

A ÚLTIMA EXPRESSÃO DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN (*)

Alaide Taveiros

Tendo escolhido para tema de nosso trabalho o exame da tese fundamental da Teoria Pura do Direito, afim de apreciá-la em confronto com a última formulação desta, tal como vem compendiada na obra "General Theory of Law and State" (1) escrita por KELSEN nos Estados Unidos, tomamos para ponto de referência as concepções filosóficas expandidas pelo Prof. Miguel Reale na exposição da sua Teoria tri-dimensional do Direito.

I

A obra de Hans KELSEN representa o resultado do esforço desempenhado no sentido de apreender o conceito do Direito em sua forma pura, afim de se conseguir obter uma base segura para a construção de uma Teoria do Direito positivc. Para tal adotou KELSEN o método lógico transcendental que, aplicado ao seu objeto, lhe forneceu os postulados que lhe permitiram proceder a uma "análise da estrutura do direito positivo, a mais exata possível e liberta de qualquer apreciação ético-política de valor." (2).

Quanto ao método, pois, o que desde logo se poderia pretender arguir, é que a aplicação do método lógico transcendental teria, por si só, invalidado todo o esforço de criação de uma *teoria* que se diz científica, como formulação de juízos de realidade com base na observação dos fatos.

Se atentarmos, todavia, para a *estrutura do objeto Direito*, veremos que tal não se dá.

O Direito, formalmente, aparece como uma NORMA.

(*) Trabalho apresentado no Curso de Doutorado, cadeira de Filosofia do Direito.

(1) KELSEN, Hans, "General Theory of Law and State", trad. inglesa Anders Wedberg, Cambridge, Mass., 1949.

(2) KELSEN, "Teoria Pura do Direito, trad. portuguesa de Fernando de Miranda, S. Paulo, 1939, p. 57.

Aliás, este fato, familiar a todos, é de observação comum a todos os lugares e todos os tempos.

É o que ressalta DEWEY (1) em sua *Lógica*, como teoria da pesquisa. Diz ele: “O fato de novas propriedades formais revestirem o objeto, em virtude de sua sujeição a certos tipos de operação,, nos é familiar em certos campos (arte e *Direito*), a despeito da própria idéia correspondente a este fato ser pouco familiar à lógica. Por hipotética que possa ser a concepção de que as *formas lógicas* revestem o material real em virtude do controle exercido sobre as pesquisas afim de que possam estas realizar o seu objetivo, é uma concepção descritiva de algo que existe e pode ser verificado. O desenvolvimento de formas em consequência de operações é um fato estabelecido em certos campos; não é inventado *ad hoc* em relação às formas lógicas”.

É verdade que DEWEY se refere “às formas lógicas” apenas e não “às categorias lógico-transcendentais.”

De fato, KELSEN toma como ponto de partida de suas pesquisas a *doutrina da norma fundamental*, com a qual, segundo suas próprias palavras, “a teoria pura do Direito limita-se a estabelecer as *condições lógica-transcendentais* do método do conhecimento jurídicco positivo usado desde tempos muito antigos, mediante um análise do seu processo real” (4)

E, em sua “Teoria Geral do Estado” (5), fazendo o histórico das suas atividades, que filiou à orientação científica surgida na Alemanha, com VON GERBER, LABAND e JELLINEK, descreve as diretrizes seguidas em seu trabalho teórico, dizendo, quanto ao método adotado, que “estava influenciado, mais ou menos consciente e coerentemente, pela crítica kantiana da razão: dualismo do ser e dever ser; substituição de hipóstases e postulados metafísicos por *categorias transcendentais como condições da experiêncdi*; transformação de antíteses absolutas (por qualitativas e transistemáticas) em diferenças relativas, quantitativas, intra-sistemáticas; passagem da esfera subjetivista do psicologismo para o âmbito de validade lógico-objetiva.”

Pois bem: se por um lado, é possível alegar estar hoje superada a concepção kantiana de que “os conteúdos da percepção e dos conceitos tinham origem em fontes diferentes e, portanto, requeriam uma terceira atividade, a do conhecimento sintético, estabelecendo a sua conexão”, não se pode, todavia, deixar de reco-

(3) DEWEY, John, “LOGIC, The Theory of Inquiry”, New York, 1938, pp. 101, 102.

(4) Teoria pura do Direito, p. 64.

(5) “Teoria General del Estado”, trad. espanhola de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, 1934, Prefácio, p. viii.

nhecer que o racionalismo kantiano teve “uma percepção lógica profunda” da natureza operativa funcional das idéias na apreensão dos dados da experiência quando afirma que isolados os fatos das idéias, “as percepções são cegas e os conceitos vazios” (6).

