma relação entre comportamentos", onde "se pode dizer que o comportamento de 'A' visa a modificar a conduta de 'B': A exerce Poder quando provoca **intencionalmente** o comportamento de 'B'.*⁴⁴

Em relação ao sujeito passivo: existe obrigatoriedade no atendimento dos comandos, mas o conselho mantém a liberdade do sujeito passivo, dando-lhe faculdade de escolha entre o atendimento da sugestão ou sua

⁴² BOBBIO, Norberto. Idem, p. 183

⁴³ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade - para uma teoria geral da política*, p. 78.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*, vol. 2, p. 935.

rejeição (os efeitos da escolha serão objeto de comentários no item sobre as conseqüências do acatamento).

Em relação ao motivo para obedecer: a chamada validade *strictu sensu* é o motivo que leva o indivíduo a obedecer o comando. Essa validade, que é *formal*, vale por si só. Vale dizer, em tendo sido o comando editado pelo órgão competente para aquela matéria, seguindo o procedimento prescrito, a obediência é conseqüência imediata. O conselho tem um caminho mais árduo: o acatamento pelo destinatário depende de outro espécie de poder, que é a persuasão. De fato, é o conteúdo *material* do conselho (aliado, é claro, a compreensão do destinatário) que vai decidir por seu acatamento ou não. O que importa é que o motivo, nesse caso, é uma deliberação, uma escolha.

Em relação ao fim: essa é uma classificação que sofre sérias dificuldades para se sustentar. Hobbes ensinava que o comando era dado no interesse dos emissores, e o conselho para o bem dos destinatários. Através da doutrina democrática, principalmente após a obra sistematizadora de Rousseau, os emissores dos comandos estatais são, paradoxalmente, os próprios destinatários, através do fenômeno da democracia indireta (ou semi-direta). Dessa forma, dissolve-se, ao menos em tal espécie de governo e em teoria, a possibilidade da divisão em torno do fim.

Em relação às conseqüências do acatamento: aqui a regra é muito simples, pois aquele que recebe um comando está obrigado ao acatamento, como visto acima, mas em compensação está isentado de responsabilidade pelas conseqüências de tal comportamento. De outra banda, apesar de ser o conselho alternativo (é acatado ou não pelo destinatário), se este o acolher será responsabilizado por todo e qualquer efeito decorrente da conduta adotada em razão do conselho. Isso decorre de sua própria liberdade frente a escolha.

Em relação às conseqüências do inadimplemento: em qualquer dos casos (comando ou conselho), o não acatamento gera conseqüências. A diferença reside em que a sanção, conseqüência do inadimplemento das normas de comando, é desejada pelo editor. É a resposta planejada para o desrespeito a regra. Já as conseqüências do não acatamento do conselho, se negativas, não representam, regra geral, o escopo do emissor. O resultado nefasto é conseqüência do desencadeamento natural das coisas, pela inobservância do comportamento que o conselho objetivava conseguir do destinatário.

O positivismo jurídico estabeleceu a concepção do direito como um comando. Entretanto, enfrentou de imediato a existência das normas permissivas. Como taxá-las de comandos? Onde está o imperativo de uma norma que simplesmente permite? As respostas são fornecidas por Norberto Bobbio⁴⁵.

Antes de mais nada, é preciso esclarecer que as normas permissivas são passíveis de serem enquadradas em duas categorias diversas: as *normas permissivas strictu sensu*, que são aquelas concessivas de uma faculdade, e as *normas atributivas*, que conferem um poder.

A explicação para as normas permissivas em sentido estrito é muito fácil. Em verdade, dentro de um ordenamento jurídico encarado sob o prisma positivista, como visto acima, inexistem lacunas, porque todo comportamento não proibido ou ordenado é permitido. Ora, o único sentido de uma norma permissiva que autorizasse algum comportamento se encontra em confronto com uma norma que vede o mesmo comportamento, de forma geral. *A contrario sensu*, a autorização seria inócua, já que derivada naturalmente da própria ausência de proibição. Um exemplo seria a norma que permite matar, desde que em legítima defesa. Sua permissão é apenas um *limite* a verdadeira

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 186-188.

norma, esta sim imperativa, que veda o comportamento humano de tirar a vida de um semelhante.

As normas permissivas que atribuem um poder a um sujeito são de explicação ainda mais fácil. Trata-se apenas do reverso da moeda, uma visão invertida da norma imperativa. A todo dever corresponde um direito e vice-versa. Isso é lógica pura. Pois bem: as normas atributivas de um poder estão, concomitantemente, impondo um dever de sujeição, imperativamente, a outro sujeito, sobre o qual projetar-se-á o direito daquele beneficiado pela norma permissiva-atributiva.

Resta, ao fim, a tarefa de saber se a norma jurídica imperativa para os juspositivistas, é categórica ou hipotética.

Antes de adentrar ao mérito da *quaestio*, registre-se que Bobbio afasta com argumentos insofismáveis as outras tentativas de caracterizar a imperatividade pelos aspectos positivo-negativo, gerais-individuais e abstratos-concretos, o que pode ser compulsado em seu magistral *O Positivismo Jurídico*, nas páginas 189 e 190.

A norma categórica é aquela de expressão lógica: *Deve realizar 'A'*, enquanto a hipotética é assim enunciada: *Se quiser 'B', deve realizar 'A'*.

A distinção é de autoria do grande Kant, que a utilizou para separar os imperativos morais dos demais. Os imperativos morais são, para Kant, sempre categóricos. Estes últimos determinam uma conduta “*boa em si mesma, independente de qualquer fim que por ela se possa atingir*”⁴⁶. De outro lado, “*o imperativo hipotético prescreve uma ação que não é boa em si mesma, mas é boa apenas condicionalmente, isto é, para atingir um dado fim*”⁴⁷.

É de evidência palmar que a norma jurídica pertence a categoria das hipotéticas, pois buscam atingir um dado fim. A finalidade é elemento de toda norma, quando não um macro-princípio (como no Direito Administrativo). Ademais, não há norma jurídica *boa em si mesma*. Os seus resultados é que darão azo a sua qualificação.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Idem*, p.191.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Idem*, *ibidem*.

CAPÍTULO II

O SISTEMA DA TEORIA PURA DO DIREITO

Não seria fazer justiça ao gênio kelseniano realizar qualquer estudo de sua obra sem um prévia sistematização, por mais simplificada que seja, acerca do conteúdo desenvolvido com fôlego pelo mestre de Viena em sua Teoria Pura do Direito.

Evidentemente, seria incabível nesta quadra realizar um estudo mais aprofundado da totalidade dos temas versados, pelos motivos já expostos acima, que atinam com a necessária delimitação do tema. Mas isso não pode servir de desculpa para uma simples reticência.

É natural que somente se poderá fazer referência aos pontos da obra que interesse inafastável tragam para quem se debruça sobre um tema jurídico sob a ótica kelseniana.

A Teoria Pura do Direito principia por enfatizar a necessidade absoluta de uma pureza metodológica. A Ciência Jurídica deveria, antes de mais nada, converter-se em forma de conhecimento rigorosamente neutro e puro em relação ao seu objeto. Nisso resume-se o chamado princípio metodológico fundamental.

É mister, antes de mais nada, afastar tudo que seja meta ou extra-jurídico, mantendo qualquer consideração não-normativa em terreno alienígena. Incluso nessa restrição está, e principalmente, os juízos de valor relacionados ao conteúdo da norma jurídica. A Teoria Pura do Direito é construção gigantesca elaborada para estudo da forma e relação entre formas das normas jurídicas, afastado o interesse por seu conteúdo eventual e qualquer discurso acerca do valor desse mesmo conteúdo.

Algo a não ser jamais esquecido é a meta kelseniana de realizar uma divisão lógica do discurso jurídico, opondo o Direito à Ciência do Direito. Esta tem aquele como objeto de estudo. Fica assegurada, desta forma, a assertiva fundante de que as proposições da Ciência Jurídica não fazem referência à realidade, e sim aos enunciados do dever-ser (direito positivado).

Kelsen realiza uma separação bem nítida entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação. Aquele rege o mundo da natureza, os fenômenos físicos. Trata-se de uma relação de causa e efeito, que domina o mundo natural. Já o princípio da imputação é dirigido à conduta humana. Em termos lógicos teríamos: *Se é 'A', então será 'B'* para a causalidade e *Se é 'A' deverá ser 'B'* referentemente a imputação:

La teoría pura establece que el principio de imputación se aplica en las Rechtssätzen (proposiciones acerca del derecho) mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto, mientras que el principio de causalidad se aplica en las llamadas leyes de la naturaleza mediante las cuales la ciencia natural describe su objeto.⁴⁸

1. O Direito como Ordem Coativa

O Direito sempre é uma ordem da conduta humana. Essa é assertiva que se depreende de toda obra kelseniana:

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*, p. 57.

Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, quando sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.⁴⁹

A validade de uma norma jurídica, sua particular existência, é sempre estabelecida pela norma superior, naquela que veio a ser conhecida como estrutura jurídica escalonada kelseniana.

A punição de um comportamento humano tido como indesejável pelo legislador temporal, caracteriza-se dentro do fenômeno jurídico por se revestir na possível utilização de força física (coatividade), elemento que diferencia a norma jurídica das demais normas sociais, como a religiosa e a moral.)

Uma conduta ilícita é aquela que incide em comportamento oposto ao exigido pela norma jurídica, criando-se, dessarte, o pressuposto necessário a aplicação da sanção .

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p.33.

O Estado Moderno preza ao máximo pela centralização da ordem jurídica, exatamente pela sua característica mor: a coatividade. A vingança privada, a chamada justiça com as próprias mãos, inviabilizaria a sociedade tal qual a concebemos hoje. Resulta daí o monopólio estatal sobre a coação, meio de proteção dos indivíduos contra os outros indivíduos e princípio primeiro de convivência social harmônica.

A segurança pública social é o fim maior do Direito e não é diferente a concepção da Teoria Pura do Direito. Contudo, Hans Kelsen faz questão de ressaltar um elemento lógico, muitas vezes desprezado pelos construtores de doutrinas jurídicas: o fato incontestável de que o ilícito é pressuposto do Direito. A doutrina inversa demonstraria o Direito como um conjunto inútil de comandos, já que nunca violados:

*Se o ato coercitivo estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra uma determinada conduta humana tida como socialmente nociva, e o fim de sua estatuição é impedir essa conduta (prevenção individual e geral) esse ato coercitivo assume o caráter de uma sanção no sentido específico e estrito dessa palavra. E a circunstância de uma determinada conduta humana ser tornada, nestes termos, pressuposto de uma sanção, significa que essa conduta é juridicamente proibida, isto é, constitui um ilícito, um delito. Este conceito de sanção e o conceito de ilícito são correlativos. A sanção é consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção.*⁵⁰

Como já foi salientado acima, a reação coativa é exclusividade estatal. Abre-se exceção - realizada pelo próprio sistema normativo, atendendo a realidade - para a legítima defesa (pessoal, de terceiros e de bens) e o exercício do pátrio-poder.

Um dos pontos mais criticados da Teoria Pura do Direito aparece exatamente neste ponto: a regra segundo a qual inexistente uma proibição jurídica, estar-se-ia diante de uma autorização do ordenamento jurídico. Vale dizer: tudo que não está proibido, está permitido. *“À medida em que a conduta de um indivíduo é permitida - no sentido negativo - pela ordem jurídica, porque esta não a proíbe, o indivíduo é juridicamente livre.”*⁵¹

É claro que essa liberdade merece a resguarda do Estado. Dessa forma é que a ordem jurídica proíbe a interferência de quem quer que seja dentro do campo de liberdade, acima citado, das pessoas. Um problema poderia surgir do choque entre duas condutas, ambas livres pela permissão negativa. A solução é uma neutralidade necessária do Direito, já que ele não pode interferir em nome de nenhum dos contendores, já que os dois estão atuando dentro do modal permissivo negativo.

⁵⁰ KELSEN, Hans. Idem, p.42-43.

⁵¹ KELSEN, Hans. Idem, p. 46.

Para uma verdadeira compreensão dos sentidos objetivo e subjetivo dos atos de vontade, é mister uma referência a coação. De fato, o sentido subjetivo e objetivo do ato de vontade dirigido a outrem pressupõe um dever-ser no qual a sanção é consequência necessária do pressuposto delituoso. Para continuar no exemplo do próprio Kelsen, a diferença entre o comando de um salteador, correspondente ao sentido subjetivo, e o comando de uma fiscal de tributos (sentido objetivo) está na interpretação desse último como comando (norma) válida. E essa conclusão só tiramos pela situação de encontrar o comando normativo do fiscal o fundamento último de sua autoridade no sistema lógico-normativo. Cabe, aqui, a interrogação kelseniana: *“Qual é o fundamento de validade da norma que nós consideramos como o sentido objetivo do ato?”*⁵²

Esse fundamento encontra-se no plano material. Na Constituição do Estado, por sua vez, tem uma norma pressuposta: a Norma Fundamental é o fundamento último de validade da ordem jurídica.

Aqui, pela primeira vez, aparece de forma clara o tema que o presente trabalho pretende abordar. A relação eficácia e validade é exposta com nitidez já suficiente para que se apresentem os contornos do problema, já que uma ordem coercitiva quando duradouramente eficaz, na expressão da Teoria

⁵² KELSEN, Hans. *Idem*, p. 50.

Pura do Direito, cria uma ordem válida, afastadas as considerações acerca do conteúdo ético das normas que a constituem :

A norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica refere-se apenas a uma Constituição que é a base de uma ordem de coerção eficaz. Somente quando a conduta real (efetiva) dos indivíduos corresponda, globalmente considerada, ao sentido subjetivo dos atos dirigidos a essa conduta é que este sentido subjetivo é reconhecido como sendo também o seu sentido objetivo e esses atos são considerados ou interpretados com atos jurídicos.⁵³

Não se concebe o Direito, dentro do pensamento de Kelsen, pois, senão como uma ordem coercitiva, fato que aliás é o diferencial do fenômeno jurídico em relação às demais normas de convívio social.

Antes de mais nada, importa assinalar que o Direito é compreendido por Kelsen como aquele conjunto de normas sancionatórias que encontram fundamento último de validade na norma hipotética (ou fictícia, como citado na Teoria Geral das Normas). A Ciência Jurídica, ou Jurisprudência, é discurso científico realizado sobre o objeto chamado norma jurídica, com método próprio (neutralidade axiológica).

De outra banda, temos a Moral como objeto. A ciência que dele (objeto) trata é chamada de Ética. A Ética é, assim, o discurso realizado sobre a Moral.

A diferenciação desses dois planos é de grande importância para quem, como Kelsen, tinha planos de pureza metodológica, já que a Moral sempre foi alvo de confusões como objeto da epistemologia dos juristas.

Como não poderia deixar de ser, e como já assinalado de forma geral, a principal diferença entre o campo moral e o jurídico repousa na coatividade, na possibilidade de uso da força física que somente ao Direito assiste. Não é o conteúdo das normas que as classifica em jurídicas ou morais, mas sim a forma pelas quais elas se apresentam.

A pluralidade de instância morais é apontada como a grande resposta a ser fornecida àqueles que pregam uma necessária inter-relação entre o Direito e a Moral. Kelsen rejeita com base em dados da realidade a existência de uma moral absoluta :

*Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral.*⁵⁴

⁵³ KELSEN, Hans. Idem, p. 52.

⁵⁴ KELSEN, Hans. Idem, p.76.

O corte axiológico, primado metodológico da Teoria Pura do Direito, impede quaisquer considerações acerca de uma identidade ou semelhança obrigatória entre a Moral e o Direito. O que pode ocorrer é uma legitimação ocasional da Moral pelo Direito, através da criação de norma de conteúdo moral, mas lembrando-se que a transformação torna para o jurista a regra interessante, mas não pelo seu conteúdo moral.

2. Direito e Ciência

O Direito é composto por normas jurídicas. Estas podem ser válidas ou inválidas, de acordo com sua conformidade ou não com a Norma Hipotética Fundamental. Não há que se falar em norma falsa, injusta ou imoral.

De outra banda, importante é lembrar que uma coisa é o objeto e outra bem diferente é a descrição desse mesmo objeto, tarefa do cientista. A essa última tarefa Kelsen dá o nome de proposições jurídicas, estas sim passíveis de verificação no nível de veracidade ou falsidade, já que para tanto basta uma comparação da descrição com o objeto :

Dado que las proposiciones jurídicas que describen las normas jurídicas tienen la pretensión de ser verdaderas, pueden aplicarse a las mismas los principios lógicos, en especial el principio de contradicción y las reglas de inferencia. Por dicho motivo, estos principios lógicos son aplicables - por supuesto solo indirectamente - a las normas jurídicas, que no tienen la pretensión de ser verdaderas.⁵⁵

A idéia de *objeto formal*, idealizada por Kant, dando conta da pluralidade de significações possíveis a partir de um único objeto, na chamada *revolução copernicana*, pode ser apontada, com uma das maiores problemáticas do conhecimento humano enfrentadas por Kelsen.

