

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O Princípio da Efetividade  
como conteúdo da norma  
fundamental (*grundnorm*) de  
Kelsen**

**The Principle of Effectiveness as  
content of Kelsen's Fundamental  
Norm**

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Renata Mantovani de Lima

# Sumário

<b>CRÔNICAS DA ATUALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL .....</b>	<b>2</b>
Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima, Carina Costa de Oliveira e Erika Braga	
<b>CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS .....</b>	<b>12</b>
Nitish Monebhurrun	
<b>POR QUE VOLTAR A Kelsen, O JURISTA DO SÉCULO XX ? .....</b>	<b>16</b>
Inocêncio Mártires Coelho	
<b>O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE COMO CONTEÚDO DA NORMA FUNDAMENTAL (GRUNDNORM) DE Kelsen .....</b>	<b>45</b>
Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Mantovani de Lima	
<b>A JURIDIFICAÇÃO DE CONFLITOS POLÍTICOS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÂNEO: UMA LEITURA POLÍTICA DA PAZ PELO DIREITO DE HANS Kelsen A PARTIR DO PENSAMENTO POLÍTICO DE CLAUDE Lefort .....</b>	<b>57</b>
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
<b>O SINCRETISMO TEÓRICO NA APROPRIAÇÃO DAS TEORIAS MONISTA E DUALISTA E SUA QUESTIONÁVEL UTILIDADE COMO CRITÉRIO PARA A CLASSIFICAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS.....</b>	<b>78</b>
Breno Baía Magalhães	
<b>DIREITO GLOBAL EM PEDAÇOS: FRAGMENTAÇÃO, REGIMES E PLURALISMO .....</b>	<b>98</b>
Salem Hikmat Nasser	
<b>POR UMA TEORIA JURÍDICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: A INTER-RELAÇÃO DIREITO INTERNO, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO DA INTEGRAÇÃO .....</b>	<b>139</b>
Jamil Bergamaschine Mata Diz e Augusto Jaeger Júnior	
<b>A TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE COM BASE NA AMÉRICA LATINA.....</b>	<b>160</b>
Daniela Menengoti Ribeiro e Malu Romancini	

<b>O DIÁLOGO HERMENÊUTICO E A PERGUNTA ADEQUADA À APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CAMINHOS PARA O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....</b>	<b>176</b>
Rafael Fonseca Ferreira e Celine Barreto Anadon	
<b>O DIREITO COMPARADO NO STF: INTERNACIONALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA .....</b>	<b>194</b>
Carlos Bastide Horbach	
<b>THE PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW IN CONTEMPORARY SCHOLARSHIP: OVERCOMING NEGLIGENCE THROUGH THE GLOBAL EXPANSION OF HUMAN RIGHTS .....</b>	<b>212</b>
Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos e Vinícius Machado Calixto	
<b>OPORTUNIDADES E DESAFIOS DAS TWAIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO A PARTIR DE PERSPECTIVAS DOS POVOS INDÍGENAS AO DIREITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>227</b>
Fernanda Cristina de Oliveira Franco	
<b>POR QUE UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO? DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO MÉTODO NO BRASIL.....</b>	<b>246</b>
Gustavo Ferreira Ribeiro e Jose Guilherme Moreno Caiado	
<b>ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>263</b>
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
<b>RACIONALIDADE ECONÔMICA E OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO.....</b>	<b>284</b>
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
<b>LOOKING FOR A BRICS PERSPECTIVE ON INTERNATIONAL LAW .....</b>	<b>304</b>
Gabriel Webber Ziero	
<b>A INFLUÊNCIA DO DIREITO DESPORTIVO TRANSNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA REPRODUÇÃO DE NORMAS À APLICAÇÃO DIRETA PELA JURISDIÇÃO ESTATAL.....</b>	<b>324</b>
Tiago Silveira de Faria	
<b>CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A APLICAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS .....</b>	<b>342</b>
Alexander Perazo Nunes de Carvalho	

<b>NATIONAL JUDGES AND COURTS AS INSTITUTIONS FOR GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE .....</b>	<b>356</b>
Juízes e tribunais nacionais como instituições para a governança global.....	356
Camilla Capucio	
<b>IS TRADE GOVERNANCE CHANGING? .....</b>	<b>371</b>
Alberto do Amaral Júnior	
<b>OS FUNDOS ABUTRES: MEROS PARTICIPANTES DO CENÁRIO INTERNACIONAL OU SUJEITOS PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL? .....</b>	<b>384</b>
Guilherme Berger Schmitt	
<b>SHAREHOLDER AGREEMENTS IN PUBLICLY TRADED COMPANIES: A COMPARISON BETWEEN THE U.S. AND BRAZIL .....</b>	<b>402</b>
Helena Masullo	
<b>REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL: DA RESISTÊNCIA AOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO À EMERGÊNCIA DE UM NOVO MODELO REGULATÓRIO .....</b>	<b>421</b>
Fabio Morosini e Ely Caetano Xavier Júnior	
<b>DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS DISTINTAS FORMAS DE PRESTAÇÃO TECNOLÓGICA: BREVE ANÁLISE DO MARCO REGULATÓRIO INTERNACIONAL .....</b>	<b>449</b>
Daniel Amin Ferraz	
<b>REDEFINING TERRORISM: THE DANGER OF MISUNDERSTANDING THE MODERN WORLD’S GRAVEST THREAT .....</b>	<b>464</b>
Jennifer Breedon	
<b>AS EXECUÇÕES SELETIVAS E A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES TERRORISTAS .....</b>	<b>485</b>
Alexandre Guerreiro	
<b>INTERNATIONAL CRIMINALS AND THEIR VIRTUAL CURRENCIES: THE NEED FOR AN INTERNATIONAL EFFORT IN REGULATING VIRTUAL CURRENCIES AND COMBATING CYBER CRIME .....</b>	<b>512</b>
Joy Marie Virga	
<b>CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL ORGANIZADA EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR: ¿HACIA UN DERECHO PENAL REGIONAL? .....</b>	<b>528</b>
Nicolás Santiago Cordini e Mariano Javier Hoet	