Alem disso, a despeito de se ter operado a fusão do sujeito e objeto, de tal forma que são hoje o objetos possíveis da teoria do conhecimento tanto os objetos reais, os ideais ou ideados, quanto os culturais (valores), não menos verdade é que os fenômenos do mundo real são regidos pela lei da *causalidade* ao passo que os do mundo do valor, enquanto culturais, são apenas *determinados*.

A causalidade é uma relação de dependência a-temporal e a-espacial; o determinismo é uma relação de dependência temporal, espacial. Os fenômenos do mundo cultural são determinados no sentido de poderem os acontecimentos, produzidos em tempos diferentes, estar ligados por *leis* de modo tal a ser possível a previsão de situações desconhecidas (passadas ou futuras), sem que, entretanto, faça sentido o se indagar “porque?” (no sentido causal (7)).

Todavia, quando duas cousas em conexão entre si são *conceitos*, a dependência significa o que os matemáticos expressam pela palavra “função”: é uma dependência lógica.

Portanto, o que, antes de mais nada, devemos examinar é se, a despeito do superamento da filosofia informadora do método adotado pela Teoria pura, a doutrina da *norma fundamental* — como idéia funcional, ou esquema lógico de interpretação — terá sido fecunda, possibilitando a apreensão do conceito do Direito na sua essência ou especificidade.

Vejam, então, o que é o *juízo hipotético*.

Como categoria transcendental, exprime, como todos os juízos da razão que apreende (Verstand), uma relação: contem proposições ou cláusulas em relação recíproca, mas que, em si, não são verdadeiras ou falsas.

Na lógica, concebida como uma teoria da pesquisa, ou seja, assentada sobre a tese fundamental de que “as formas lógicas revestem o objeto quando este é submetido à pesquisa controlada”, define-o DEWEY como a “possibilidade de um modo de operação expresso sob a forma *se-então*: Se certos conteúdos, então necessariamente certos outros conteúdos” E explica: “Tradicionalmente a cláusula *se* é chamada de antecedente e a cláusula *então* de consequente. *Mas a relação é puramente lógica*, e os termos

(6) DEWEY, ob. cit., p. 111.

(7) BORN, Max “Natural Philosophy of Cause and Chance”, Oxford, 1949, pp. 5-9.

“antecedente” e “consequente” devem ser entendidos *em um sentido lógico* e não de realidade”. E, mais adiante: “Na proposição, “Se um ato de transgressão, *então* responsabilidade por uma pena”, os termos são abstratos e a relação é a-temporal e a-existencial, embora refiram-se os seus conteúdos, as idéias de transgressão e penalidade, indiretamente, à realidade (8).

Portanto, a dependência decorrente dessa relação a-temporal e a-existencial, não é *causal*, mas apenas *funcional* ou lógica, e isso porque as proposições universais so simplesmente a *formulação de operações possíveis*, em termos abstratos.

Assim, diz DEWEY: “Enquanto as operações não forem executadas, a matéria das proposições é, portanto, abstrata ou a-existencial. Tome-se a proposição “Só se os homens forem livres serão condenados com justiça”. Não se afirma a existência de liberdade nem a de condenação justa. Enquanto é possível dizer que a existência de homens é *postulada*, não o é quanto a ser implicada ou expressamente afirmada. A relação afirmada entre liberdade e condenação justa, se de qualquer forma válida, será válida ainda mesmo que os seres humanos sejam varridos da existência. Liberdade, justiça e condenação designam caracteres abstratos. Não obstante a proposição formula operações possíveis que, se realmente executadas, são *aplicadas* à real conduta dos homens de modo a *orientar as observações* em relação às condições e consequências dos reais casos de condenação. Afora uma tal aplicação, a proposição representa apenas uma possibilidade *abstrata dependente da definição de liberdade e justiça* que, quanto à existência, *pode muito bem ser arbitrária*. A proposição pode, pois, ser refutada pelas proposições contrárias “Só se as ações dos homens forem causalmente condicionadas, pode a condenação ser eficaz, e só quando eficaz é justificável. A não ser que *ambas as proposições* sejam empregadas para orientar as operações humana (com relação às condições e às consequências da condenação), *nenhuma razão existe para se decidir a favor* de uma destas duas possibilidade abstratas de preferência à outra” (9).

Portanto, mesmo tendo deixado de ser o *juízo hipotético* uma categoria transcendental ou um “*dever ser*”, para passar a representar uma simples “possibilidade” de um modo de operação expresso sob a forma “*se-então*”, ainda assim é a *forma lógica reversida* pelo objeto *Direito*.