De fato, o *criticismo* é atacado pela Teoria Pura do Direito, quando esta procura - através do corte axiológico-, podar sensivelmente essa multiplicidade de resultantes do processo cognitivo.

3. Imputação e Causalidade

A grande diferença entre a ciência jurídica e as ciências naturais reside em seu método. As ciências naturais descrevem o seu objeto através do

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Contribuciones a la teoria pura del Derecho*, p. 17.

princípio da causalidade, que pode ser expresso, em termos lógicos, como Se é A, B será.

A Ciência Jurídica segue outro princípio, o da Imputação. Através desse, os elementos da proposição jurídica ligam-se através de uma dever-ser: *Se é A, deve-ser B* :

*O dever ser jurídico (...) abrange as três significações: a de um ser prescrito, a de um ser competente (ser-autorizado) e a de uma ser (positivamente) permitido das conseqüências. Com o dever ser (Sollen) que a proposição jurídica afirma são designadas as três funções normativas.*⁵⁶

Contudo, é preciso deixar em destaque que quando uma proposição jurídica segue a expressão dever-ser, não está sendo adepta de significado normativo, de ordem, mas apenas descreve tal comando, de forma neutra e avalorativa, por força do corte axiológico.

Da mesma forma que as leis naturais, também as proposições jurídicas podem ser denominadas leis jurídicas. Estas descrevem a maneira como o pressuposto e a conseqüência, o ilícito e a conseqüência do ilícito, ligam-se entre si. As leis (normas) jurídicas possuem um caráter geral, ou seja,

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 87.

*“descrevem as normas gerais da ordem jurídica e as relações através delas constituídas”*⁵⁷, operando com as normas individuais, como as decisões judiciais, administrativas etc., como resultado da aplicação das leis gerais à determinado caso concreto.

Kelsen não aceita a doutrina tradicional que tem a imputação como uma ligação de conduta ilícita com a pessoa que a realiza. Em verdade, para ele, a imputação é ligação do ilícito com a sua consequência jurídica, não importando o autor da conduta.

É muito interessante notar que o pensamento humano partiu, ao contrário do que comumente se pensa no vulgo, do princípio da imputação. Em tempos primitivos, o homem não era consciente da processo não anímico da natureza. Dessa forma, só era capaz de compreender os fenômenos naturais como retribuições ou vinganças dos deuses. Daí é que surge a mitologia, embrião da filosofia que nasceria no século VI antes de Cristo nas colônias gregas da Ásia menor.

Os mitos foram, talvez, a primeira forma de explicar a natureza que a humanidade lançou mão. Eles correspondem à idéia originária do oriente

⁵⁷ KELSEN, Hans. Idem, p. 90.

de que a natureza tem processos anímicos por trás de suas manifestações. Assim, usavam padrões humanos de comportamento para compreender o que hoje explicamos em bases científicas. As leis nasceram sobre o solo apodrecido da teologia primitiva e a mitologia como forma de raciocinar o mundo.

O princípio da causalidade como relação necessária entre causa e efeito, livre de manifestações volitivas intermediárias, surgiu apenas quando o homem foi capaz de expulsar todos os aspectos animistas da interpretação da natureza.

Sobre esse tema, é muito esclarecedora e sinteticamente completa a exposição realizada pelo grande Miguel Reale :

Primeiro surgiu a idéia de retribuição, sendo o mundo concebido como “obra de um legislador”, onde até os fatos naturais surgem sob o enfoque da sanção ou da lei dotada de sanção.

(...)

Foi lentamente, a partir dos filósofos pré-socráticos, cuja visão era ainda prevalentemente normativa, que a idéia de causalidade veio se despojando de seus aspectos sancionatórios, para, com Galileu e seus continuadores, passar a ser a expressão mestra de uma relação entre os fatos, se possível expressa em termos matemáticos.

A ciência só se tornou ciência, quando a norma ética ou religiosa se separou da lei física; quando a explicação dos fatos físicos deixou de ser jurídica, religiosa, moral, ética, normativa

*para ser neutra. O que caracteriza a ciência, segundo Kelsen, é a neutralidade objetiva.*⁵⁸

Também não pode, de forma alguma, ser desconhecido que uma grande parte das ciências sociais são de tipo causal, e não imputativo. Assim é que a psicologia e a sociologia, por exemplo, seguem a causalidade como forma de explicar e prever fenômenos relacionados ao ser humano. Quando um psicólogo, por exemplo, afirma que o medo da felicidade é inerente a todo ser humano, porque oriundo do trauma do nascimento (Otto Rank), está, corretamente ou não (aqui é irrelevante), traçando uma relação de necessidade entre causa (trauma do nascimento) e efeito (medo da felicidade) todas as vezes que o homem se aproxima de situação parecida com a homeostase uterina (sucesso, felicidade amorosa etc.).

As duas ciências que interpretam a sociedade segundo o princípio da imputação, a Ética e a Jurisprudência, consideram a sociedade como uma ordem normativa de conduta:

Quando dizemos que uma sociedade determinada é constituída através de uma ordem normativa que regula a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos, devemos ter consciência de que ordem e sociedade não são coisas diferentes uma da outra, mas uma é a mesma coisa, de que a sociedade não consiste

⁵⁸ REGIS, Luiz e KARAM, Munir. *Estudos de filosofia do Direito - uma visão integral da obra de Hans Kelsen*, p. 26.

*senão nesta ordem e de que, quando a sociedade é designada como comunidade, a ordem que regula a conduta recíproca dos indivíduos é, no essencial, o que há de comum entre estes indivíduos.*⁵⁹

Outro elemento diferenciador de peso entre o princípio da imputação e o da causalidade reside na extensão da cadeia de causa e efeito em cada um deles, como explica o próprio Kelsen:

*O número de elos de uma série imputativa não é, como o número dos elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado. Existe um ponto terminal da imputação. Na série causal, porém, tal ponto não existe. A pressuposição de uma primeira causa, de uma **prima causa**, o análogo do ponto terminal da imputação, é inconciliável com a idéia de causalidade.*⁶⁰

4. Normas Categóricas e Hipotéticas

Nunca é demais lembrar que para Kelsen, como para a maioria da doutrina jurídica contemporânea, as normas jurídicas não se exaurem nas normas abstratas, criadas pelo Poder Legislativo. Englobam-se nesse conceito as normas concretas, aplicação das normas abstratas em uma situação determinada.

⁵⁹ KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 96-97.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 101.

Sob esse ângulo, as normas jurídicas podem ser categóricas ou hipotéticas. As normas categóricas são aquelas que prescindem de um pressuposto para aplicação da consequência. A regra é que as normas jurídicas sejam hipotéticas, isto é, que para a aplicação das consequências nelas previstas é preciso a ocorrência dos pressupostos que estabelecem previamente.

5. Estática e Dinâmica do Direito

Kelsen fala em uma teoria estática e em uma teoria dinâmica do Direito. A teoria estática encara o fenômeno jurídico sob o prisma de “*um sistema de normas em vigor*”⁶¹. Luiz Alberto Warat realiza uma comparação, muito conhecida:

*A nomostática ocupar-se-ia da análise dos elementos estruturais das normas jurídicas, prescindindo de seus elementos evolutivos a partir de um jogo de categorias teóricas - denominadas conceitos jurídicos fundamentais - como também de uma teoria dos âmbitos de validade, vistos como componentes internos das normas jurídicas. A nomodinâmica estudaria o processo de criação e aplicação das normas jurídicas a partir de uma análise relacional de seus órgãos com a exterioridade de seus conteúdos. A nomodinâmica é também alheia à história.*⁶²

⁶¹ KELSEN, Hans. Idem, p. 80.

⁶² WARAT, Luiz Alberto. *O Direito e sua linguagem*, p. 35.

Reconhecido o Direito como uma ordem coercitiva da conduta humana, o passo seguinte devem ser os questionamentos: essa ordem é uma? Por que uma norma é ou não vigente? Por que ela vale?

Como já foi visto, é negada uma resposta a qualquer dessas questões que faça referência ao mundo do ser. Trata-se de problema concernente à órbita do dever-ser. O problema do fundamento último de validade volta aqui a tona, já que é por sua explicação que a Teoria Pura do Direito é capaz de demonstrar a unidade do sistema jurídico e a própria existência de uma norma jurídica em particular.

Se toda norma retira a sua validade de uma norma que lhe é superior, há que se chegar a uma última norma, elevada demais e por isso carente de uma superior para lhe dar foros de validade. Enquanto ela serve de suporte de validade para todas as outras, fica aparentemente sem resposta a questão sobre o seu fundamento de validade.

Essa norma não é posta, mas sim pressuposta, na visão kelseniana. É a norma denominada de *grundnorm* ou norma fundamental.

O que se vê é que, para determinar a inserção ou não de uma determinada norma, em um sistema normativo jurídico, é preciso socorrer-se do fundamento último de validade, que é o que forma a unidade do sistema:

*É a norma fundamental que constitui a unidade e uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.*⁶³

As normas do sistema estático retiram a sua validade do conteúdo de uma norma geral, da qual as outras normas particulares são derivadas. Esta norma fundamental *“fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas...”*⁶⁴.

Entretanto, esse conteúdo deve ser imediatamente evidente pela razão ou pelo direito consuetudinário, e nem aquela e nem este podem negar a vontade na fixação de um determinado sistema normativo. Neste, a norma fundamental não tem *“por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora”*⁶⁵. Dest’arte, a

⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 217.

⁶⁴ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 218.

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 219.

norma fundamental no sistema dinâmico apenas fornece o fundamento de validade das normas do sistema e não também o conteúdo destas normas como no caso estático.

O fundamento de validade de um sistema de normas reside no seu aspecto dinâmico. Significa isso que as normas são criadas através de regras especiais ditadas por quem tem competência para tal: normas positivas. Os diferentes graus de competência para criar normas são delimitados por uma Constituição que funciona como fundamento da validade última de determinada ordem estatal. Se por sua vez questionar-se o fundamento de validade desta Constituição, o que se pode realizar é um recuo até a primeira Constituição histórica do Estado:

*A validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser pressuposta para que seja possível interpretar os atos postos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os atos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação ou aplicação de normas jurídicas individuais válidas.*⁶⁶

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 224.

Segundo a concepção integral de Kelsen, a norma fundamental é uma condição lógico-transcendental que permite à ciência do Direito interpretar objetivamente a Constituição e os atos por ela postos. A validade da norma fundamental não pode, naturalmente, ser posta em questão:

*Se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada.*⁶⁷

A norma fundamental concede unidade e sentido à uma pluralidade de normas, transformando-as em uma unidade sistemática e que teoricamente não admitiria contradições. Com efeito, uma norma, da ordem do ser, não é falsa ou verdadeira, mas apenas válida ou não. Somente com as proposições da ciência jurídica podem ser aplicados os princípios lógicos e portanto, indiretamente às normas jurídicas. Se nestas encontram-se conflitos, este poderão ser solucionados, recorrendo-se à interpretação pela via da norma fundamental.

A norma fundamental concede validade a todas as normas derivadas de uma Constituição. Quando esta Constituição é revolucionariamente alterada, o fundamento de validade, ou seja, a norma fundamental de toda a

ordem jurídica também é modificada. A eficácia da nova Constituição é que ira determinar a mudança da norma fundamental e, via reflexa, de toda ordem jurídica:

O princípio que aqui surge em aplicação é o chamado princípio da efetividade. O princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade.⁶⁸

A relação apontada acima entre legitimidade e efetividade, exprime-se nas relações que veremos em maiores detalhes nessa dissertação, entre validade e eficácia. A validade de uma norma funda-se em outras normas, mas a validade de toda a ordem jurídica depende de sua efetividade.

A partir da Constituição estrutura-se o sistema hierárquico das normas jurídicas em uma construção escalonada, de níveis díspares. A Constituição tem poder de forma e de conteúdo sobre as normas inferiores, e todas as são, dentro de uma estrutura escalonada. Trata-se do primeiro escalão normativo.

A seguir vêm as normas gerais produzidas pelo processo legislativo ou pelo costume, às quais Kelsen dita como função, não só determinar os órgãos e o procedimento das normas individuais que normalmente

⁶⁷ KELSEN, Hans. Idem, p. 227.

terão que ser ditadas pelos tribunais e pelas autoridades administrativas, mas, também, o conteúdo das mesmas.

O caráter dúplice das normas jurídicas é patente. Ao mesmo tempo em que uma norma é produzida em conformidade com a norma superior, ela traça limites de produção para as inferiores: *“todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”*⁶⁹.

Pode esse caráter dúplice de criação e aplicação simultâneas do Direito ser observado facilmente nas decisões judiciais. Antes de tudo, os tribunais devem verificar se sobre determinada conduta humana incide a norma que disporá se esta conduta é pressuposto de uma sanção como consequência.

Caso positivo, o tribunal, ao impor a sanção concreta, estará constituindo Direito, seja, estará normatizando através de decisão judicial. Isto ocorre especialmente nos casos em que há um conflito de interesses não previsto nas normas gerais, ou seja, em que duas condutas não expressamente proibidas e portanto juridicamente permitidas entram em conflito. Para resolver estas questões, o tribunal poderá utilizar-se de um poder ou competência para criar

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 235.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 261.

uma norma individual nova, isto é, não prevista em uma norma geral material superior. Nestas ocasiões, a teoria jurídica tradicional afirma a existência de lacunas do Direito, ou seja, quando sob um caso concreto não incide nenhuma norma geral. Mas, como já visto, para Kelsen, tudo o que não é proibido está permitido:

*visto que uma determinada conduta humana ou é proibida ou não o é, e que, se não é proibida, deve ser considerada como permitida pela ordem jurídica, toda e qualquer conduta de um indivíduo submetido à ordem jurídica pode considerar-se como regulada.*⁷⁰

O estudo da interpretação das normas jurídicas encerra a Teoria Pura do Direito. Existem duas formas básicas de interpretação, na concepção de Hans Kelsen: a interpretação autêntica e a interpretação científica.

A interpretação autêntica é aquela efetuada na aplicação da norma jurídica. De fato, quando um juiz ou um tribunal vai realizar o ato de concreção do Direito, muitas e muitas vezes, para não dizer sempre, se vê diante de uma pluralidade de interpretações possíveis, cada uma com um resultado diferente.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 46.

É por isso que se diz que o juiz ou órgão responsável pela aplicação da norma, cria, ele também, o Direito. Nas palavras de Kelsen:

...na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.⁷¹

A interpretação científica de Kelsen também se afasta, e muito, da concepção tradicional de nossas escolas de hermenêutica.

O Mestre de Viena principia por rejeitar a tarefa que tem pautado a busca de todas as outras escolas, anteriores à sua: o ideal da interpretação correta, única, passível de ser encontrada pelo cientista do Direito. Kelsen rejeita de forma peremptória essa atividade como sendo de alçada do jurista.

A proposta kelseniana pode ser compreendida como o estabelecimento de uma espécie de moldura de interpretações não-vinculantes. A tarefa do jurista adepto da Teoria Pura do Direito não é encontrar uma única interpretação e ditá-la aos aplicadores da norma. Cabe-lhe realizar um rol das

⁷¹ KELSEN, Hans. Idem, p. 394.

possíveis interpretações, sem escolher qual, na sua concepção, é a interpretação *verdadeira*.

E por que isso? Porque a interpretação única parte de dois princípios falsos: em primeiro lugar, dá ao intérprete um poder que ele não tem, é através de um ato de vontade escolher a interpretação a ser aplicada ao caso concreto; em segundo lugar, mais importante ainda, se esquece da pluralidade imanente aos sistemas morais. Se um jurista apresenta sua preferência por uma interpretação, estará obviamente valorando essa escolha, esbarrando assim no corte axiológico que deveria seguir à risca como primado metodológico fundamental.

A expressão *não-vinculantes* é apenas para deixar claro que o aplicador da lei não está vinculado ao rol dessa espécie de moldura, podendo criar a sua própria, rejeitando todas as oferecidas pela doutrina. Perguntar-se-ia: mas então não estaria o aplicador valorando? Sim, mas como é cediço, juiz ou aplicador de norma jurídica não pode ser kelseniano. Isso é sem sentido. O corte axiológico é restrito aos cientistas do Direito: àqueles que têm por tarefa realizar a descrição de um objeto com método específico.

6. Direito e Estado

A ótica de Kelsen sobre a relação Estado-Direito é monista. Em sua concepção, o Estado moderno é uma criação dinâmica do Direito, que regula desde a produção de normas gerais até a criação de normas individuais.

A Teoria Pura do Direito, via de consequência, não admite a dicotomia entre Direito e Estado, pois, segundo Luis Alberto Warat :

*... para Kelsen, estas classificações foram elaboradas, e permanecem aceitas, não em virtude de atenderem a um fim teórico, mas, porque, como pseudocategorias, servem para fornecer argumentos a favor de uma ideologia de legitimidade.*⁷²

O Estado, em Kelsen, é uma ordem coercitiva da conduta humana, acrescida dos elementos população e território, que constituem a definição clássica da Teoria Geral do Estado. Sob uma perspectiva científica do Direito, a população e o território em um Estado são respectivamente o domínio pessoal e o domínio espacial de vigência de uma determinada ordem jurídica estatal e o poder do Estado é a eficácia desta mesma ordem jurídica.