(8) ob. cit., p. 271.

(9) ob. cit., p. 302.

Se assim é, e se, segundo KELSEN, a teoria jurídica pura é uma teoria do Direito positivo, claro está que, tomando como esquema de interpretação a *norma fundamental*, não poderia esta ser formulada senão em termos do Direito positivo. E o conceito de “*positividade*”, tal como o estabelece KELSEN em sua “Teoria Geral do Estado” (10), consiste, apenas, no estabelecimento de “uma *relação* determinada por um *máximo* e um *mínimo* entre o *conteúdo* do Direito (válido como ordem normativa) e o conteúdo da correspondente ordem natural do acontecer efetivo (como um setor da natureza).” Lógicamente é o que se consegue mediante a formulação da proposição contrária refutando a primeira.

Em relação ao método lógico, resta-nos salientar aqui dois pontos importantes: um que diz respeito ao problema da relação entre a proposição universal e a genérica; e outro, relativo ao processo propriamente dito da pesquisa lógica.

Quanto ao primeiro ponto, diz DEWEY: “Uma vez reconhecido que uma proposição universal é a fórmula de uma operação possível, o principal problema lógico sobre tais proposições diz respeito à *sua relação com as proposições genéricas*; isto é, à sua relação com a *determinação dos traços distintivos que descrevem as espécies*. De acordo com o ponto de vista apresentado aqui, a relação é *conjugada*.” (11)

E, em relação ao “processo de pesquisa (lógica) como pesquisa”, diz ainda DEWEY: “... consiste em tratar as proposições gerais, que são formulações dos meios de ação como *hipóteses* — um modo de tratamento equivalente a tratar como *possíveis*, ao invés de exigido ou necessário, os modos de ação formulados. Esta maneira de tratar os conceitos tem o seu *impacto direto* também sobre a formação das espécies. Pois, exige que as bases destas sejam procuradas e as bases devem ser de modo a satisfazer (inclusive e exclusivamente) os requisitos das hipóteses adotadas e empregadas. Uma vez que a realidade é *realidade*, e os fatos sobre a mesma são inflexíveis, os fatos estabelecidos servem para testar a hipótese empregada; de maneira que quando existe reiterada discrepância entre os fatos observados e os requisitos do conceito (hipótese ou teoria), tem-se base material para modificação da hipótese. Existe aqui também um movimento dentro da pesquisa, controlada pelas operações através das quais as situações problemáticas são resolvidas. (12)

(10) ob. cit., p. 24.

(11) ob. cit., p. 274

(12) idem, p. 266

II

A Teoria pura do direito, partindo da observação de que o *fato social* havido como jurídico “recebe o seu sentido e a sua significação propriamente jurídicos em virtude de uma *norma* que a ele se refere, convertendo-o no seu próprio conteúdo; de tal forma que o ato pode ser interpretado em função da *norma* que lhe atribuiu a qualidade jurídica” (13), serviu-se da *norma* como “esquema de interpretação.”

Dentro, pois, do gênero *normativo* em que se inclui o *Direito* vai-se buscar como caracterizar a espécie “jurídica”.

O *dever ser da norma jurídica*, verifica-se não corresponder ao “dever ser” da norma ética. A norma ética reza: “Não mates” A norma jurídica: “*Se matares, serás punido.*” No caso, pois, da norma jurídica, o *dever ser* é apenas a indicação da relação expressa pelo juízo hipotético, isto é, o “enlace” (*imputação*) do antecedente (fato condicionante) com o consequente (ato condicional). É a indicação de *dois deveres*: o *dever* de se abster o indivíduo da ação contrária à conduta desejada; e o DEVER, por parte do órgão estatal competente, de praticar a ação condicionada, ou seja, o ato de coação.

Portanto, se a NORMA indica o gênero próximo, o *ato de coação* é que dá a diferença específica, e, formulada como um *juiz hipotético*, o fato condicionante recebe o nome da “anti-juridicidade” e o ato condicionado o de “consequência jurídica” (o *ato de coação*, a pena).

O *direito* nada mais é, então, que uma *ordem de coação exterior*, ou uma *técnica social* específica, ou ainda *sistema de normas*.

A *validade* das normas jurídicas que fazem parte de um determinado sistema jurídico, não dependerá, portanto, do seu conteúdo, mas, tão somente, do modo pelo qual tiverem sido estabelecidas. A sua *validade* decorre da própria estrutura lógica do sistema de normas no qual se integram: “uma pluralidade de normas constitui uma unidade, um sistema, uma ordem, se a sua *validade* puder ser referida a uma NORMA ÚNICA como último fundamento dessa validade” (14)

Por conseguinte, o problema da Teoria pura é procurar as *bases* que possam satisfazer os requisitos da sua *hipótese*.

(13) Teoria pura do Direito, p. 10.

(14) Teoria pura do Direito, p. 57.

Vejamos, então, como estabelece Kelsen a maneira pela qual terá sido encontrada esta *norma fundamental*, base última da *validade* do sistema.

Na sua “Teoria Pura do Direito”, lemos o seguinte: “ Se se pergunta qual a razão porque um ato de coação qualquer, por exemplo, o fato de um homem tirar a liberdade a outro, metendo-o na cadeia, é um ato jurídico, pertencente a determinado sistema de Direito, a resposta é a seguinte: porque esse ato foi prescrito por uma determinada norma individual, por uma sentença judicial. Se se pergunta ainda porque razão esta norma individual vale como elemento dum determinado sistema jurídico, a resposta é: porque foi criada de harmonia com o Código Penal. E se, posteriormente, se pergunta qual o fundamento da validade desse Código Penal, vai-se parar, no fim de tudo, à Constituição do Estado, de acordo com as prescrições da qual foi criado o Código Penal pelos órgãos competentes e segundo o processo estabelecido na mesma constituição. Mas se perguntarem pelo fundamento da validade da constituição, na qual se baseiam todas as leis e todos os atos jurídicos realizados com base nelas, vai-se parar, talvez, a uma constituição mais antiga e, finalmente, à primeira constituição histórica, outorgada por algum usurpador ou por algum parlamento constituído por qualquer forma. Ora bem: todo o conhecimento da ordem jurídica baseada nesta constituição, tem de partir de um *suposto fundamental*, a saber: que aquilo que o primeiro órgão histórico constituinte organizou como *expressão da sua vontade*, tem valor de norma. “*Deve realizar-se a coação pela forma e nas condições determinadas pelo primeiro legislador constituinte ou pelos órgãos em quem ele delegou*”; é esta a formulação sistemática da norma fundamental de uma ordem jurídica.” . . . “Supondo a validade dessa norma, é também VÁLIDA a ordem jurídica que nela se baseia.” (15)

No mesmo sentido, em sua “General Theory of Law and State”, com omissão da frase, *como expressão da sua vontade*, conforme se vê da transcrição aqui dada da parte final: “ Ultimately we reach some constitution that is the first historically and that was laid down by an individual usurper or by some kind of assembly. The validity of this first constitution is the last presupposition, the final postulate, upon which the validity of all the norms of our legal order depends. It is postulated that *one ought to behave as the individual, or the individuals, who laid down the first constitution have ordained.*” (16)

(15) ob. cit., pp. 62-63.

(16) ob. cit., p. 115.

Estabeleceu-se, por esta forma, o *momento* da criação da ordem jurídica, a sua ORIGEM: coincide com o estabelecimento da primeira CONSTITUIÇÃO; tem *origem*, pois, em um *fato histórico*.

Não se indaga do PORQUE desse fato. Todavia, busca-se a sua *condicionalidade*, uma vez que a eficácia da *ordem jurídica estatal*, assim criada, depende de uma determinada condição, ou seja, da sua *aplicação de fato* uma vez que a *matéria ou conteúdo das proposições do juízo hipotético se concretizam no ato da operação*.

KELSEN, em sua Teoria pura do Direito, já deixa sumariamente indicado ser a *eficácia* um princípio da ordem jurídica internacional, dizendo:

“Se alguém perguntar como é determinado o conteúdo da norma fundamental, a resposta que resulta de uma análise severa das opiniões jurídicas é a seguinte: “de acordo com o *fato* que cria aquela ordem à qual corresponde, até certo ponto, a conduta efetiva dos homens a quem essa ordem se destina.” (17)

E, logo adiante, esclarece ter com isto ficado determinado apenas o conteúdo de uma ORDEM JURÍDICA POSITIVA e não estatal, ou seja, a do Direito internacional. E isso porque é o Direito internacional que determina:

“1.º — que uma *ordem coativa diretamente subordinada ao direito internacional é legítima*, ou, por outras palavras, que a comunidade constituída por essa ordem é considerada um *estado pelo* Direito internacional, precisamente naquele *território em que, de forma permanente, a ordem exerce uma influência real*; 2º — que aquele GOVERNO que alcançou o poder em consequência de uma revolução ou de um golpe de Estado, também deve considerar-se como *Governo legítimo* em face do Direito internacional, *se for capaz de obter uma obediência durável para as normas por ele estabelecidas*. Este princípio é que determina a norma fundamental de uma ordem jurídica estatal.” (18)