⁷² WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder*, p. 110.

Com essa concepção de Estado, Kelsen procura analisar o problema do conceito de Estado como pessoa jurídica, comparando-o inicialmente às corporações, com igual divisão de trabalho, órgãos funcionais e sujeição à uma ordem jurídica externa (Direito Internacional) e à ordem jurídica interna. Se o Estado atua, ou seja, se executa certos atos postos por indivíduos determinados, ele o faz através de órgãos (indivíduos) competentes para tal. O conceito de órgão estatal nos modernos Estados seria, segundo Kelsen:

*...é formada por aquelas normas de ordem jurídica nacional estadual que regulam a conduta dos indivíduos que têm o caráter de órgãos, funcionam segundo o princípio da divisão do trabalho e são qualificados como "funcionários".*⁷³

Como pessoa jurídica, o Estado é titular de direitos e deveres que a ordem jurídica interna estatui. Quanto aos deveres, o Estado pode como pessoa jurídica cometer um ilícito ao deixar de cumprir um dever que lhe é imposto pela ordem jurídica interna. Neste caso, o Estado responderá com o seu patrimônio, não com sua pessoa. Se por outra hipótese é um determinado órgão que não cumpre o dever, este órgão responderá pessoalmente pelo ilícito do Estado. Relativamente aos direitos do Estado, como por exemplo o recolhimento dos impostos, Kelsen explica que:

⁷³ KELSEN, Hans. *A Teoria pura do Direito*, p. 325.

... podemos atribuir o recebimento da prestação e o exercício do poder jurídico, em vez de à pessoa fictícia do Estado, aos indivíduos pertencentes à comunidade jurídica, quer dizer, podemos considerar os indivíduos que recebem a prestação não só como órgãos do Estado mas também como órgãos do povo que forma o Estado, isto é, dos indivíduos pertencentes à comunidade jurídica. Nessa medida, é possível considerar os direitos em questão como direitos coletivos destes indivíduos.⁷⁴

É assim, um interesse da comunidade em geral na prestação de determinados serviços ou deveres ao Estado por parte de seus membros, que qualifica os direitos do Estado.

Outra classificação conceitual referida por Kelsen foi o Estado de Direito. Este não designa um estado subordinado ao Direito, como hodiernamente é muito repetido, pois isto seria uma impossibilidade. O que este termo pode designar é um tipo particular de Estado que atende às práticas de democracia e segurança jurídica.

Segundo o prisma kelseniano, a verdadeira ciência jurídica não pode submeter-se à dicotomia entre Direito e Estado. Denota-se que para Kelsen a manutenção desse discurso redundaria apenas em uma continuidade do discurso que coloca elementos estranhos ao objeto da ciência jurídica dentro de seus limites:

⁷⁴ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 343.

Uma vez reconhecido que o Estado, como ordem de conduta humana, é uma ordem de coação relativamente centralizada, e que o Estado como pessoa jurídica é a personificação desta ordem coercitiva, desaparece o dualismo Estado e Direito....⁷⁵

CAPÍTULO III

NORMA JURÍDICA E SANÇÃO

A análise das normas jurídicas sob o enfoque kelseniano repousa, no presente trabalho, em um primeiro momento, apenas na exposição da *Teoria Pura do Direito*. Após a sistematização do assunto, que aliás é exposto com o habitual rigor lógico que caracteriza o trabalho do grande jurista austríaco, são traçados alguns paralelos com as posteriores explanações de Kelsen, vindas à lume na *Teoria Geral do Direito e do Estado* e na *Teoria Geral das Normas*.

O objetivo é proporcionar uma visão preliminar do conjunto das idéias sobre a norma jurídica para, ao depois, proceder-se a delimitação do estudo sobre a validade e a eficácia normativa. Estes dois últimos são as metas realmente perseguidas, não se podendo taxá-los de *elementos* das normas, já que, como veremos no pensamento kelseniano, a eficácia é condição da validade, inexistindo de forma autônoma.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 352.

De igual forma, não se realizará o estudo das antinomias normativas e das lacunas em Kelsen. Ambas são enfrentadas pelo autor, com posteriores revisões na *Teoria Geral das Normas*, mas fogem ao âmbito de interesse específico da dissertação. Em sendo estudadas a estrutura da norma e sua sanção, realizado estará o intento do presente capítulo: fornecer a chave para o entendimento da mente de Kelsen enquanto intérprete inovador do funcionamento da mais elementar estrutura do Direito, que é a norma jurídica.

Este é o ponto nuclear: interessa trazer a tona os ensinamentos da Teoria Pura do Direito para a estrutura da norma jurídica. Apoiando-se nessa construção é que serão edificados os comentários tecidos, no momento oportuno, sobre o tema específico da abordagem, que é a definição, integração e possíveis dificuldades na explicação de Kelsen para a validade e a eficácia das normas jurídicas.

Entre eficácia e sanção existe vínculo indissolúvel, e por isso, também, foi-lhe conferida atenção especial. Uma das facetas da eficácia normativa é a reação da regra jurídica à sua violação, ao lado da observância voluntária:

*Desta forma, a coatividade é o princípio fundamental da eficácia do sistema jurídico, as sanções são o resultado, isto é, o exercício da coatividade.*⁷⁶

A delimitação do objeto de estudo é de crucial importância em qualquer trabalho científico, mas em se tratando do discurso kelseniano a providência se torna imprescindível. Uma tentativa de sintetizar todo o pensamento de Hans Kelsen sobre as normas jurídicas, a par de inoportuna, revelaria uma temerária afronta a um aviso de Ptah-Hopet, datado de cinco mil anos : “*O homem que vende a sua alma à síntese serve de alvo a todas as setas da crítica especializada*”⁷⁷.

A influência de Kelsen e a amplitude de seus conhecimentos, em variadas facetas do pensamento humano, poderia tornar verdadeiramente inviável o trabalho de resumi-los ou sintetizá-los. Homem de formação matemática, filosófica (grande conhecedor de Platão, cujo pensamento e método foi utilizado por Kelsen para escrever a obra *A Ilusão da Justiça*), jurídica, política e até psicológica⁷⁸, somente uma ousadia imperdoável poderia empurrar o estudioso da parte para a descrição do todo.

⁷⁶ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Pressupostos epistemológicos para o estudo científico do Direito*, p.57.

⁷⁷ *Apud* DURANT, Will. *Nossa herança oriental*. p. VII.

1. A Estrutura da Norma Jurídica

Antes de mais nada, parece muito oportuno que, por medida de justiça, seja reconhecido em Kelsen a origem da importância dada ao estudo do ordenamento jurídico como um todo, enquanto seus contemporâneos seguiam no desenvolvimento da análise cada vez mais isolada da norma jurídica.

A única maneira de se chegar ao conceito de Direito é através da análise do ordenamento jurídico. Todas as tentativas diversas são infrutíferas. Dessa forma, norma jurídica é aquela que integra um ordenamento jurídico. A mesma assertiva é encontrada, muito antes, em Kelsen, que afirma na Teoria Pura do Direito:

... o Direito, conforme já acentuamos - não (pode) ser uma norma isolada, mas um sistema de normas, um ordenamento social, e uma norma particular apenas pode ser considerada como norma jurídica na medida em que pertença a um tal ordenamento.⁷⁹

⁷⁸ Sobre essa versatilidade, ver KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, prólogo do tradutor, p. V-XII.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 52.

E, com ainda mais especificidade: “*Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertencer a uma determinada ordem jurídica*”⁸⁰.

O que se segue, pois, apesar de ser um breve apanhado restrito à estrutura da norma jurídica singularmente considerada, não é realizado sem a consciência de que a compreensão da parte, neste caso, somente tem interesse na aplicação ao todo.

Feita a ressalva, a norma jurídica é, antes de tudo, um *esquema de interpretação* da realidade. O que a Teoria Pura do Direito quer dizer com tal assertiva? Os eventos e seus componentes naturais - os objetos - podem ter variada significação. Desde a *revolução copernicana* de Kant, a Filosofia em geral se livrou do estigma grego de subordinação ao objeto. A ontologia não mais funcionava como mola-mestra do processo cognitivo.

Como ensina Miguel Reale, com notável clareza:

*...antes de Kant, a Filosofia clássica vivia girando em torno de objetos, aos quais se subordinava essencialmente; enquanto que, no dizer de Kant, quem deve ficar fixo é o sujeito, em torno do qual deve girar o objeto, que somente é tal porque ‘posto’ pelo sujeito. Era isso que Kant chamava significativamente de revolução copernicana*⁸¹.

⁸⁰ KELSEN, Hans. Idem, p. 33.

⁸¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 77.

Por outras palavras, o significado dos objetos é obra do ser cognoscente e não é mais este último considerado como um elemento secundário em relação aos primeiros. Kelsen conceitua a norma jurídica através dessa mesma linha filosófica. Os eventos exteriores não têm significado intrínseco algum para o Direito, são os elementos que o compõe, as normas jurídicas, que lhes atribuem sentido:

*O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação.*⁸²

Seria, entretanto, injusto afirmar que Kelsen é um mero intermediário do conceito gnoseológico de Kant para a ciência jurídica. Kelsen vai além. Ele nega a subjetividade que para Kant é inerente ao processo de conhecimento, pois fala em um *sentido objetivo* dos atos. Se por um lado é verdade que a Teoria Pura prestigia a variação cognitiva, reconhecendo-a, por

⁸² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 4.

outro é preciso reconhecer-lhe o intento de obstar essa mesma multiplicidade de entendimentos. Não que Kelsen negue sua existência, já que o *sentido subjetivo dos atos* é expressamente mencionado, mas procura que entre estes últimos somente seja verdadeiro (e não válido) aquele que corresponda ao sentido afirmado objetivamente pela norma jurídica.

Nas própria palavras de Kelsen:

*...o indivíduo que, atuando racionalmente, põe o ato, liga a este um determinado sentido que se exprime de qualquer modo e é entendido pelos outros. Este sentido subjetivo, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem que necessariamente ser assim.*⁸³

Assim, em resumo, a norma jurídica corresponde a um esquema de interpretação da realidade que cria, para o jurista, o significado objetivo dos atos humanos, que é aquele correspondente ao enunciado em uma norma jurídica. Não é difícil notar que o *reducionismo jurídico* de que Kelsen é constantemente acusado reside neste ponto: na sua tentativa, em nome do ideal científico de “*objetividade e exatidão*”⁸⁴ de extirpar do processo cognitivo do jurista (ou seja, da ciência jurídica) a possibilidade de uma multiplicidade de significados verdadeiros para um mesmo ato humano diante do Direito.

⁸³ KELSEN, Hans. *Idem*, p.3

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Idem*, p. XI.

Sendo certo que a primeira característica estrutural da norma jurídica é ser um esquema de interpretação da realidade, criado pelo Estado e com força vinculante, podemos passar a uma outra faceta sua.

O Direito é definido por Kelsen como uma ordem social coativa.

É uma ordem social porque corresponde a uma:

ordem normativa que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas”⁸⁵ e é coativo porque “reagem contra situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas”⁸⁶.

Mas então, qual o fator que o diferencia das demais ordens sociais? É a possibilidade do uso da força física. Com objetivos muitas vezes idênticos a de outras ordens sociais, o Direito delas se distancia quando percebemos que:

... o momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e - em caso de

⁸⁵ KELSEN, Hans. Idem, p. 25.

⁸⁶ KELSEN, Hans. Idem, p. 35.

*resistência - mediante o emprego de força física, é o critério decisivo.*⁸⁷

Sendo certo que o Direito corresponde a uma ordem social de coação contra os atos humanos considerados indesejáveis na vida humana comunitária, Kelsen aponta na norma jurídica uma estrutura proibitiva. Dos três modais deônticos, a proibição é tida como a característica principal da norma jurídica. O enunciado de que *dado 'p' deve ser 'q'*, correspondendo 'p' a descrição de um comportamento humano e 'q' a uma sanção, seria a estrutura da imensa maioria das normas jurídicas e, sem dúvida, das mais importantes.

Kelsen aponta, inclusive, suas soluções para a inevitável contradição entre essa afirmação e a existência de normas como as imperativas e as permissivas, normas revogatórias, normas de competência e normas meramente conceituais.

Assim é que as normas imperativas são apenas compreensíveis através da análise que leva a conclusão de que a ordem jurídica, quando torna obrigatória uma conduta, está implicitamente vedando a conduta contrária. A

⁸⁷ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 37.

ênfase sobre essa norma *presumida* é que a sanção, característica indissociável da norma jurídica, está ligada a ela, e não a conduta descrita como imperativa.

As normas permissivas são de dois tipos: as permissivas negativas, correspondem apenas a uma inexistência total de proibição. Carece, desta forma, de importância para o estudo científico do Direito, na medida em que não faz parte do conjunto de normas com finalidade específica, direta ou indireta como veremos, de afastar da sociedade as condutas consideradas indesejáveis pelo legislador; as permissivas positivas, de outra banda, correspondem a verdadeira delimitação da esfera de validade material de normas proibitivas. A legítima defesa, por exemplo, é uma norma apenas compreensível diante da negativa geral (proibição) que o Direito contém, no sentido de impedir a um ser humano tirar a vida de outrem. Existe uma relação de acessoriedade entre a norma permissiva dessa espécie com a norma proibitiva da qual ela é mera exceção.

As normas de competência são reduzidas a meros instrumentos que estabelecem “*pressupostos de uma sanção*”⁸⁸, de onde provém sua dependência. Normas revogatórias somente têm qualquer significado quando

⁸⁸ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 39.

confrontadas com as normas proibitivas que estão sendo retiradas do ordenamento jurídico. E, por fim, as normas meramente conceituais estabelecem pressupostos para aplicação das sanções previstas nas normas proibitivas, o que lhes revela também a relação de importância secundária.

Nota-se, em apertada síntese, que o Direito é descrito pela Ciência Jurídica kelseniana como uma ordem social coativa, que através de normas jurídicas estabelece conseqüências funestas a determinadas atividades humanas consideradas pelo Estado como indesejáveis, servindo assim como instrumento de interpretação objetiva de todos os atos possíveis humanos, considerando-os e tornando-os lícitos ou ilícitos.

2. Sanção

A visão de Hans Kelsen sobre a natureza humana é absolutamente freudiana. A idéia (de Plauto) difundida por Thomas Hobbes, de que o homem é o lobo do homem, encontra guarida tanto no pai da psicanálise como no jurista pai da Teoria Pura do Direito. Aliás, um dos textos de Kelsen

(*El concepto de estado y la psicología social - Teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud*) é expressamente destinado ao reconhecimento da influência múltipla da psicanálise no Direito, como em todas as ciências⁸⁹.

Discorrendo sobre o *Mal-Estar na Civilização*, Sigmund Freud escreveu:

*O elemento de verdade por trás disso tudo, elemento que as pessoas estão tão dispostas a repudiar, é que os homens não são criaturas gentis que desejam ser amadas e que, no máximo, podem defender-se quando atacadas; pelo contrário, são criaturas entre cujos dotes instintivos deve-se levar em conta uma poderosa dose de agressividade. Em resultado disso, o seu próximo é, para eles, não apenas um ajudante potencial ou objeto sexual, mas também alguém que os tenta a satisfazer sobre ele a sua agressividade, a explorar sua capacidade de trabalho sem compensação, utilizá-lo sexualmente sem o seu consentimento, apoderar-se de suas posses, humilhá-lo, causar-lhe sofrimento, torturá-lo e matá-lo. - **Homo hominī lupus.** Quem, em face de toda sua experiência de vida e da história, terá a coragem de discutir essa asserção? (grifo do original)⁹⁰.*

A premissa é clara: o homem é um ser egoísta. Seu único móvel é o interesse próprio. Daí partindo uma doutrina de Direito, nada mais natural

⁸⁹ CORREAS, Oscar. *El otro Kelsen*, p. 333.

⁹⁰ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, p. 116.

que ela chegue a conclusão de que somente a sanção, aplicada com uso da força física se necessária, pode manter possível uma vida social. A Teoria Pura do Direito é uma conclusão, neste aspecto, da conjugação dessa premissa com a de que o homem só pode viver em sociedade.

Eis aqui a justificativa para a ênfase dada por Kelsen à sanção como elemento principal da norma jurídica. Quando esse autor faz um estudo comparativo entre essas normas e as normas morais, fica ainda mais evidenciado o relevo atribuído a força.

O conhecimento da Moral é designado por *Ética*, ou seja, a *Ética* é a disciplina cognitiva do *objeto* chamado Moral, ora, a Moral não autoriza (como nos informa a *Ética*) o uso da força física para coagir alguém a seguir seus preceitos. A própria multiplicidade dos valores morais impossibilita qualquer tentativa de tornar universal a *Ética* e, em consequência, de se considerar uniformemente justa uma punição por ela imposta.