(17) ob. cit., p. 65

(18) idem, p. 66

A despeito de haver declarado que o ESTADO, no sentido do Direito internacional, é aquela *ordem estabelecida de forma permanente por um governo que ali exerce influência real*, governo esse que se legitima tão somente por esse fato, independentemente dos meios de que tenha lançado mão para se impôr, todavia, conforme se verificará adiante, a partir do momento em que se constituiu a *Ordem Jurídica*, fica instituído o *Princípio da Autoridade*. Dai por diante a *Soberania* é do *Direito* e não mais da FORÇA.

É o que se percebe claramente dos termos em que estabeleceu KELSEN o aparecimento da *norma fundamental*, na sua “Teoria Geral do Estado”:

“Se se indagar da razão pela qual determinado fato concreto, ou determinada ação humana (por exemplo, uma ordem, um contrato, um ato de coação) é um ato jurídico; da razão pela qual este ato pertence a determinada ordem jurídica, à ordem jurídica de determinado Estado, quer dizer, em virtude da qual deve ser explicado como ato dessa ordem jurídica, a resposta consiste em se dizer *estar esse fato particular relacionado com uma norma geral da qual representa a concretização* constituindo a norma, ao mesmo tempo, uma das proposições jurídicas do sistema em questão.

E se ulteriormente se indagar porque esta norma é uma *proposição jurídica*, e uma *proposição jurídica de determinado sistema*, chegar-se-á, através de um número maior ou menor de etapas intermédias, a verificar que essa norma — quer dizer, a lei, em sentido técnico — foi estabelecida por uma determinada autoridade; por tal monarca ou tal parlamento, com atribuições para fazê-lo. E se indagarmos ainda da razão pela qual justamente este fato serve de fundamento do carácter jurídico, quer dizer, da circunstância de pertencerem à ordem jurídica de determinado Estado quantos fatos estiverem em relação com a mesma, encontramos, partindo do pressuposto básico desta argumentação, ante uma “*norma fundamental*”; ou, em outros termos: tal norma estabelece como *suprema autoridade legislativa* o monarca, o parlamento, o povo. Para além dessa norma fundamental, para além dessa proposição jurídica ordinária, não se pode indagar de fundamento ulterior, em virtude precisamente de seu carácter de “pressuposto”.

É neste pressuposto básico é que se encontram as raízes do que se chama *Soberania* da ordem jurídica estatal, consubstanciada por tal norma fundamental.” (19).

É por isso que Kelsen diz que o “Direito regula a sua própria criação”, esclarecendo que “a unidade da ordem jurídica consiste em um encadeamento de atos de criação”. Todavia, o sistema de normas de Direito, não é um sistema de normas coordenadas, “colocadas ao lado umas das outras, mas uma série escalonada de diferentes zonas normativas, que, em esquema, podemos apresentar da forma seguinte: o grau supremo de uma ordem jurídica estatal é formado pela constituição— no sentido material da palavra —, cuja função essencial consiste em determinar os órgãos e o processo de criação das normas jurídicas gerais, quer dizer, da legislação. O grau imediato é constituído pelas normas gerais criadas pelo processo legislativo, cuja função consiste não só em determinar os órgãos e o processo, mas também, em essência, o conteúdo das normas individuais, criadas ordinariamente pelos tribunais e autoridades administrativas. *Uma norma geral*, que relaciona um fato abstratamente determinado com uma consequência determinada, também, em abstrato, *necessita de ser individualizada para ter sentido*. É preciso verificar se se deu ou não *in concreto* um fato que a norma geral determinou *in abstrato*, e para este caso concreto precisa de realizar um ato concreto de coação, isto é, precisa em primeiro lugar determiná-lo e, depois, realizá-lo, aplicando as *determinações abstratas da norma geral*.” (20)

Esta a função do *Poder Judicial*, função que representa a continuação do processo de criação jurídica do geral para o individual: individualização ou concretização da norma jurídica geral ou abstrata.

É nisto que consiste a *justiça*. *Justiça* significa a manutenção de uma ordem positiva pela conscienciosa aplicação da mesma. É a justiça “sob a lei”. A declaração de que o comportamento de um indivíduo é “justo” ou “injusto” no sentido de “legal” ou “ilegal” significa que o comportamento corresponde ou não a uma *norma legal pressuposta válida* pelo indivíduo que *julga* porque esta norma pertence a uma ordem legal positiva. Esta declaração tem logicamente o mesmo carácter de uma proposição na qual um fenómeno concreto está implícito em um conceito abstrato.” (21)

(19) ob. cit., pp. 135-136.