Já o conhecimento do Direito é fruto da Jurisprudência ou da Ciência do Direito e esta última, por definir as situações humanas através de um critério objetivo (a norma jurídica), pode constatar que o Direito impõe sanções

a realização de certos comportamentos, sem a dificuldade inerente aos problemas morais.

É importante notar a evolução histórica da relação entre coação e Direito, em Kelsen tão desenvolvida. Como aponta Bobbio, “*o positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de definir constantemente o Direito em função da coação*”⁹¹.

A partir de Thomasius (principalmente do final do século XVIII até hoje) é lugar comum a identificação do Direito com a coação. Esse autor germânico, ensina Bobbio, retomou os estudos romanos e desenvolveu as idéias de *jus imperfectum* e *jus perfectum*. Aquele corresponde a norma que impõe a algum sujeito um dever, mas, em contrapartida, não estabelece a ninguém a faculdade de exigir, mediante o uso da força, o cumprimento daquele dever. O *jus perfectum*, por outro lado, diferencia-se em estabelecer correlatamente a um dever, a possibilidade de ser coativamente imposta a sua observância, ao arbítrio de outrem.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 147.

É claro que o Direito se caracteriza por ser composto de normas do segundo tipo. O primeiro refere-se a deveres morais. Percebe-se o quanto de filosofia política permeava as intenções de Thomasius:

...o autor, de fato, não se limita a definir como normas jurídicas somente as normas coercitivas, estabelecendo também a que tipos de ação as normas jurídicas devem se referir, deixando de fora do campo do direito (e, conseqüentemente, fora da competência do Estado que tal direito põe) todos os atos relativos à vida interior do homem. E isto não por acaso. De fato, Thomasius (um dos primeiros iluministas alemães) era um veemente defensor da liberdade de pensamento e particularmente da liberdade e tolerância religiosa⁹².

O que importa é que Kelsen é um dos primeiros autores a abertamente tomar a postura de unificação do conceito de Direito com o de coação. Nosso autor “considera a sanção não mais como um meio para realizar a norma jurídica, mas como um elemento essencial da estrutura de tal norma”⁹³.

⁹² BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 150-151.

⁹³ BOBBIO, Norberto, *Idem*, p. 156.

CAPÍTULO IV

VALIDADE E EFICÁCIA EM KELSEN

1. Introdução

O tratamento dado por Hans Kelsen ao problema da relação eficácia e validade sofreu variações no tempo. É preciso levá-las em conta. Como ensina Miguel Reale, a mudança do pensamento de Kelsen tem explicação fácil quando se observa as mudanças na vida do gênio austríaco, principalmente a sua forçada mudança de cenário cultural, aportando em contexto diametralmente oposto, juridicamente falando, à sua pátria natal. Nas palavras do jusfilósofo do Largo de São Francisco:

Parece-nos inegável uma segunda fase na Teoria Pura do Direito, assinalada, entre outros pontos, por maior correlação entre o problema da vigência, que é técnico-formal, e o da eficácia, que envolve apreciações de natureza sociológica, histórica e axiológica. Por mais que se tenha querido apontar uma linha de continuidade rigorosa entre o pensamento de Kelsen, do Hauptprobleme, de 1911, até à Reine Rechtslehre, de 1934, e de sua ida para a Nação norte-americana até sua morte, quer parecer-nos que existe uma progressiva adequação da Teoria Pura a exigências concretas e históricas, em um ritmo que se acelera no mundo americano. É a propósito exatamente da correlação entre vigência e eficácia que se observa este fato com mais evidência.⁹⁴

A afirmação é relativamente válida. O mais correto é reconhecer que, como será exposto na seqüência, Hans Kelsen já apontava na Teoria Pura do Direito - mesmo que de forma relutante e vaga - a inserção do problema eficácia no conceito de validade, repercutindo em uma discussão acerca dos limites do discurso meramente formal da vigência (sinônimo de validade para Kelsen) e o *Sein* da eficácia, entendida por ele como adequação do comportamento humano ao regramento jurídico ou a reação deste, em caso de descumprimento.

Reafirma-se: o que havia era uma resistência (injustificada) de Kelsen para com as interferências que seu próprio pensamento mostravam necessárias em alguns pontos de seu trabalho, entre *Sein* e *Sollen*. A recusa fica bem clara na resposta que Kelsen apresentou para o já citado Miguel Reale, quando do recebimento de uma obra:

Certa vez, escrevendo a Hans Kelsen, oferecendo uma das minhas obras, eu me dirigia ao "filósofo" Hans Kelsen. E a resposta dele: "o jurista recebe o livro; o filósofo não existe". Guardo esse ensinamento como uma das mais preciosas lembranças de um diálogo, que teve outras oportunidades.

⁹⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 465.

Porém, se ele não se considerava um filósofo, na realidade o era.⁹⁵

Reale justifica o seu inconformismo em relação a essa relutância, apresentando com clareza o já difundido referencial filosófico de Kelsen:

A teoria kelseniana jamais foi formalista, no sentido ingênuo desta palavra. Para ele, fiel à doutrina de Kant, para quem a forma sem a realidade é vazia, e a realidade sem forma é cega, o elemento formal jamais se apresenta como algo válido em si e por si, mas sempre como uma estrutura aplicável a determinada porção ou a determinado momento da experiência.

(...)

E aqui vai a primeira observação, a primeira advertência, digamos assim, a que tem direito um velho professor: Kelsen é um mestre da Teoria Pura do Direito, mas não um mestre do direito puro! Kelsen reagia violentamente quando se dizia que ele era um mestre do direito puro.⁹⁶

A tal ponto é necessário compreender e, o mais difícil para a maioria das pessoas, aceitar que a visão de Kelsen sobre o fenômeno jurídico era reducionista, mas que sua exclusão proposital do *Sein* redundava em discurso paradoxal, que o mesmo Reale deixou consignado:

Kelsen sentiu, também ele, a necessidade de extremar o domínio do jurista (a norma) da esfera do sociólogo (o fato social) e do campo do filósofo ou do político (o reino dos fins, ou dos

⁹⁵ REALE, Miguel. *Visão integral do Direito em Kelsen*, in PRADO, Luiz Regis e KARAM, Munir. *Estudos de filosofia do Direito - uma visão integral da obra de Hans Kelsen*, p. 18.

⁹⁶ REALE, Miguel. *Idem*, p. 19.

valores). É por isso que um de seus amigos maiores, o saudoso Josef Kunz, apreciando o meu pensamento, afirmou que Kelsen havia sido “um tridimensionalista implícito”. Eu prefiro dizer que ele foi tridimensionalista a-sistemático, pois a teoria tridimensional não reduz o Direito do jurista à norma, mas o vê sempre como uma realidade fático-axiológica-normativa.

O importante é, porém, notar que o “normativista” Kelsen teve também uma compreensão social do Direito, no âmbito do estudo que ele não chamou nunca de “Sociologia Jurídica”, preferindo a terminologia americana “Jurisprudência Sociológica”, sendo “Jurisprudence” aqui uma palavra muito difícil de ser traduzida, que não é só jurisprudência no sentido da doutrina que resulta do processo e convergência das decisões dos tribunais.⁹⁷

E conclui assim seu pensamento, de forma veemente o professor

emérito da USP :

De modo que, quando dizem que “Kelsen é um formalista”, eu digo: Alto lá! Não vamos fazer confusões! Kelsen é um teórico da Gestalt normativa do direito, mas não é um formalista, no sentido de aceitar o direito puro. Não há para ele direito puro. Pelo contrário, diz ele, o direito é impuro: o direito que surge nos Tribunais vem carregado também de paixões; o direito que surge no Congresso vem carregado de impulsos e interesses.⁹⁸

A validade, para Kelsen, tem uma conceituação muito precisa, que encontramos na Teoria Pura do Direito. Vale salientar que, para o mesmo

⁹⁷ REALE, Miguel. Idem, p. 28.

⁹⁸ REALE, Miguel. Idem, ibidem.

autor, a expressão *vigência* tem exatamente o mesmo sentido que *validade*:

“Com a palavra ‘vigência’ designamos a existência específica de uma norma.”⁹⁹

O conceito é muito melhor apresentado, didaticamente falando, em um momento posterior. Aliás, o Teoria Geral do Direito e do Estado tem como vantagem inegável o fato de ser muito mais clara do que a Teoria Pura do Direito. Talvez exatamente por ter sido escrita para americanos, menos propensos a abstrações do que os austríacos. Assim é que naquela obra o conceito de validade é:

*Validade do Direito significa que as normas jurídicas são obrigatórias, que os homens devem se conduzir como prescrevem as normas jurídicas, que os homens devem obedecer e aplicar as normas jurídicas.*¹⁰⁰

Até mesmo a diferenciação aportada por Kelsen entre a validade e a eficácia, como conceitos que jamais se misturam, é realizada de forma muito mais clara e objetiva do que em outros pontos de sua obra:

Eficácia do Direito significa que os homens realmente se conduzem como, segundo as normas jurídicas, devem se conduzir, significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas. A validade é uma qualidade do Direito; a chamada eficácia é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não como o uso lingüístico parece sugerir, do Direito em si. A

⁹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 11.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 44.

*afirmação de que o Direito é eficaz significa apenas que a conduta efetiva dos homens se conforma às normas jurídicas. Assim, a validade e eficácia referem-se a fenômenos inteiramente diferentes.*¹⁰¹

O desenvolvimento das idéias kelsenianas acerca dos conceitos de validade e eficácia, e de suas inter-relações, naturalmente obriga um estudo que realize análise progressiva. Na seqüência, a visão de Kelsen sobre o tema ora abordado dentro das suas obras mais importantes.

2. A Teoria Pura

O princípio metodológico fundamental, imposição primeira de aceitação para uma compreensão verdadeira da Teoria Pura do Direito, afasta de plano a sociologia do campo a Ciência Jurídica. Para Kelsen, é inaceitável o fato de que: “*A jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e sociologia.*”¹⁰²

Não é verdadeiro que Kelsen tenha desconhecido as implicações recíprocas entre esses dois campos do conhecimento e o Direito. Pelo contrário,

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Idem*, *ibidem*.

¹⁰² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 01.

ele expressamente salientou o fato das duas ciências “*se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito*”¹⁰³.

Kelsen escreveu ensaios específicos para a sociologia jurídica e para a psicologia. Basta compulsar, a título de exemplo, a genialidade de artigos como “*Acerca de las Fronteras entre el Método Jurídico y el Sociológico*” e “*El Concepto de Estado y la Psicología Social*”¹⁰⁴.

Contudo, o corte epistemológico era muito caro a Kelsen. A delimitação precisa de qual seria o objeto a ser descrito pelo cientista jurídico era tarefa a ser posta acima de tudo. Afinal, esse seria um dos dois pilares básicos para a construção de uma Teoria Pura, que “*intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que são impostos pela natureza do seu objeto*”¹⁰⁵. Toda tarefa epistemológica impõe a certeza quanto a objeto e método. Kelsen nada mais realizou do que a tentativa mais ousada de obter um resultado exato na tarefa epistemológica do Direito.

¹⁰³ KELSEN, Hans. Idem, *ibidem*.

¹⁰⁴ Ambos publicados em CORREAS, Óscar. *El otro Kelsen*, p. 283-318 e 333-372.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 02.

Dessa tarefa é que surgem os dois famosos *cortes* da Teoria Pura do Direito sobre o fenômeno jurídico, para delimitar a área de interesse para o jurista (cientista do Direito): o corte axiológico e o corte epistemológico.

O corte axiológico procura a neutralidade das proposições jurídicas. É o reconhecimento da pluralidade de instâncias morais, a partir de uma leitura de Wittgenstein, que levou a proposição aqui referida. Não cabe dentro do conceito de *descrição*, tarefa epistemológica em relação a algum objeto, comum a toda ciência, a aposição de valores ou preferência, de cunho moral, ético, religioso ou qualquer outro.

A concepção kelseniana de objeto é a norma jurídica objetivamente válida¹⁰⁶. Logo, é evidentemente importante uma análise aprofundada do conceito de validade na doutrina de Kelsen, já que é preciso verificar se essa qualidade indispensável à norma jurídica, para que apresente interesse à Ciência Jurídica, pode ser encontrada, delineada e comprovada a sua existência sem recurso ao *mundo do ser*, afastado liminarmente pelo discurso de Kelsen. Trata-se de tarefa imprescindível para perquirir acerca do sucesso da Teoria Pura em *ilhar* a Jurisprudência no mundo do dever-ser.

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 24.

A empreitada poderia até ter sucesso se a validade fosse confundida apenas e exclusivamente com o sentido de *legalidade* ou inserção em sistema com fundamento único e último de validade. Sempre consciente, Kelsen é o primeiro a apontar o foco de fumaça:

*A determinação correta desta relação (validade e eficácia) é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso de relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural.*¹⁰⁷

A verdade incontestável é que a eficácia da norma jurídica, em Kelsen, é condição de sua validade:

*A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com esse ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são - tal como o ato que estabelece a norma - condição de validade.*¹⁰⁸

Dizer que a eficácia é uma condição da validade e não seu fundamento, altera em algo o fato de estar o mundo do ser imiscuído no discurso kelseniano? Tal tema será desenvolvido logo adiante. Por hora, fica apenas a

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. Idem, p. 235.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. Idem, p. 236.

constatação que, desde a Teoria Pura do Direito, Kelsen já colocava a eficácia como condição da validade.

Não se pode deixar de reconhecer que Kelsen, de plano, tenta contornar o problema, alegando que “o conceito de eficácia tem aqui um significado apenas normativo”¹⁰⁹. Contudo, na mesma página, uma linha apenas antes, o nosso autor declara que “o ordenamento é eficaz quando a conduta das pessoas corresponde geral e grosso modo a esse ordenamento”¹¹⁰. A referência ao mundo do ser (conduta humana) é expressa.

Essa falha no discurso kelseniano já foi notada. É de peso e indispensável a lição crítica e lúcida de Albert Calsamiglia:

Si la efectividad (Sein) es una condición de la validez (Sollen) y para que una norma pueda ser considerada como válida es preciso que sea efectiva, resulta que la validez (Sollen) no es absolutamente independiente de la efectividad (Sein) y que el jurista vienés no es consecuente con su metología porque tiene que incluir Sein en el Sollen. La validez no es pura (Sollen puro) sino que necesita de la efectividad (Sein).¹¹¹

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. Idem, p. 28.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. Idem, p. 28.

¹¹¹ CALSAMIGLIA, Albert. *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, p. 133.

Quando Hans Kelsen tenta demonstrar não haver qualquer interferência do *Sein* dentro da Teoria Pura com a entrada da eficácia mínima como condição da validade, o seu discurso - coisa rara - se torna quase confuso.

Em primeiro lugar, encontramos uma resposta expressa de Kelsen, como se estivesse a rebater os argumentos aqui expostos:

A objeção de que as normas jurídicas apenas são tomadas como válidas pela ciência do Direito quando são eficazes, (...) são afirmações sobre um acontecer fático, não colhe. Com efeito, validade e eficácia não são - como se mostrou - idênticas. Uma norma jurídica não é somente válida quando é inteiramente eficaz, isto é, quando é aplicada e observada, mas também quando eficaz apenas até certo grau.¹¹²

O fato de aceitar, a norma jurídica, apenas uma relativa eficácia para que se repute válida a Teoria Pura do Direito, em nada ajuda a explicar a referência ao plano social, real, do *Sein*. Como será citado ao fim do trabalho, Bobbio andou muito mais certo quando reconheceu, de plano, que a eficácia não tem lugar dentro do positivismo, e serve à sociologia jurídica.

Ciente da fragilidade do argumento, Kelsen acaba por confessar que a relação validade-eficácia “é apenas um caso especial de relação entre o

¹¹² KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 98.

*dever-ser da norma e o ser da realidade natural*¹¹³. Mas é só para, no passo seguinte, voltar à carga com a insistência acerca da inviolabilidade do mundo do dever-ser: “*a validade de dever-ser de uma norma jurídica não se identifica com a eficácia da ordem do ser*”¹¹⁴. Isso é verdade: mas não podemos esquecer que o próprio Kelsen fez a observação sobre ser a eficácia um *condição da validade*. É claro que não se confundem, mas uma é pré-requisito, condição, para a existência da outra.

Quando realiza sua exposição acerca das diferenças entre o sistema estático e dinâmico, Kelsen também deixa evidenciado que o mundo do ser tem obrigatoriamente lugar em seu sistema, aceite o autor o fato ou não. Assim é que na Teoria Pura do Direito, falando sobre as referida diferenças, ele deixou registrado que o conhecimento do sistema dinâmico é dirigido *aos atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas*¹¹⁵. Trata-se, pois, de conhecimento dirigido não exclusivamente ao mundo do dever ser, mas sim também ao *Sein*, já que é inegável que a observância das normas jurídicas não pode ser realizada em outra instância. Trata-se de tarefa impossível.

Logo na seqüência, contudo, rapidamente Kelsen procura corrigir sua posição. Passa a afirmar que “*também a teoria dinâmica do Direito é*

¹¹³ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 235.

¹¹⁴ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 236.

*dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e aplicação do Direito*¹¹⁶. Lembrando que “*a ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico*”¹¹⁷, das duas, uma: ou existe uma grande contradição aqui, e Kelsen em apenas uma página muda radicalmente um conceito essencial à sua doutrina, ou, o que é mais certo, somos forçados a perceber o insucesso com que se atira a eliminação do *Sein* de sua Teoria Pura do Direito.

A problemática da indeterminação do conceito de *mínimo de eficácia* será tratada em lugar especial. Adianta-se que é dentro da obra Teoria Pura do Direito que mais vezes a imprecisão é reforçada por Kelsen, que nas inúmeras ocasiões em que o desenvolvimento do texto o colocou diante do problema, apenas o alargou.

3. A Teoria do Direito e do Estado

Nessa obra, Hans Kelsen começa por tratar o tema de uma forma vaga. Podemos ler aqui que *a regra jurídica é válida até mesmo nos casos em que lhe falta eficácia*¹¹⁸. Trata-se de uma aparente mudança de idéia, que

¹¹⁵ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 79.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 80.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 118.

¹¹⁸ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 35.

colocaria por terra todas as pretensões de demonstrar a mistura inconsciente de *Sollen* e *Sein* na obra kelseniana.

E isso não é tudo. Mas adiante, o grande mestre assegura que :

*Dizer que uma norma é válida para certos indivíduos não é dizer que os indivíduos efetivamente se conduzem de certo modo; porque a norma é válida para esses indivíduos mesmo que eles não se conduzem desse modo. A distinção entre o “dever-ser” e o “é” é fundamental para a descrição do Direito.*¹¹⁹

Kelsen realiza aqui um ataque direto, literal, contra a invasão do *ser* em território do *dever-ser*, terra por onde deve trilhar com exclusividade o jurista. Por outro lado, parece estar desvinculando a validade da eficácia como forma de fortalecer sua opinião, em contraposição com as idéias mais antigas da Teoria Pura.

Não fosse o suficiente, um pouco além, lemos outra afirmação que, a princípio, choca-se com tudo o que vimos de ver na Teoria Pura do Direito: “*validade e eficácia referem-se a fenômenos inteiramente diferentes*”¹²⁰.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 42.

¹²⁰ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 44.

Entretanto, ainda há mais. Hans Kelsen volta a ser expresso na seqüência, deixando bem claro a sua idéia de eficácia, que parece estabelecer uma distância ainda maior dessa figura com a validade: “*A única conotação vinculada ao termo ‘eficácia’ do Direito neste estudo é, portanto, a de que a conduta dos homens se conforma às regras jurídicas.*”¹²¹

Não é possível, todavia, sequer cogitar dessa cisão. A necessidade de um mínimo de eficácia como elemento da validade ainda persiste na obra kelseniana produzida nos Estados Unidos. Aliás, parece até reforçada pelo convívio que teve o jurista austríaco com a *Common Law*.

Assim é que o conceito de *dessuetude* é apresentado aos juristas como conseqüência da ineficácia da norma jurídica. A perda da validade de uma norma por ausência completa de eficácia era o reconhecimento direto que faltava, até essa obra, para que ficasse claro o ideal de Kelsen em separar rigidamente os mundos da natureza e cultural imputativo, com resultados duvidosos.

As lições, neste passo, são preciosas:

¹²¹ KELSEN, Hans. *Idem*, *ibidem*.

Se a norma continuar permanentemente ineficaz, ela é privada de sua validade por “dessuetude”. “Dessuetude” é o efeito jurídico negativo do costume. Uma norma pode ser anulada pelo costume, ou seja, por um costume contrário à norma, assim como pode ser criada pelo costume.

(...)

Contudo, mesmo nesse caso seria um erro identificar a validade e a eficácia da norma; elas ainda são dois fenômenos diversos. A norma anulada por dessuetude foi válida durante um espaço considerável sem ser eficaz. É apenas uma carência continuada de eficácia que põe fim à validade.¹²²

Mas o que significavam, então, as assertivas que abrem esse item? Quando Kelsen fala que a regra jurídica tem validade mesmo que lhe falte eficácia, está revelando parte apenas de sua doutrina. A falta da eficácia não pode ser, na terminologia do autor, *continuada*, *duradoura* etc. Nesse sentido, a falta de observância ou de aplicação esporádica da norma jurídica não lhe retira a validade.

O mesmo comentário é válido para a afirmação de que o acatamento social é indiferente para o fenômeno da validade das normas. É menos verdade: até e apenas o ponto em que o não acatamento se torne em *dessuetude*.

¹²² KELSEN, Hans. *Idem*, p. 124.

Não deixa de ser verdade, por outro lado, que a validade e a eficácia sejam fenômenos *inteiramente diferentes*. Pertencem até a mundos diferentes. Mas isso não é o que está em discussão, e sim a inter-relação entre eles.

Se a conotação aceita por Kelsen na Teoria Geral do Direito e do Estado para a eficácia é apenas a conduta efetiva dos homens, em conformidade ou não com a norma jurídica, já temos aqui uma confissão: o elemento de *Sein* presente na eficácia que, como visto, é condição da validade.

Superado a aparente mudança de pensamento em Kelsen, vemos também que aqui fica mais claro que a problematização da relação eficácia-validade só tem sentido dentro do sistema dinâmico:

*Uma norma não é válida porque é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é, como um todo, eficaz. A relação entre validade e eficácia é cognoscível, porém, apenas a partir da perspectiva de uma teoria dinâmica do Direito que lide com o problema da razão da validade e o conceito de ordem jurídica. A partir da perspectiva de uma teoria estática, apenas a validade do Direito se encontra em questão.*¹²³

¹²³ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 46.

Procurando ser ainda mais enfático, Kelsen nos brinda com uma didática exposição de qual seja efetivamente a relação entre validade e eficácia:

Assim, a relação entre validade e eficácia parece ser a seguinte: uma norma é uma norma jurídica válida se (a) houver sido criada de maneira estabelecida na ordem jurídica à qual pertence, e se (b) não houver sido anulada, ou de maneira estabelecida por essa ordem jurídica ou por dessuetude, ou pelo fato de ter a ordem jurídica, como um todo, perdido sua eficácia.¹²⁴

Ficou ainda mais claro que a eficácia é realmente elemento necessário a manutenção da validade, ao menos de sua permanência, seja em âmbito singular ou em relação ao ordenamento jurídico como um todo.

4. A Teoria Geral das Normas

Talvez por se tratar de obra póstuma, que não sofreu revisão por parte de seu autor, tendo sua publicação sido decidida pelo Instituto Hans Kelsen¹²⁵, é que esta obra apresenta, mais que as outras, grande problemática na exposição das relações entre validade e eficácia.

A validade da norma jurídica tem o seu conceito mantido: significa, aqui como nas outras obras, a existência da norma:

*Quando se diz: “uma norma vale”, admite-se essa norma como existente. Validade é a específica existência da norma.*¹²⁶

*“Valer” neste sentido específico – objetivo – significa: dever ser obedecido. Esta “validade” de uma norma é sua existência específica, ideal. Que uma norma “vale” significa que ela é existente. Uma não que não vale não é norma, porque não existe.*¹²⁷

O conceito de existência da norma jurídica, que é sinônimo de sua validade, é também exposto com clareza:

*No fato de que uma norma deve ser cumprida e, se não cumprida, deve ser aplicada, encontra-se sua validade, e esta constitui sua específica existência.*¹²⁸

Logo nesse princípio de sua obra, Kelsen deixa bem claro que continuava, no fim da vida, a não aceitar, por forma alguma, a interferência entre o ser e o dever-ser, realizando rígida dicotomia entre a validade e a eficácia:

¹²⁴ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 124.

¹²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas - Introdução*, p. XIII.

¹²⁶ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 3-4.

¹²⁷ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 36.

¹²⁸ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 4.

Do efetivo cumprimento da norma – ou do seu não cumprimento com a conseqüente aplicação – disto deriva sua eficácia. Validade e eficácia da norma precisam, claramente, não ser confundidas.¹²⁹

Se a eficácia é referenciada à aplicação efetiva da norma jurídica, nos casos de desatendimento, cumprimento espontâneo ou mediante coação, por parte das jurisdicionados, então continuamos imersos no mesmo problema. Se a tarefa do cientista do direito é realizar a descrição de seu objeto (a norma jurídica) através de um método próprio (o método avalorativo), então essa missão passa necessariamente pela análise do mundo do ser, pois que o jurista não teria condições de apontar uma norma nem mesmo como válida ou inválida sem referência a sua aplicabilidade e observância.

Mas a vinculação entre validade e eficácia, por vezes realçada e por vezes rechaçada, volta à tona:

Certamente, tem-se que admitir que uma norma perde sua validade, se realmente não mais é cumprida ou, se não cumprida, efetivamente não mais é aplicada.¹³⁰

Nota-se que não há referência à perda da *eficácia* quando a norma não é mais cumprida ou aplicada. A conseqüência é diretamente apontada

¹²⁹ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 5.

¹³⁰ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 6.

para a validade. Se a norma perde sua validade quando ela não é mais cumprida, e se a validade se confunde com a própria existência da norma, então é de rigor que a análise do *cumprimento* da norma pelos cidadãos seja elemento essencial para a própria existência do objeto do cientista jurídico. E esse *cumprimento* não se realiza no plano teórico do *dever-ser*, mas sim, necessariamente, tem relação com o plano real (*ser*).

O conteúdo exato da última citação acima feita, é pelo mesmo autor refutada, apenas algumas páginas adiante:

*A eficácia da norma, seu real ser-cumprida, não é sua validade. Pois, que a norma "vale", significa: que ela deve ser cumprida; ela também vale, precisamente, no caso de não ser cumprida.*¹³¹

Mas se a norma vale mesmo quando não é cumprida, como fica o conceito de *dessuetude*, amplamente desenvolvido por Kelsen em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* ? O conceito de *mínimo de eficácia* como *condição de validade*, que sempre é defendido por Kelsen, afasta a validade desta sua última citação. Como já exposto alhures, ela parece um reflexo da exagerada importância que Kelsen dava para a rígida separação entre *ser* e *dever-ser* no campo da validade e eficácia.

E esse conceito de *dessuetude* não foi esquecido pelo grande Kelsen. Nesta mesma obra (Teoria Geral das Normas), a referência ao instituto da derrogação de normas pelo transcurso de certo lapso temporal sem que a norma apresente *eficácia* é novamente trazida à baila:

*Mas no âmbito de uma ordem moral positiva, uma norma não perde sua validade, em geral, pela derrogação, mas pela circunstância de que o tempo, para o qual ela vale por determinação própria ou por determinação de uma outra norma passou; ou pelo fato de que ela efetivamente não mais se cumpre e se aplica, i.e., que ela perde sua eficácia, que é uma condição de sua validade.*¹³²

E não se trata de citação isolada. Logo na seqüência, Kelsen volta a afirmar que a norma jurídica perde sua validade pelo transcurso de certo tempo em que a mesma fica sem *aplicabilidade*:

*Pela via do costume – como já observado – uma norma que está em vigor pode perder sua eficácia e com isso sua validade por duradouro não-cumprimento e não-aplicação, sem que pelo Costume seja produzida uma norma prescribente de uma conduta determinada.*¹³³

¹³¹ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 93.

¹³² KELSEN, Hans. *Idem*, p. 134.

¹³³ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 137.

*Nesse caso, não existe nenhum conflito de norma, visto que o Costume pelo qual é produzida a nova norma, a qual implica o duradouro não-cumprimento e não-aplicação da norma até agora válida, por isso esta perde sua eficácia e, deste modo, sua validade.*¹³⁴

Trata-se, como se vê, do mesmo fenômeno da *dessuetudo* exposto em outra obra. E, nesta citação em especial, Kelsen expressamente vincula a validade e a eficácia: *pode perder sua eficácia e com isso sua validade e perde sua eficácia e, deste modo, sua validade*. Ou seja: perdendo a eficácia, a norma jurídica imediatamente fica despida de validade e, por conseqüência, deixa de existir.

Aparentemente indiferente às conclusões que tal posição leva necessariamente, Kelsen ainda permanece firme na assertiva de que a validade, por pertencer à ordem do *dever-ser* não tem pode ser confundida com a eficácia, pertencente à esfera do *ser* :

*Mas, como já anteriormente acentuado, o estabelecimento de uma norma e sua eficácia são, na verdade, as condições de sua validade, não porém a sua validade. O ato de estabelecimento e a eficácia são um ser, a validade é um dever-ser.*¹³⁵

¹³⁴ KELSEN, Hans. Idem, p. 138.

¹³⁵ KELSEN, Hans. Idem, p. 229.

A eficácia como elemento *condicionante* da validade da norma jurídica ainda é perseguida com rigor pelo pensamento kelseniano:

*A validade de uma norma de dever-ser, sua existência ideal, é condicionada pela existência real do fato do ser de uma ato de vontade cujo sentido é a norma.*¹³⁶

Por fim, as duas últimas referências expressas à validade e eficácia na *Teoria Geral das Normas*, mantém ainda inalterada a posição kelseniana acerca da relação eficácia e validade: “*A validade de uma norma consiste em que ela deva ser cumprida e se não cumprida deva ser aplicada.*”¹³⁷ E ainda: “*É possível (e não demasiado raro) o fato de que uma norma jurídica geral, por permanente não-aplicação, perca sua validade – porque perde sua eficácia.*”¹³⁸

Em síntese: na última fase do pensamento kelseniano, que caracterizou-se pelas transformações advindas da mudança de enfoque dado pelo autor, manteve-se inalterada a problemática da relação eficácia e validade.

A eficácia pertence ao mundo do ser. É uma *condição* para a validade da norma jurídica, mas não se confunde com essa validade. A validade,

¹³⁶ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 257.

¹³⁷ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 277.

por seu turno, representa entidade lógica exclusivamente pertencente ao mundo do dever-ser. Se é verdadeiro que a norma jurídica só existe tendo como referencial um fato real, também permanece a afirmação de que esse fato último não se confunde com a validade da norma que o disciplina, mas apenas a condiciona.

Resta necessária, pois, uma análise mais acurada sobre as implicações dessa controvertida posição de Hans Kelsen, que a manteve, como vimos, por décadas de estudo e ensino.

5. A Eficácia como Condição da Validade

A discussão acerca da relação entre validade e eficácia sempre esteve presente no espírito dos juristas. Assinala o fato Ricardo A. Guibourg:

*Vale a pena – nos preguntamos – mantener la dualidad entre validez y eficacia? Existe entre ambos conceptos una diferencia razonable, o hemos de admitir que se trata de dos palabras con una misma referencia semántica? La idea está lejos de ser nueva, pero no es por eso menos inquietante.*¹³⁹

¹³⁸ KELSEN, Hans. Idem, p. 304.

Em Kelsen, nosso objeto de atenção, a eficácia é representada pela obediência dos súditos à norma jurídica ou, em caso diverso, pela reação proporcionada pelo ordenamento jurídico contra o ato ilícito, através da sanção.

Kelsen, como acabou-se de ver, em inúmeras passagens de sua obra, chama a eficácia de *condição da validade das normas jurídicas*. Mas o que viria a ser *condição*? No contexto utilizado pela Teoria Pura do Direito, *condição* significa *qualidade necessária* a algo para a sua própria existência. Em outras palavras, a eficácia da norma jurídica reveste-se em qualidade imprescindível desta para que a mesma tenha validade (existência).

O *fundamento* da validade das normas jurídicas não se encontra em sua eficácia, mas tão somente em outra norma jurídica, que a legitima:

*O fundamento de validade de uma norma é sempre uma norma, e não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável.*¹⁴⁰

Para que a norma jurídica, contudo, mantenha essa validade (já existente a partir de sua edição com respaldo em norma superior), é mister que ela mantenha um *mínimo de eficácia*. É por isso que Kelsen diz que a eficácia é

¹³⁹ GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema e realidad*, p. 36.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 116.

condição, e não *fundamento* da validade. A norma não é válida *porque* é eficaz, mas *enquanto* ou *se* mantiver um mínimo de eficácia.

Nas precisas palavras de Sérgio Cademartori: “*mais correto é dizer-se que, na teoria kelseniana, a eficácia seria um plus para que tanto a norma quanto o ordenamento não venham a perder a sua validade*”¹⁴¹. Esse mesmo autor explicita, em outros pontos de sua obra, o entendimento de que a eficácia é condição para a manutenção da validade, previamente existente, e por isso incorreta a assertiva de que a eficácia pudesse ser requisito ou fundamento para a validade:

*De fato, a validade, na teoria kelseniana, difere da eficácia, mas não é alheia à mesma, dado que a eficácia deve ser acrescentada à criação para que o Direito, originalmente válido tão-só em virtude do ato da sua criação na medida em que este seja regulado por uma norma superior, não perca a sua validade.*¹⁴²

(...)

*Como diz Squella, ‘la eficacia no es la condición por la cual vale el derecho, pero sí la condición sin la cual el derecho no puede valer (...) el derecho no es válido porque consigue ser eficaz, sino que deja de ser válido cuando deja de ser eficaz.’*¹⁴³

(...)

*Se uma norma não é eficaz (não se aplica nunca), deixará de ser válida, mas, em todo caso, sempre se poderá dizer que durante um período de tempo ela existiu.*¹⁴⁴

(...)