(20) “Teoria pura do Direito”, p. 67

(21) “General Theory of Law and State”, p. 14

O fato da concretização de uma norma, que para Kelsen representa um ato de criação do direito, é o que em linguagem comum significa *validade da lei*, ou a *eficácia do direito*, usadas ambas as expressões como sinônimas.

Todavia, o sentido da linguagem comum não corresponde ao sentido técnico em que estas expressões são empregadas na Teoria pura, uma vez que para esta, *validade* corresponde a um ato de execução do direito ou de criação de uma norma individual, enquanto *eficácia* correspondente ao momento da *criação do direito*, ao estabelecimento de uma *ordem parcial* ou nacional.

KELSEN explana, da seguinte forma, o que seja este *princípio de eficácia*:

“De acordo com este princípio do Direito internacional uma autoridade *realmente* estabelecida é o *governo legítimo*, a ordem coercitiva decretada por este governo a *ordem jurídica*, e a comunidade constituída por esta ordem, um ESTADO no sentido do Direito Internacional, na medida que esta ordem é *de uma maneira geral eficaz*. Este princípio geral é uma *norma positiva* do Direito Internacional que, aplicada às circunstâncias concretas de uma ordem jurídica nacional individual, estabelece a norma individual dessa ordem jurídica nacional. Portanto, as normas básicas das diferentes ordens jurídicas nacionais baseiam-se em uma *norma geral* da ordem jurídica internacional.” (22)

E estabelece, então, a sua tese:

“Se concebemos o Direito internacional como *uma ordem jurídica à qual se subordinam todos os estados* (e isto significa todas as ordens jurídicas nacionais), então a *norma básica* da ordem jurídica nacional não é uma mera hipótese da reflexão jurídica, mas uma *norma jurídica positiva*, uma norma do Direito Internacional aplicada à ordem jurídica de um Estado concreto. Admitindo-se o primado do Direito internacional sobre o direito nacional, o problema da *norma básica* desloca-se da ordem jurídica nacional para a ordem jurídica internacional. Então, a *única norma básica verdadeira*,

(22) “General Theory of Law and State”, pp. 121-122

norma que não é criada por um processo jurídico, mas pressuposto pela reflexão jurídica, é a norma do direito internacional.” (23).

E, não sendo o Direito internacional um direito estatal, mas apenas uma ordem jurídica positiva, a norma básica do Direito Internacional *deve ser a norma que favorece o costume como um fato gerador de uma norma*, e, diz KELSEN, esta pode ser formulada assim: “os estados devem conduzir-se como de costume se tem comportado.” (24).

E, embora tenha declarado KELSEN, na sua “General Theory of Law and State”, escrita nos Estados Unidos, que o “princípio da eficácia pode, entretanto, ser adotado em uma certa extensão também pelo direito nacional e, assim, dentro da ordem nacional jurídica a validade de uma norma particular pode depender da sua eficácia”, como no caso de “poder uma norma jurídica perder a sua validade pelo desuso” (25), isso não significa, de modo algum, uma modificação de ponto de vista em relação à Validade como correspondendo ao ato de execução da norma e, EFICÁCIA como ato de criação da ordem jurídica.

Realmente, no parágrafo anterior àquela acima transcrito, declarou KELSEN explicitamente: “O fato da validade de uma ordem jurídica depender da sua eficácia não implica, conforme já se salientou, que a validade de uma norma particular dependa da sua eficácia. A norma jurídica particular permanece válida enquanto for parte de uma ordem válida. A questão de se saber se uma norma particular é válida é respondida recorrendo-se à primeira constituição. Se válida esta, então todas as normas criadas de uma maneira constitucional são também válidas. O princípio da eficácia, corporificado no Direito internacional, refere-se imediatamente apenas à primeira constituição da ordem jurídica nacional e, portanto, a esta ordem apenas como um todo.” (26)

Aliás havendo KELSEN, na obra em questão, apresentando uma reformulação da sua teoria pura com as vistas voltadas para a realidade anglo-saxônica do Direito, era natural que tivesse levado em conta as peculiaridades jurídicas de um direito não codificado, dos “case-law” Não poderia, pois, deixar de analisar a fundo o caso do “desuso”, que definiu como “o efeito jurídico negativo do costume” Ora, assim como a norma pode ser criada pelo costume, um costume contrário pode anulá-la. Mas, ainda assim, diz KELSEN,

(23) *ibidem*.