¹⁴¹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*, p. 47.

¹⁴² CADEMARTORI, Sérgio. *Idem*, p. 48.

¹⁴³ CADEMARTORI, Sérgio. *Idem*, p. 48-49.

¹⁴⁴ CADEMARTORI, Sérgio. *Idem*, p. 49-50.

... a eficácia é condição da validade, no sentido de que sem eficácia a norma deve entender-se como tendo perdido validade (o fenômeno da dessuetude).¹⁴⁵

As normas jurídicas são criadas através e para o mundo do *ser*. Sem a conduta reputada indesejável pelo legislador, sequer se cogitaria de norma jurídica ou *dever-ser*. Ocorre que, pelo pensamento de Kelsen, após a atividade legislativa *ter posto* (por isso, Direito *Positivo*) a norma jurídica, tornando-a existente (válida), a mesma se separa definitivamente do mundo do *ser*, não sendo mais possível afirmar que uma certa norma jurídica vale porque faz referência à conduta humana que precisa de regulação. Mesmo na ausência posterior desta última, afirma Kelsen em muitos passos de sua obra, a norma jurídica permanece em vigor. Como já visto, a “*eficácia da norma, seu real ser-cumprida, não é sua validade. Pois, que a norma “vale”, significa: que ela deve ser cumprida; ela também vale, precisamente, no caso de não ser cumprida*”.¹⁴⁶

A contradição que está sendo apontada desde o início da exposição, reside em que o genial autor da *Teoria Pura* realiza muitas e muitas vezes afirmações que não se coadunam com tal linha de raciocínio. Assim é que a aparente lógica que existe na afirmação de que a norma jurídica vale mesmo

¹⁴⁵ CADEMARTORI, Sérgio. *Idem*, p. 52.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 93.

sem ser obedecida cai por terra quando nos vem a mente o fenômeno do *dessuetudo*, expressamente aceito por Kelsen. Conforme já citado anteriormente:

Se a norma continuar permanentemente ineficaz, ela é privada de sua validade por “dessuetude”. “Dessuetude” é o efeito jurídico negativo do costume. Uma norma pode ser anulada pelo costume, ou seja, por um costume contrário à norma, assim como pode ser criada pelo costume.

(...)

Contudo, mesmo nesse caso seria um erro identificar a validade e a eficácia da norma; elas ainda são dois fenômenos diversos. A norma anulada por dessuetude foi válida durante um espaço considerável sem ser eficaz. É apenas uma carência continuada de eficácia que põe fim à validade.¹⁴⁷

Se a norma jurídica perde a sua validade quando fica *por algum tempo* sem uso, como afirma Kelsen, como realizar uma separação temporal que auxilie o cientista do direito a entender quando se rompe a afirmação de que a norma permanece válida mesmo sem aplicação e obediência, e passa a incidir a regra de que a mesma norma perde sua validade pelo transcurso temporal ?

Ainda mais: se a norma jurídica tem a eficácia como condição de sua validade, isso importaria em dizer que ao jurista (cientista do direito), que tem como tarefa mor a descrição do objeto (norma jurídica) através do método

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 124.

avaliativo (corte axiológico), também tem que fazer referência ao plano do *ser*?
Sim, porque se a descrição feita pelo jurista desconsiderar a própria existência da norma, que no caso de Kelsen se confunde com a validade, afastando a eficácia de seu campo de interesse, não estar-se-ia a propor um absurdo?

Há apenas uma única forma de tornar compreensível a postura kelseniana neste ponto. Seria na hipótese de estar o cientista do direito proibido, pelo princípio metodológico fundamental proposto por Kelsen, de fazer referência às condicionantes da *existência* da norma, ou seja, caso fosse vedado ao doutrinador a descrição da existência ou não da norma jurídica, através de uma análise de sua observância pela conduta das pessoas e da aplicação de sua sanção, na hipótese inversa.

Seria o caso em que ao jurista seria lícito realizar o esclarecimento do conteúdo da norma jurídica, mas o fenômeno do desuso, da revogação da norma jurídica pelo transcurso de lapso temporal, sem aplicação ou observância da norma, somente poderia ser objeto de análise pelos aplicadores do Direito, já que estes, sabidamente, não estão compreendidos nas restrições dos cortes axiológico e epistemológico.

Isto tudo porque o postulado metodológico de Kelsen prima, fundamentalmente, pela exatidão nos conceitos emitidos pela Ciência do Direito. E tais conceitos não conseguiriam manter o mínimo de exatidão diante de uma necessária referência a observância das normas jurídicas ou de sua aplicação em caso de desatenção.

De fato, esses fenômenos são de difícil comprovação, quando se procura compreendê-los dentro da linha temporal. Kelsen não se limita a exigir que para a validade da norma exista uma implicação da mesma com o mundo real: ele traça a necessidade de que tal referibilidade se dê dentro de um *mínimo de eficácia*. Vale dizer: a norma jurídica tem como condição de validade a eficácia, mas entendida esta como a aplicação ou a observância da norma dentro de *certo tempo*. Ou, de outra forma dito, se a norma jurídica ficar *muito tempo* sem aplicação ou observância, perderá sua validade, em decorrência de sua ineficácia.

Logo abaixo veremos o quanto de imprecisão, infelizmente, anda neste passo a Teoria Pura do Direito, a admitir conceitos como *mínimo*, *certo tempo* e assim por diante.

De outra banda, é preciso lembrar, com Miguel Reale, os objetivos primeiros da Teoria Pura do Direito:

Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século, desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios.

Foi, dentro deste quadro, que se manifestou o movimento de “purificação” do Direito, que teve como centro a capital da Austria. Kelsen chamou sua doutrina de Teoria Pura, por querer livrá-la de elementos metajurídicos, excluindo do campo próprio e específico do jurista uma série de problemas, apesar de reconhecer sua legitimidade no plano da Psicologia, da Moral, da Economia, da Sociologia, da História ou da Política.¹⁴⁸

Aceitar que a Ciência Jurídica tenha também como atribuição a constatação da existência ou não da norma (e o inverso parece insustentável), através do exame de sua eficácia, importaria em ceder os domínios da *cidadela*, ao menos parcialmente, aos sociólogos jurídicos. Isso já que a conduta efetiva das pessoas, adequando-se ou não à norma, à primeira vista parece tarefa completamente alheia ao desiderato rígido estabelecido aos cientistas do direito pelo *corte epistemológico* de Kelsen. Nas palavras de Reale:

A Sociologia Jurídica, ou Jurisprudência Sociológica, consoante terminologia também por ele empregada, é uma Ciência do ser, porquanto indaga das conexões causais que se operam entre os

¹⁴⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 455.

fatos ou comportamentos jurídicos. A Ciência Jurídica é uma ciência do dever ser, visto como se destina a descrever as normas que determinam o advento de uma conseqüência, toda vez que se verificar um fato genericamente previsto. Existem, pois, melhor caracterizadas na mais recente orientação do pensamento kelseniano, duas distintas ciência do Direito, segundo exigência postas pela distinção metodológica entre ser e dever ser: - a Jurisprudência Sociológica e a Jurisprudência Normativa.

Eis a primeira afirmação fundamental de Kelsen: - Ciência Jurídica, segundo a Teoria Pura, é uma ciência do dever ser e, assim sendo, sua natureza é puramente normativa.¹⁴⁹

Ainda há mais em relação a eficácia. Os problemas que o conceito *mínimo de eficácia* traz para a Teoria Pura do Direito são dois: em primeiro lugar, a referência à eficácia, por si só, compreendida ela da forma como Kelsen apregoava, importa em reconhecimento de que a *Jurisprudência Normativa*, exclusiva da sociologia, não tem condições de subsistir, fato que até o próprio jurista parece ter reconhecido, como veremos; de outro lado, a própria terminologia *mínimo de eficácia* é absolutamente duvidosa, não sendo compreensível dentro de um sistema de pensamento de lógica tão cerrada quanto aquela que caracteriza o grande Hans Kelsen.

Neste passo, importa-nos reconhecer que a divulgação que se faz do pensamento kelseniano é, muitas vezes, deturpado. Trata-se de atitude

¹⁴⁹ REALE, Miguel. Idem, p. 459.

incompreensível o simples negar as revisões e progressos que o pensamento de Kelsen sofreu durante sua longa e produtiva vida.

Não se desconhece, e muito menos se contesta, a advertência feita por José Florentino Duarte, tradutor da Teoria Geral das Normas:

Se, porém, o leitor pretende criticar a Kelsen, então o problema assume outra projeção: arme-se, primeiro, de amplíssimo conhecimentos jusfilosóficos e, mesmo com uma bagagem científica imensa, o árduo labor será difícil, quiçá improficuo, como aconteceu com aqueles que se arrojavam, se aventuraram, se arriscaram a tal cometimento.¹⁵⁰

Não se trata, porém, de criticar o próprio Kelsen, mas sim a interpretação corrente sobre Kelsen, o que é muito diferente. Conforme já assinalado em outras partes deste trabalho, o desenvolvimento da obra kelseniana é um fato, e querer sustentar que uma linha ininterrupta de continuidade caracteriza o trabalho do jurista de Viena é, antes que uma defesa, um ataque à honra desse grande homem:

Parece-nos inegável uma segunda fase na Teoria Pura do Direito, assinalada, entre outros pontos, por maior correlação entre o problema da vigência, que é técnico-formal, e o da eficácia, que envolve apreciações de natureza sociológica, histórica e axiológica. Por mais que se tenha querido apontar

¹⁵⁰ DUARTE, José Florentino. *Introdução à teoria geral das normas*, p. V.

uma linha de continuidade rigorosa entre o pensamento de Kelsen, do Hauptprobleme, de 1911, até à Reine Rechtslehre, de 1934, e de sua ida para a Nação norte-americana até sua morte, quer parecer-nos que existe uma progressiva adequação da Teoria Pura a exigências concretas e históricas, em um ritmo que se acelera no mundo americano. É a propósito exatamente da correlação entre vigência e eficácia que se observa este fato com mais evidência.¹⁵¹

Esse fato, é claro, já foi percebido, de há muito, por juristas de escol, que assinalaram a passagem de Kelsen, do normativismo puro para uma análise das normas jurídicas com referência ao *ser*, representado pela eficácia, como José Alcebiades de Oliveira Júnior:

É necessário acentuar que a eficácia da qual fala Kelsen se trata de uma eficácia presumida e referente ao ordenamento como um todo e não de cada norma em particular. O fato é que a teoria da validade de Kelsen mesmo tendo como fundamento um a priori da razão, supõe uma referência e uma base empírica, mesmo que de forma indireta.¹⁵²

Kelsen percebeu, a partir de certo momento de sua vida, que acreditar na validade da norma jurídica independentemente da comportamento humano que se subsume ou não aos preceitos nela contidos, seria equiparar o direito positivo ao direito natural :

¹⁵¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 465 (grifo nosso).

¹⁵² OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Bobbio e a filosofia dos jurista*, p. 55.

Não importa, pois, para a determinação da validade de uma norma indagar se ela tem eficácia real no seio da coletividade: embora não lhe corresponda nada de concreto, ela vale e, neste ponto, é interessante observar como Kelsen dá um valor absoluto à validade do Direito Positivo, atribuindo-lhe uma qualidade que comumente se atribui ao Direito Natural: a de valer ainda e quando violado, ainda quando desconhecido e postergado...¹⁵³

A grande confusão parece residir em que Kelsen sempre apregou a separação rígida dos mundos do *ser* e do *dever-ser*, mas desde o princípio, o que parece não ter sido sempre notado, colocou como objeto dos juristas uma parcela do *ser*:

O objeto da Ciência do Direito”, assevera o mestre do normativismo, “são as normas jurídicas determinantes da conduta humana, ou a conduta humana enquanto determinada pelas normas jurídicas, e isto quer dizer: - a conduta humana enquanto contida nas normas jurídicas.

(...)

O simples fato de referir-se a uma ligação necessária entre o juízo normativo e a conduta social denota o abrandamento de sua primitiva posição de normativista puro.¹⁵⁴

Uma compreensão deste foco de engano passa necessariamente pelo esclarecimento daquilo que Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, chamava de *sistema estático* e *sistema dinâmico*, e o significado destas expressões na obra

¹⁵³ REALE, Miguel. *Fundamento do Direito*, p. 170.

¹⁵⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 470-471.

que Miguel Reale, como vimos, qualifica de pertencente a 2ª fase do pensamento kelseniano, a *Teoria Geral do Direito e do Estado*.

Na Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen expressamente registrava a possibilidade de uma teoria jurídica estática e uma teoria jurídica dinâmica:

*Conforme o assento é posto sobre um ou sobre o outro elemento desta alternativa: as normas reguladoras da conduta humana ou a conduta humana regulada pelas normas, conforme o conhecimento é dirigido às normas jurídicas produzidas, a aplicar ou a observar os atos de conduta humana ou aos atos de produção, aplicação ou observância determinados pelas normas jurídicas, podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento.*¹⁵⁵

Significa essa passagem que Kelsen julgava que o ordenamento jurídico era tanto estático como dinâmico, já que um e outro sistema não passava de um enfoque dado ao ordenamento jurídico. Tanto é assim que a *Teoria Pura* contém um capítulo (o de nº IV) que se chama *estática jurídica*, e outro (nº V), chamado de *dinâmica jurídica*.

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 79-80.

A mesma linha de raciocínio é seguida na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, já que seus capítulos I a IX são encimados pelo título *estática jurídica*, e os de nº X a XII pertencem a *dinâmica jurídica*. A grande diferença está em que, aqui, Kelsen declara expressamente a qual dos tipos de sistema (estático ou dinâmico) pertence verdadeiramente o fenômeno jurídico: *o sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico.*¹⁵⁶

Essa afirmação parece se chocar frontalmente com o entendimento de parte da doutrina, como por exemplo o sempre respeitado Miguel Reale:

*Daí o cuidado que tem Kelsen, em seus últimos escritos, de acentuar sua distinção entre teoria estática e teoria dinâmica do Direito, ou, mais precisamente, entre o Direito como “sistema estático” e como “sistema dinâmico”: o primeiro concebível como “sistema de normas determinantes dos atos de conduta humana”, o segundo correspondente aos “atos de conduta humana determinados por normas”. Desse modo, a norma passa a ter referência mais positiva ao plano da existência concreta, apresentando-se como elemento inseparável da conduta.*¹⁵⁷

Não teria sentido a afirmação de Kelsen, de que o Direito é um sistema dinâmico se, como quer Reale, *sistema dinâmico e teoria dinâmica*

¹⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 118.

¹⁵⁷ REALE, Miguel. *op. cit.*, p. 470.

fossem sinônimos. Isso porque, apenas da assertiva de ser o Direito um *sistema dinâmico*, a obra *Teoria Geral do Direito e do Estado* continua a dividir o estudo do ordenamento jurídico em *teoria estática* e *teoria dinâmica*. Mas então, qual é a diferença?

Teoria dinâmica é apenas um modo de encarar o Direito. É o próprio fenômeno jurídico quando visto *em movimento*, pois seu objeto é o processo jurídico através do qual o Direito é produzido e aplicado¹⁵⁸. É claro que o Direito pode ser encarado sob outro ângulo, qual seja, aquele em que é visto como um conjunto de normas vigentes (válidas) com um fundamento de validade uno (Norma Hipotética Fundamental).

Já *sistema dinâmico* é aquele composto por normas que não podem ser extraídas logicamente, por simples operação mental, das normas maiores que as precedem, como ocorre, por exemplo, no caso em que a regra *não machuque seu próximo* pode ser inferida de outra mais geral, como por exemplo *respeite a todos os seres vivos*. O Direito não é um conjunto de normas deste tipo. As regras jurídicas não podem ser compreendidas através de simples operação mental que parte do geral ao particular. Isso não é uma necessidade no campo jurídico. A norma inferior é válida porque editada por ato de vontade de

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 80.

uma autoridade competente. Seu conteúdo pode pouco ou nada ter em comum com a norma superior.

Assim, quando Kelsen afirma que o Direito é um sistema dinâmico, isso não significa, de forma alguma, que ele não possa ser encarado pelo prisma da *teoria* estática.

É nesse último sentido que León Dujovne, por exemplo, explica a diferença entre os “aspectos” estático e dinâmico do Direito:

*La ciencia del Derecho, ciencia normativa, estudia el Derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico. Desde el punto de vista estático, el Derecho aparece como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres, normas que se aplican a los individuos, obligándolos o autorizándolos a realizar ciertos actos. Desde el punto de vista dinámico, se trata del movimiento en la serie de actos por los cuales se crea y aplica el Derecho.*¹⁵⁹

E é somente através da teoria estática é que faz algum sentido a divisão rígida do mundo do *ser* e do *dever ser*. Se do Direito for abstraído os momentos de sua produção e, principalmente, de sua aplicação, restando apenas como um conjunto de normas jurídicas vigentes em certo espaço, durante certo tempo, fará todo sentido a afirmação de que a tarefa do jurista que a esse

¹⁵⁹ DUJOVNE, León. *La filosofía del Derecho*, p. 372.

fenômeno dedique sua atenção prescinde da análise acerca da eficácia destas normas. Para saber se uma norma foi posta por autoridade competente, não é mister averiguar sua aplicabilidade. E esse é o único requisito, em um sistema estático, para a validade da norma.

O grande problema persiste quando encaramos o Direito sob o prisma dinâmico. Aqui é de ser levado em linha de conta a aplicação das normas jurídicas e a conformação da conduta humana ao regramento da norma jurídica. Neste caso, parece incontestável que o linha limítrofe entre o *ser* e o *dever ser* não pode ser rigidamente demarcada. Para que uma norma seja considerada válida, é preciso que ela tenha eficácia, ou seja, deve ser aplicada e/ou observada pelos seres humanos a que é destinada. Tal referência a um dado do real, para configurar a própria existência da norma, mostra que a *Teoria Pura do Direito*, neste aspecto, não é realmente um normativismo puro.

O mais interessante é o quanto de lucidez mantinha Kelsen em todos os momentos de sua produção intelectual. Ele próprio reconhece que o problema da eficácia só tem sentido dentro de uma teoria dinâmica do Direito:

A relação entre validade e eficácia é cognoscível, porém, apenas a partir da perspectiva de uma teoria dinâmica do Direito que lide com o problema da razão da validade e o conceito de ordem

*jurídica. A partir da perspectiva de uma teoria estática, apenas a validade do Direito se encontra em questão.*¹⁶⁰

Faltou apenas ficar claro, desde o início, que sua obra propunha a pureza metodológica que retira do objeto da Ciência do Direito qualquer referência ao real, apenas para o Direito visto sob o prisma estático. Isso evitaria rios de tinta que contra o autor foram gastos, injustamente.

Ressalte-se: o única crítica possível é dirigida à falta de clareza no início da exposição da *Teoria Pura*, no que tange ao problema acima exposto. No decorrer de sua obra, Kelsen, como sempre, demonstrou cabalmente uma visão brilhante do problema que enfrentava. Não lhe é favor o estigma de gênio.

6. O Conceito de “Mínimo de Eficácia”

A terminologia das obras de Hans Kelsen raramente merecem qualquer reparo. Talvez pelo pendor matemático de seu autor¹⁶¹, as obras do

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 46.

¹⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas - Prefácio*, p. XI.

jurista de Viena são por vezes até repetitivas no enunciado das idéias principais, para fixá-las no espírito do leitor, mas de forma alguma vagas ou imprecisas.

Contudo, não há como se negar que, em relação ao conceito de *mínimo de eficácia*, essa característica não se repetiu. Como já visto, para Kelsen, o *mínimo de eficácia* era requisito imprescindível para a validade da norma jurídica, quando observado o ordenamento sob um prisma dinâmico.

A idéia é simples: para que uma norma seja válida, é preciso que tenha sido editada por autoridade competente (apontada na norma superior), além de produzir efeitos materiais, quais sejam, a obediência dos súditos ou, em caso diverso, a reação da norma (aplicação de sanção).

O grande problema é que Kelsen aceita que tais efeitos sejam suficientes mesmo quando existam em grau *mínimo*. De outra forma dito, a norma jurídica é válida quando é ao menos *de vez em quando* obedecida ou aplicada. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Assim, para Kelsen, por exemplo, sendo a efetividade (Wirksamkeit) o fato de que ela seja aplicada e obedecida realmente e validade (Geltung) um conceito formal, que expressa relações formais entre as normas, torna-se difícil entender como a inefetividade em certo grau (que grau? Kelsen não o diz)

*prova a invalidade da norma, conforme ele o diz expressamente. (grifos nossos)*¹⁶²

Em prefácio a outra obra de Kelsen (*O Problema da Justiça*), Mário G. Losano, registra a mesma imprecisão: *quando Kelsen separava direito e natureza, recordei os trechos em que ele afirma ser necessária certa eficácia concreta para que o direito existe, isto é, seja válido. (grifo nosso)*¹⁶³

E o mais claro dos críticos de Kelsen, neste ponto específico, que é Albert Calsamiglia:

*Para Kelsen la efectividad es una condición de la validez de la norma jurídica. Un ordenamiento es efectivo cuando es obedecido y aplicado de un modo general. El concepto de efectividad no significa sólo que la norma se aplica sino también que la norma es de un modo general obedecida. Una norma que no aplican los tribunais porque los súbditos la obedecen es una norma efectiva.*¹⁶⁴

A busca efetuada na obra do próprio Kelsen, à cata de um significado único para o conceito de *mínimo de eficácia* não se mostra frutífera. As obras analisadas pelo presente trabalho, como visto em seu decorrer, foram a *Teoria Pura do Direito*, a *Teoria Geral do Direito e do Estado* e a *Teoria Geral*

¹⁶² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, p. 122.

¹⁶³ KELSEN, Hans. *O problema da justiça - Introdução de Mário G. Losano*, p. XXXI e XXXII.

das Normas. A primeira delas foi a central, naturalmente, já que o princípio metodológico fundamental foi ali proposto, de forma completa, pela primeira vez.

Iniciando por essa obra, o resultado da coleta feita em seu texto, levando em conta toda e qualquer referência ao mínimo eficácia como condição da validade da norma jurídica, mostra o seguinte conteúdo (os grifos não pertencem ao original):

Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelos menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição de sua vigência.

*Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz.*¹⁶⁵

*Logo que, no entanto, as ordens coercitivas revolucionariamente instituídas provaram ser duradouramente eficazes, passaram a ser reconhecidas como ordens jurídicas, os governos das comunidades por elas constituídas passaram a ser havidos como governos de um Estado.*¹⁶⁶

¹⁶⁴ CALSAMIGLIA, Albert. *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, pp. 31 e 129-130.

¹⁶⁵ KELSEN, Hans. *op. cit.* p. 12.

¹⁶⁶ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 55.

Em nada altera a questão o fato de as normas de uma ordem jurídica a descrever pela ciência do Direito somente valerem, ou seja, o fato de a conduta por elas fixada somente ser devida (obrigatória), num sentido objetivo, quando tal conduta efetivamente corresponde, numa certa medida, à ordem jurídica.¹⁶⁷

É verdade que apenas consideramos válida uma ordem normativa quando ela é, globalmente considerada, eficaz; e que, quando uma ordem normativa, particularmente uma ordem jurídica, é eficaz, isto é, quando a conduta humana que ela regula, considerada de modo global, lhe corresponde.¹⁶⁸

Uma norma jurídica não é somente válida quando é inteiramente eficaz, isto é, quando é aplicada e observada, mas também quando é eficaz apenas até certo grau.¹⁶⁹

Se é executado o ato coercivo que põe a primeira norma como devida, a outra norma permanece por muito tempo ineficaz e, assim, perde a sua validade; se o ato coercivo não é executado, observa-se a norma que absolve o demandado ou rejeita a pretensão, e a outra norma, que põe o ato coercivo como devido, permanece por longo tempo ineficaz e perde, assim, a sua validade.¹⁷⁰

Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas.¹⁷¹

E, de fato, uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada dessuetudo.¹⁷²

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. Idem, p. 89.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. Idem, p. 97.

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. Idem, p. 98.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. Idem, p. 231-232.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. Idem, p. 234.

¹⁷² KELSEN, Hans. Idem, p. 237.

Mas também as normas jurídicas individuais, através das quais – v.g. através de uma decisão judicial ou de uma resolução administrativa – é ordenado um ato de coerção singular, perdem a sua validade quando permaneçam por longo tempo por executar e, portanto, ineficazes, como já se mostrou a propósito da hipótese, acima referida, de um conflito entre duas decisões judiciais.¹⁷³

Como se percebe com facilidade, em relação ao *mínimo de eficácia*, fica difícil aceitar o sucesso da *Teoria Pura do Direito* em aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: *objetividade e exatidão* (prefácio, p. XI).

A análise da obra *Teoria Geral do Direito e do Estado* não fornece, tampouco, a chave para compreender o verdadeiro alcance da conceito *mínimo de eficácia*. Apesar do menor número de citações, as que existem são todas de igual modo, genéricas, não precisando o lapso temporal que caracterizaria a inefetividade da norma jurídica (sem grifos no original) :

Se forem bem-sucedidos, se a velha ordem terminar e a nova ordem começar a ser eficaz, porque os indivíduos cuja conduta a nova ordem regula efetivamente se conduzem – de um modo geral - em conformidade com a nova ordem, então essa ordem é considerada como uma ordem válida.¹⁷⁴

¹⁷³ KELSEN, Hans. Idem, p. 238.

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 123.

Se a norma continuar permanentemente ineficaz, ela é privada de sua validade por “dessuetudo”.

É apenas uma carência continuada de eficácia que põe fim à validade.¹⁷⁵

Uma ordem coercitiva da conduta humana é Direito válido, e a comunidade por ele constituída é um Estado, no sentido do Direito internacional, para o território e a população para os quais a ordem coercitiva é permanentemente eficaz.¹⁷⁶

Por fim, na *Teoria Geral das Normas* o emprego do conceito impreciso persiste. Obra em que vários pontos do pensamento kelseniano foram modificados (como a norma hipotética fundamental), ainda assim permaneceu intocada a incerteza do conceito ora em estudo:

Mas no âmbito de uma ordem moral positiva, uma norma não perde sua validade, em geral, pela derrogação, mas pela circunstância de que o tempo, para o qual ela vale por determinação própria ou por determinação de uma outra norma passou; ou pelo fato de que ela efetivamente não mais se cumpre e se aplica, i.e., que ela perdeu sua eficácia, que é uma condição de sua validade.¹⁷⁷

Por via do costume, como já observado – uma norma que está em vigor pode perder sua eficácia e com isso sua validade por duradouro não-cumprimento e não-aplicação, sem que pelo Costume seja produzida uma norma prescribente de uma conduta determinada.¹⁷⁸

¹⁷⁵ KELSEN, Hans. Idem, p.124.

¹⁷⁶ KELSEN, Hans. Idem, p.341.

¹⁷⁷ KELSEN, Hans. Idem, p.134.

¹⁷⁸ KELSEN, Hans. Idem, p.137.

Nesse caso não existe nenhum conflito de norma, visto que o Costume pelo qual é produzida a nova norma, a qual implica o duradouro não-cumprimento e não-aplicação da norma até agora válida, por isso esta perde sua eficácia e, deste modo, sua validade.¹⁷⁹

Visto que a eficácia de uma norma consiste em que esta em geral é efetivamente cumprida e se não cumprida, em geral, é aplicada, sua validade, porém, consiste em que ela deve ser cumprida, ou se não cumprida, deve ser aplicada.¹⁸⁰

Eficácia é uma condição da validade, desde que uma norma isolada e toda uma ordem normativa perdem sua validade, deixam de valer, quando elas pedem sua eficácia, ou a possibilidade de uma eficácia; tanto quanto interessem normas gerais, se habitualmente cessam de ser cumpridas e se não cumpridas deixam de ser aplicadas.¹⁸¹

Uma norma individual perde sua validade se permanece tanto tempo descumprida ou inaplicada que não mais pode ser seguida ou aplicada.¹⁸²

É possível (e não demasiado raro) o fato de que uma norma jurídica geral, por permanente não-aplicação, perca sua validade – porque perde sua eficácia.¹⁸³

A única conclusão possível, pois, é que neste passo a Teoria Pura não andou de braços dados com a exatidão, que tão cara se mostrava à Kelsen. Sob o prisma de uma teoria dinâmica do ordenamento jurídico, uma norma

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. Idem, p.138.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. Idem, p.177-178.

¹⁸¹ KELSEN, Hans. Idem, p.178.

¹⁸² KELSEN, Hans. Idem, ibidem.

¹⁸³ KELSEN, Hans. Idem, p. 304.

somente é válida, ou seja, existente, quando mantém uma condição: o *mínimo* de eficácia; esta expressão, como visto, designa apenas que a norma jurídica deve ser obedecida ou aplicada *habitualmente*. A imprecisão terminológica está em que o lapso temporal necessário para que uma norma deixe de existir (por perda da eficácia e, conseqüentemente, da validade) é deixado em aberto. A quem caberá decidir o tempo necessária de ineficácia de uma norma jurídica para que ela desapareça do mundo jurídico?

Poder-se-ia responder que é ao magistrado que cabe essa tarefa. Mas essa resposta seria vazia de sentido dentro da Teoria Pura, já que aos cientistas do Direito é que a mensagem de pureza metodológica é passada. E se um cientista, cuja tarefa é descrever seu objeto de acordo com o método de sua ciência, não souber sequer precisar a linha que separa a existência (validade) de seu objeto e a sua inexistência, então a epistemologia jurídica estaria reduzida a condição paradoxal: um dos pressupostos de qualquer ciência, que é seu objeto, não teria sequer os contornos de sua existência rigidamente delimitados.

Neste ponto da doutrina de Kelsen, não é possível uma proposta conciliatória, como a realizada no tópico que versou sobre a eficácia como condição da validade. A imprecisão terminológica é perigosa e inegável.

Constatá-la é dever de quem julga a ciência superiora a tradição. Kelsen sabia que sua obra seria revista. Desejava isso:

Também essa segunda edição da Teoria Pura do Direito não pretende ser considerada como uma apresentação de resultados definitivos, mas como uma tentativa carecida de um desenvolvimento realizado através de complementações e outros aperfeiçoamentos. O seu fim terá sido alcançado se for considerada merecedora de tal desenvolvimento – por outros que não o presente autor, já a atingir o limite de seus dias.¹⁸⁴

Naturalmente que este trabalho não pretende ser revisão de uma obra tão acima de sua capacidade, que é a obra kelseniana. Apenas aponta imprecisões que por outros, melhores, já haviam sido detectadas.

Uma visão diferente da obra de Kelsen, feita por um comentarista seu, o brilhante Norberto Bobbio, contorna e evita os problemas acima apontados, e por isso merece consideração especial, dentro da qual serão expostas nossas observações finais.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito - Prefácio*, p. XVIII.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Justiça, Validade e Eficácia

Ao se fazer um comentário final sobre a problemática exposta, referente ao fascinante mundo kelseniano, é impensável a cisão com Norberto Bobbio. Todos perigos da terminologia da *Teoria Pura* expostos neste trabalho foram enfrentados com inusitado rigor pelo *maestro* italiano. Toma-se de empréstimo o brilho incomparável de Bobbio para, na sua esteira, tecer-se os comentários finais.

Aliás, é hoje quase impossível passar ao largo de Bobbio quando o estudo está centrado, direta ou indiretamente, no Positivismo, entendido no seu conceito mais amplo.

A clareza de raciocínio, a visão neutra e absolutamente crítica (no sentido filosófico do termo) que o jurista italiano tem, recomenda sua

explicação como paradigma para uma perfeita compreensão do que se passa ou se passou nos bastidores da ciência jurídica quanto ao assunto em tela.

Estudando a norma jurídica, numa primeira parte de sua Teoria Geral do Direito¹⁸⁵, Bobbio aponta a possibilidade de se encarar por três aspectos: Justiça, Validade e Eficácia. E, o mais importante, são “*tres clases distintas de problemas, independientes entre si.*”¹⁸⁶ De plano se nota que, para Norberto Bobbio, a validade e a eficácia são elementos diversos, não mesclados em um só conceito. Como vimos, em Kelsen, na teoria dinâmica do Direito, a eficácia faz parte da própria existência da norma jurídica.

Nesse sentido também é nosso sentir. Toda eventual discussão sobre a “invasão” do mundo do ser no plano das normas jurídicas pode ser evitado se a dicotomia entre validade e eficácia for levada a termo. Antes, porém, de uma análise nesse sentido, é mister uma referência ao conceito de Justiça que, em Bobbio e Kelsen, encontram paridade de tratamento.

Hans Kelsen, tratando da Justiça, deixou claramente consignado em sua Teoria Pura do Direito que:

*A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever.*¹⁸⁷

A semelhança com o pensamento do grande jurista brasileiro, Miguel Reale, reside na forma aberta que Bobbio encara o problema da Justiça: elemento perene, objetivo, ou, ao contrário, mutável, subjetivo?

Reale, em seu insuperável Curso de Filosofia do Direito, discorrendo sobre a teoria sobre o valor, demonstra todo o celeuma que reina entre várias correntes acerca do justo (correlato necessário do valoroso). De fato, as correntes subjetivistas e objetivistas do valor, duelando para angariarem a supremacia na preferência dos filósofos do Direito, deixam órfãos aqueles que se dedicam ao seu estudo. A superação do problema, pelo gênio de Reale, se realiza resumidamente nos seguintes termos:

À concepção especial, segundo a qual os valores não são apenas fatores éticos (capazes de ilustrar-nos sobre o sentido de experiência histórica do homem) mas também elementos

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*, p. 21 e seguintes.

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *Idem*, p.22.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 77.

*constitutivos dessa mesma experiência, é que denominamos historicismo axiológico.*¹⁸⁸

Bobbio, em linguagem cristalina, demonstra que o problema sequer chega a se colocar diante do estudioso que esteja se dedicando ao problema da relação validade-justiça:

*Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores. Pero también en el caso de quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta para realizar los valores históricos que insiran esse ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado*¹⁸⁹.