(24) “General Theory of Law and State”, p. 369

(25) *idem*. p. 122

(26) *ibidem*

“será um erro identificar a validade com a eficácia da norma; estas continuam sendo dois fenômenos diferentes. A norma anulada pelo desuso foi válida durante um lapso considerável de tempo sem ter sido eficaz. Só uma falta duradoura de eficácia é que põe fim à validade.” E conclui: “A relação entre validade e eficácia parece, pois, ser a seguinte: Uma norma é uma norma legal válida se: (a) foi criada segundo o modo determinado pela ordem jurídica à qual pertence, e (b) se não tiver sido anulada, seja pela forma determinada pela referida ordem jurídica, seja por meio do desuso, seja em virtude do fato de haver a ordem jurídica, como um todo, perdido a sua eficácia.” (27)

Por conseguinte, de acordo com a tese do primado do direito internacional, defendida por KELSEN, a única *norma básica* verdadeira, porque fundada no *costume* e, portanto, apreendida na realidade, é a *norma básica* do Direito internacional.

Historicamente o Direito internacional surgiu no período subsequente ao declínio do Santo Império Germânico e à cisão da Igreja cristã — ambos impérios esses sob cujo domínio tinham sido reunidos os estados europeus em uma comunidade jurídica superior —, como resultado da necessidade de se pôr ordem no caos reinante nas relações recíprocas dos estados nacionais, então nascentes.

A função primária do Direito internacional consiste, assim, em delimitar as esferas de validade espacial-temporal e material-pessoal das ordens jurídicas dos Estados uns em relação aos outros, coordenado-as, ou seja, tornar possível a convivência pacífica da família das nações. Em resumo, a substituição do *império da força* pela *ordem de direito*.

III

Através do princípio da eficácia efetiva KELSEN a passagem da esfera normativa abstrata, onde as relações estabelecidas são apenas logicamente necessárias, para a esfera do normativismo real da conduta humana, com o seu conteúdo causal e cultural.

O movimento circular da análise procedida pela Teoria pura do Direito foi um movimento dentro da pesquisa “controlada pelas operações através das quais as situações problemáticas são resolvidas.”

A solução dessas situações problemáticas é que, na opinião dos contraditores e críticos da Teoria pura do Direito, importaram no “esvaziamento do conteúdo do Direito”, de tal modo que KELSEN o teria reduzido a uma simples *norma*.

(27) *idem*, pp. 119-120.

Confundiram, assim, a hipótese de trabalho adotado por KELSEN, na pesquisa do seu objeto, com o próprio objeto.

De fato, a *norma fundamental* foi utilizada apenas como “*esquema de interpretação*” na análise das situações problemáticas a resolver.

E os resultados obtidos provaram a excelência da hipótese adotada, permitindo, assim, à Teoria pura definir o *direito* como um *sistema de normas*.

A definição é rigorosamente exata.

Se em termos da lógica aristotélica (sem as deturpações que lhe foram introduzidas na Idade Média), a “definição é a forma que a essência toma *quando* conhecida”, e, neste sentido, “longe de ser verbal, ou mesmo um processo conveniente ou produto do “pensamento”, é a garra cognitiva daquilo que define (assinala) a substância ontológica” (28), atualmente o valor da definição reside todo no fato de, conforme diz DEWEY, serem instituídos os significados dos *conceitos* tendo em vista representar *possibilidades* de solução. E só estarão os conceitos em condições de preencher esta tarefa quando redutíveis a caracteres *necessariamente inter-relacionados* exatamente porque constituem a análise de uma *única concepção*. “O valor (validade) de qualquer análise de determinada noção — *sendo esta análise a definição* — é finalmente fixado pela capacidade de instituírem os caracteres inter-relacionados uma série de *rigorosa substituições no discurso*.” (29).

E foi exatamente o que consegui a Teoria pura do Direito, com a sua hipótese de trabalho e o método lógico.

Longe, pois, de esvaziar o “conteúdo do Direito”, tornou possível o ingresso, nessa província, de todos os *valores*, ou de todos objetos vetoriais.

A condição única imposta é a de se conter a conduta humana dentro de certos limites — superior e inferior — prefixados.

De fato, diz KELSEN “o *conteúdo* de uma norma básica é determinado pelos fatos, através dos quais uma ordem é criada e aplicada e à qual, *em geral*, se conforma o comportamento dos indivíduos regidos por essa ordem. Não se exige que o *comportamento de fato*, dos indivíduos, esteja em absoluta conformidade com a ordem. Ao contrário, um certo antagonismo entre a ordem normativa e o *real comportamento humano*, ao qual se referem as normas da ordem, deve ser possível. *Sem uma tal possibilidade*, a ordem normativa perderia completamente o sentido. O que acon-

(28) DEWEY. *ob cit.*, p. 86.