Vale dizer: de qualquer forma, a relação entre a Justiça e a Validade estaria na análise da aptidão ou não da norma posta em alcançar os valores (ideais ou históricos) que são consagrados em determinada sociedade. O que se torna inaceitável é a assertiva de que somente o que é justo é válido. Os motivos são bastante claros:

la reducción de la validez a la justicia solo puede llevar a una grave consecuencia: a la destrucción de uno de los valores fundamentales y básicos para el derecho positivo,(esto es el

¹⁸⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 207.

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 20.

derecho válido), el valor de la certeza. En efecto, si la distinción entre lo justo y lo injusto no es universal, hay que plantearse este problema: a quién corresponde establecer lo que es justo y lo que es injusto? Hay dos respuestas posibles: a) corresponde a quien o a quienes detentan el poder; pero esta respuesta es aberrante, porque en este caso si bien se conserva la certeza del derecho, se convierte la doctrina que resuelve la validez en justicia en la doctrina completamente opuesta, esto es, en la que resuelve la justicia en validez, comoquiera que reconoce como justo lo que es ordenado; b) corresponde a todos los ciudadanos; en este caso, puesto que los criterios de justicia son diversos e irreductibles, al ciudadano que desobedeciere la ley por considerarla injusta, y por injusta inválida, los gobernantes nos podrían objetar nada, y la seguridad de la convivencia civil dentro de la ley quedaría completamente destruida.¹⁹⁰

A validade da norma jurídica, em Bobbio, é um problema de existência, exatamente como na doutrina de Kelsen. Na obra já multicitada, podemos ler que *“el problema de la validez es el problema del existencia de la regla en cuanto tal. (...) Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica”*.¹⁹¹

Kelsen foi bastante específico neste aspecto, deixando registrado em sua Teoria Pura do Direito: *“Com a palavra ‘vigência’ designamos a existência específica de uma norma”*.¹⁹²

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. Idem, p. 29.

¹⁹¹ BOBBIO, Norberto. Idem, p. 21.

¹⁹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 11.

Assim é que como a própria denominação *norma jurídica* para os dois pensadores só existe para aquelas normas que estão inseridas em um ordenamento jurídico, restando ausente qualquer critério distintivo da norma individualmente considerada, a vigência da norma (sinônimo de validade para Kelsen) se confunde com a própria existência da mesma. E isso quer dizer que uma norma é válida quando está inserida no sistema normativo: ou, por outras palavras, quando encontra seu fundamento de validade último na norma hipotética (*ou fictícia*¹⁹³) fundamental.

Exatamente por encarar a validade como a própria existência da norma jurídica é que Bobbio reputa estar o seu estudo, por ser uma investigação jurídica, adstrito à Teoria Geral do Direito¹⁹⁴. A filosofia do Direito encarada como teoria da justiça restaria envolvida com a *Justiça* da norma jurídica, e a *sociologia jurídica* cuidaria do aspecto referente à eficácia dessas mesmas normas.

Esse é um ponto crucial. Distancia-se Bobbio da concepção de Kelsen quando as relações entre validade e eficácia. No decorrer da exposição acerca da doutrina do ilustre jurista de Viena, viu-se que a ótica de Bobbio parece ser a única aceitável para contornar o paradoxo que inadvertidamente

¹⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 328.

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 25.

Kelsen se envereda, quando silencia sobre os limites (teoria dinâmica) da influência da eficácia na validade como *prova* da rígida separação entre *ser* e *dever ser*.

Cabe aqui, para finalizar, deixar frisado que Bobbio elenca três condições para que uma norma seja considerada válida:

1. *Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas, es decir normas vinculantes en esse determinado ordenamiento jurídico (esta investigación conduce inevitablemente a remontarse a la norma fundamental, que es la base de la validez de todas las normas de un determinado sistema).*
2. *Comprobar si no há sido derogada, comoquiera que una norma puede haber sido válida, en el sentido de haber sido promulgada por un poder autorizado para hacerlo, pero esto no quiere decir que lo sea todavía, lo que sucede cuando una norma posterior en el tiempo la há derogado expresamente o há regulado la misma materia.*
3. *Comprobar que no sea incompatible com otras normas del sistema (lo que también se llama derogación implícita), particularmente com una norma jerárquicamente superior (una norma consitucional es superior a una ley ordinaria en una constitución rígida) o com una norma posterior, comoquiera que en todo ordenamiento jurídico rige el principio de que dos normas incompatibles no pueden ser válidas a un mismo tiempo (así como en un sistema científico dos proposiciones contradictorias no pueden ser válidas).¹⁹⁵*

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 20.

O que se quer deixar consignado é que inexistente, como se veio de ver, o requisito *mínimo de eficácia* para a validade da norma jurídica no pensamento bobbiano que é expresso: “la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia”¹⁹⁶. A separação entre os mundos do ser e do dever-ser é muito mais criteriosa exposta dessa forma. Como visto, a doutrina kelseniana de eficácia mínima como condição (e não como fundamento) da validade macula a tentativa de uma *Teoria Pura*, em sua perseguição ao ideal de exatidão.

A eficácia da norma jurídica, como já salientado acima, é um problema da sociologia jurídica. Refere-se ao respeito à norma jurídica ou, em caso contrário, na reação do ordenamento jurídico contra a violação.

O que mais nos importa no presente estudo é a opinião independente de Bobbio, exposta na *Teoría General del Derecho*, que aduz ser absolutamente possível uma norma existir (ser válida) mesmo sem ter eficácia:

Una norma puede ser válida sin ser eficaz. El caso de las leyes sobre la prohibición de bebidas alcohólicas en los Estados Unidos de América, que rigieron entre las dos guerras mundiales, se cita como el más sonado. Se dice que el consumo de bebidas alcohólicas durante el régimen de prohibición no fue inferior al consumo del período inmediatamente posterior, cuando se levantó la prohibición. Ciertamente se trataba de

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. Idem, p. 22.

*leyes “válidas”, en cuanto emanaban de los órganos competentes para esta función, pero no eran eficaces. Sin ir muy lejos, muchos artículos de la Constitución italiana no han sido aplicados hasta hoy. Qué significa la tan a menudo deplorado desaplicación de la Constitución? Significa que nos encontramos ante normas jurídicas que, aun siendo válidas, esto es, existentes como normas, no son eficaces.*¹⁹⁷

Como foi exposto, sob o prisma kelseniano a conclusão seria outra: as normas inobservadas durante o período mencionado por Bobbio no texto acima, seriam pura e simplesmente consideradas não-válidas, por carentes do *mínimo de eficácia*. Os problemas acarretados por essa terminologia foram expostos acima. Sem a certeza do que seja “*mínimo*” – tarefa inviável pela própria essência da palavra – prejudicada estaria a tarefa do cientista, em seu aspecto da certeza e exatidão.

2. Conclusões

O objetivo perseguido pela pureza metodológica de Hans Kelsen é de importância ímpar no pensamento jurídico. Início de uma batalha gigantesca entre positivistas e jusnaturalistas, não há como se negar que a obra kelseniana tem o mérito de ter instigado para a discussão até os espíritos mais afeiçoados ao comodismo.

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. Idem, p. 23.

O celeuma da Justiça na ciência do Direito foi exposta sem precisar de reparos, na obra de Bobbio: os conceitos ideais da justiça não são acessível aos sentidos; em sendo assim, somente uma atitude insensata poderia subordinar a validade do Direito a sua Justiça. Quem diria o que é o Justo? O Estado? Mas então o fundamento de validade voltaria a ser formal... Dentro de um discurso exclusivamente científico do Direito, que exclua o momento da aplicação do Direito de sua atenção, a Justiça é problema que ainda não se põe.

O corte epistemológico, que busca encontrar na norma jurídica válida o único objeto de atenção dos juristas, relegando os demais para outras áreas do conhecimento humano, ainda se sustenta perfeitamente, desde que seja compreendida a diferença entre a *teoria estática* e a *teoria dinâmica* do Direito. O móvel da maioria das confusões está na identificação incorreta entre *sistema* e *teoria dinâmica*.

Como já apontado no corpo do trabalho, o Direito é sempre um *sistema dinâmico*. E isso porque as normas que o compõe não podem ser extraídas umas das outras, através de uma operação lógica de geral para particular. Esse tipo de regras existe em sistemas como a religião: se é regra superior em certo sistema religioso que a vida humana é intocável, poder-se-á

concluir, sem margem de erro, que a pena de morte é medida contrária a esse dogma religioso. Trata-se de norma extraída através de simples operação mental da norma superior que a precede.

A gênese do Direito não pode ser assim compreendida. As normas jurídicas tem fundamento de validade na norma superior, mas seu conteúdo não tem referência necessária ao escalão normativa acima.

Sendo sempre o Direito um *sistema dinâmica*, urge perceber que esse *sistema* pode ser descrito através de duas perspectivas: uma *estática* e outra *dinâmica*. Aqui sim podemos falar na existência de duas teorias: a *teoria estática* e a *teoria dinâmica*. O Direito é fenômeno restrito a alguma delas.

Sob o enfoque estático, o Direito representa um conjunto de norma jurídicas editadas por autoridade competente. Descrito sob o prisma da *teoria dinâmica*, já o fenômeno jurídico leva em conta os atos de produção e aplicação dessas normas jurídicas criadas por autoridades competentes.

É o próprio Kelsen quem nos dá essas lições. No decorrer do estudo, procurou-se demonstrar que sob o ângulo da *teoria estática* do Direito, perfeitamente válida é a afirmação de que o *sein* e o *sollen* não tem relação

necessária, restando válida a norma jurídica sem qualquer referibilidade ao real. Isso tudo já que, sob tal prisma, a validade da norma jurídica reside apenas em sua edição por autoridade competente e na existência do fundamento último de validade.

Por outro lado, parece inviável a tarefa de uma ciência jurídica pura quando o Direito é encarado sob o prisma da *teoria dinâmica*. Como exposto, se o corte epistemológico busca eliminar qualquer vestígio do mundo do ser na ciência jurídica, porque este diz respeito à outras disciplinas, como se poderia descrever a norma jurídica sem referência à eficácia fática da mesma, já que esta é, para Kelsen, necessária para a própria existência da norma? Qual seria o sentido na tarefa da doutrina jurídica, se se afirmasse que lhe cabe descrever com neutralidade a norma jurídica, sem qualquer referência ao plano fático, se a própria existência do objeto subordina-se a condição do plano real (a eficácia)?

Desta forma, abre-se duas alternativas: ou se encara a *teoria pura* como sendo destinada exclusivamente ao fenômeno jurídico quando captado pelo prisma estático ou, de outra maneira, conclui-se que a separação entre “ser” e “dever ser” não foi satisfatoriamente alcançada pela doutrina de Kelsen. Posicionamo-nos pela primeira assertiva. E os motivos são expostos na própria

obra de Hans Kelsen que, de forma mais ou menos clara, sempre viu-se obrigado a reconhecer as implicações entre os dois mundos.

Caberia, assim, a Jurisprudência Sociológica o estudo do Direito sob o prisma dinâmico e a Jurisprudência Normativa (a chamada ciência jurídica pura) a descrição, pelo método avalorativo, do Direito visto exclusivamente como um conjunto de normas jurídicas com mesmo fundamento de validade.

Por fim, a idéia de “mínimo” de eficácia não tem o condão de se sustentar em um discurso científico. Como visto, trata-se de termo absolutamente impreciso. É este mais um motivo para relegar o problema da eficácia para além dos limites da *teoria pura*: o sociólogo do Direito ou o aplicador da norma pode cumprir o desejo de Miguel Reale, apontado no decorrer deste estudo, que afirmava ser necessária uma mitigação das normas que sofrem de “repulsa” do corpo social. Dentro dos limites estritos de uma análise científica, porém, subordinar a própria existência do objeto do doutrinador a um conceito indeterminado (“mínimo”), é matar no berço qualquer tentativa de um discurso lógico e exato, desejos sempre renovados pela doutrina Kelseniana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, Bugallo Alejandro. *Pressupostos epistemológicos para o estudo científico do Direito*. São Paulo: Resenha Universitária, 1.976.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed., São Paulo: Livraria e Editora Jurídica Senador, 1.998.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 8. ed., v. II, Brasília: Editora UnB, 1.995, 2 v.
- . *Estado, governo, sociedade – para uma teoria geral da política*. 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1.995.
- . *O positivismo jurídico – lições preliminares de filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1.995.
- . *Teoria general del Derecho*. Tradução espanhola de Eduardo Rozo Acuña. Bogotá: Editora Temis, 1.987.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 1999.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Kelsen y la crisis de la ciencia juridica*. Barcelona: Editora Ariel, 1.978.
- CITATI, Pietro. *Goethe*. Tradução de Rosa Freire D'Aguiar, São Paulo: Companhia das Letras, 1.996.
- CORREA, Oscar. *El outro Kelsen*. México: Editora Universidad Nacional Autónoma de México, 1.989.
- CRISPIN, Luiz Augusto. *Estudos preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.997.

- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2.ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1.991.
- DUJOUNE, Léon. *La filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Omeba, 1.963.
- DURANT, Will. *Nossa herança oriental*. New York: Editora Record, 1935.
- EMERSON, Ralph Waldo. *Ensaio*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1.994.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 3.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1.999.
- FRANKLIN, Benjamin. *Autobiografia*. Coleção Universidade de Bolso, Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint .
- FREUD, Sigmund. *Conferências introdutórias sobre psicanálise (partes I e II)*. 2. ed., v. XV, Rio de Janeiro: Editora Imago, 1.988.
- . *O mal-estar na civilização*. 2. ed., v. XXI, Rio de Janeiro: Editora Imago, 1.988.
- GUIBOURG, Ricardo. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Austrea, 1.986.
- GUIBOURG, Ricardo; GUARINONI, Alejandro. *Introducción al conocimiento jurídico*. Buenos Aires: Editorial Austrea, 1.984.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 18. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1.995.
- HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas*. Coleção *Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1.996.
- INGENIEROS, José. *O homem medíocre*. Rio de Janeiro: Editora Científica Rio.
- KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoria Pura del Derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1.969.

------. *O problema da Justiça - introdução de Mário G. Lasano.* 2. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1.996.

------. *Teoria geral do Direito e do Estado.* São Paulo: Editora Martins Fontes, 1.995.

------. *Teoria geral das Normas, Introdução.* Tradução de José Florentino Duarte., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

------. *Teoria geral do Direito e do Estado.* 2. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995.

------. *Teoria Pura do Direito.* 5.ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1.996.

MALRAUX, André. *A vida de Napoleão por ele mesmo.* Tradução Joana Angélica d'Avila Melo, São Paulo: Editora Siciliano, 1.995.

MARIN, Rafael Hernández. *Teoria general del Derecho y de la ciência jurídica.* Primeira edición. Barcelona: Editora PPU, 1.989.

MÁYNEZ, Eduardo Garcia. *Introduccion al estudio del Derecho.* 30.ed., México: Editora Parrua. S.A., 1.979.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do Bem e do Mal – prelúdio a uma filosofia do futuro.* 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1.998.

------. *Assim falava Zaratustra.* Coleção grandes Mestres do Pensamento, São Paulo: Editora Formar.

------. *Vontade de Potência.* Coleção Universidade de Bolso, Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint.

NUNES, Luiz Antônio. *Manual de introdução ao estudo do Direito.* São Paulo: Editora Saraiva, 1.996.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Acebíades de. *Bobbio e a filosofia dos juristas.* Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1.994.

------. *O novo em Direito e Política.* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1.997.

- PEPÊ, Albano Marcos Bastos; Warat. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1.996.
- POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao Direito*. 2.ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1.998.
- . *Fundamentos do Direito*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – Universidade de São Paulo, 1972.
- . *Lições preliminares de Direito*. 24. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1.998
- . *Visão integral do Direito em Kelsen*. In: PRADO, Luiz Regis e KARAM, Munir. *Estudos de Filosofia do Direito – uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.985.
- REGIS, Luiz e KARAM, Munir. *Estudos de Filosofia do Direito – uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1.994.
- RIBOULET, Louis. *Rumo à Cultura*. Porto Alegre: Editora Globo, 1.945.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Direito nº 2*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1.995.
- SARTRE, Jean-Paul. *A Idade da Razão*. Tradução de Sérgio Milliet, Rio de Janeiro: Editora Nova Cultural, 1.996.
- SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao estudo do Direito*. 3.ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1.995.
- TORANZO, Miguel Villoro. *Lecciones de filosofia del Derecho*. México: Porrúa, 1.973.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1.993.

WARAT, Luiz Alberto. *A pureza do poder*. 2. ed., Florianópolis: Editora UFSC, 1.983.

----- . *O Direito e a sua linguagem*. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1.984.

WILDE, Oscar. *De profundis e outros escritos do cárcere*. Porto Alegre: L&PM Editores S/A, 1.998.

ARTIGO

Artigo publicado em: *Direito n° 2*. p.131-51. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda.,1.995.