(29) *idem*, p. 343

tece necessariamente sob as leis da natureza não deve ser prescrito por normas: *A norma básica de uma ordem social com a qual o real comportamento dos indivíduos se conformasse sempre e sem excepção rezaria o seguinte: Os homens devem conduzir-se tal como de fato se conduzem, ou: debes fazer o que realmente fazes.* Tal ordem teria tão pouco sentido quanto uma ordem *com a qual o comportamento humano não se conformasse de modo algum*, mas fosse contrariada sempre e a respeito de tudo.” E, conclue: “A relação existente entre a *validade* e a *eficácia* de uma ordem jurídica — ou seja, por assim dizer, a TENSÃO entre o “*dever ser*” e o *ser* — só pode ser determinada por uma *linha fronteira superior e inferior*. A concordância não deve exceder um certo máximo e não cair abaixo de um certo mínimo.” (30)

É o princípio da *eficácia* que na esfera estatal, ou na ordem jurídica nacional, se traduz no conceito de *positividade*, desenvolvido por KELSEN na sua “Teoria Geral do Estado” como segue: “Entre o conteúdo do dever ser, que é o do sistema “Estado” (quer dizer, da ordem normativa do Estado como ordem jurídica) e o conteúdo do ser (que é o sistema da ordem da natureza submetida ao causalismo cego) *devem ser possíveis certas antiteses*. Uma norma cujo conteúdo estivesse de tal modo determinado que o conteúdo do ser, do acontecer efetivo, jamais estivesse em *contradição* com aquela — como a norma *debes fazer o que quizeres* — teria perdido seu sentido normativo específico.” E acrescenta: “A *investigação orientada no sentido de averiguar a relação entre o conteúdos de ambos os sistemas heterogêneos, tem de limitar-se e marcar um limite superior e um inferior*: os conteúdos de ambos sistemas não são totalmente coincidentes, nem divergentes de modo absoluto. A tensão não pode ultrapassar um máximo — pois, neste caso perderia todo sentido a hipótese de um sistema de “Direito” autônomo — mas também não pode ir além de um mínimo, porque, então, desapareceria *toda possibilidade de se utilizar o sistema de direito como medida de valoração da conduta real do homem*, dos conteúdos do sistema natural. Esta relação, é a que se traduz no conceito de *positividade*.” (31)

Um exemplo apenas, à guisa de ilustração.

Tratando do problema da *Soberania* do Estado em confronto com o conceito de liberdade da vontade, diz o seguinte: “A hipótese da liberdade tem, antes do mais, o sentido puramente negativo de uma repulsa à determinação pela lei da causalidade, pois, esta

(30) “General Theory of Law and State”, p. 120

(31) *ob. cit.*, p. 24

legalidade é totalmente estranha ao reino do dever ser. Mas, *positivamente significa e afirmação de uma relação de imputação*. Todo mundo sabe que a “liberdade” e a “imputação” são cousas correlatas. Pois bem, é *preciso inverter os termos da conexão*, e em lugar de dizer que a uma pessoa só se pode imputar algo *porque e enquanto livre*, dever-se-á afirmar que *uma pessoa só é livre porque e enquanto algo lhe é imputado*; na medida, pois, que constitui um centro de imputação, um ponto último da imputação. Embora a *liberdade da vontade*, no sentido de ponto último da imputação, *possua um sentido aceitável*, inteiramente compatível com a determinação causal da vontade psicológica, antes do mais deve-se advertir que só é possível admitir uma liberdade absoluta da personalidade individual do ponto de vista de uma teoria ética que veja no indivíduo o mais alto valor, o único “portador” de todas as normas morais. Não temos de discutir aqui se tal ética individualista é possível e até que ponto. *Perante a ordem jurídica*, a pessoa individual, a pessoa física, *só pode aparecer como relativamente livre*; não pode constituir senão um *centro provisório*, não definitivo de imputação, enquanto estiver em relação com a ordem jurídica: justamente naquela relação de unidade em virtude da qual entra na esfera do conhecimento jurídico e é conhecida como *Direito*, como ordem jurídica parcial.” (32)

A partir, pois, do momento em que o Direito estabeleceu limites à *liberdade* individual é que esta se transformou em *valor*. De fato, só quando unida à *responsabilidade* é que a *liberdade* adquire *socialmente* um sentido.

Eis como o valor se insere na Teoria pura do Direito.

(32) “Teoria Geral do Estado”, pp. 99-95