**RUMO À INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE: DOS ECOCRIMES AO ECOCÍDIO ..... 541**

Kathia Martin-Chenut, Laurent Neyret e Camila Perruso

**ENGAGING THE U.N. GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS & THE EXTRACTIVE SECTOR ..... 571**

Cindy S. Woods

**O DIREITO HUMANO À COMUNICAÇÃO PRÉVIA E PORMENORIZADA DAS ACUSAÇÕES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: O DESPREZO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....590**

Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE DE DIREITOS HUMANOS: CONFLITO DE INTERPRETAÇÃO ENTRE A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A LEI DE ANISTIA ..... 612**

Carla Ribeiro Volpini Silva e Bruno Wanderley Junior

**A CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO DE LIVRE RESIDÊNCIA NO MERCOSUL SOB A PERSPECTIVA TELEOLÓGICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: ASPECTOS NORMATIVOS E SOCIAIS DOS ACORDOS DE RESIDÊNCIA ..... 631**

Aline Beltrame de Moura

**A FUNCIONALIZAÇÃO COMO TENDÊNCIA EVOLUTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA CONTRIBUIÇÃO AO REGIME LEGAL DO BANCO DE DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO NO BRASIL ..... 650**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

**O DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI EM MOÇAMBIQUE ..... 667**

Bernardo Fernando Sicoche

**OBTENÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR: PARA ALÉM DA LEX FORI E LEX DILIGENTIAE.....685**

André De Carvalho Ramos

**A SLIGHT REVENGE AND A GROWING HOPE FOR MAURITIUS AND THE CHAGOSSIANS: THE UNCLOS ARBITRAL TRIBUNAL'S AWARD OF 18 MARCH 2015 ON CHAGOS MARINE PROTECTED AREA (MAURITIUS V. UNITED KINGDOM).....705**

Géraldine Giraudeau

**ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA UCRÂNIA POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA QUEDA DO VOO DA MALAYSIA AIRLINES (MH17).....728**

Daniela Copetti Cravo

**NATUREZA JURÍDICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL .....739**

Pedro Ivo Diniz

**A INFLUÊNCIA DA SOFT LAW NA FORMAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL.....767**

Leonardo da Rocha de Souza e Margareth Anne Leister

**AS COMPLICADAS INTER-RELAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS INTERNOS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO .....785**

José Adércio Leite Sampaio e Beatriz Souza Costa

**NORMAS EDITORIAIS.....803**

# O Princípio da Efetividade como conteúdo da norma fundamental (grundnorm) de Kelsen\*

## The Principle of Effectiveness as content of Kelsen's Fundamental Norm

Carlos Alberto Simões de Tomaz\*\*

Renata Mantovani de Lima\*\*\*

### RESUMO

O artigo visita a Teoria Pura do Direito de Kelsen para discernir a norma fundamental não apenas como um pressuposto lógico hipotético do sistema jurídico, que serve de fundamento de validade de uma constituição, mas para divisá-la, também, como uma norma posta, cujo conteúdo se identifica com o Princípio da Efetividade como norma de Direito Internacional de conformidade com o monismo kelseniano. Nesse sentido, o recurso da lógica dedutiva, impõe-se como basilar para a solução da questão apresentada. A conclusão aposta na circunstância de que a revisão teórica realizada tenha oferecido substratos hermenêuticos para o conteúdo dos atos de reconhecimento de Estado e reconhecimento de governo, que guarnecidos pelo Princípio da Efetividade, dele desbordam para projetar sua validade com base em uma análise valorativa determinada pelo Princípio da Legitimidade não admitida por Kelsen.

**Palavras-chave:** Teoria pura do direito. Norma fundamental. Princípio da efetividade.

### ABSTRACT

The article visits the Kelsen's Theory Pure of Law in order to discern the fundamental norm not only as a hypothetical logical premise of the legal system, which forms the groundwork of validity of a constitution, but also as a norm of positive law, whose content is identified with the effectiveness principle as a rule of international law in accordance with Kelsen's monism. In this sense, the use of deductive logic, it must be as a foundation for the solution of the question referred. The conclusion believes that the theoretical review carried out has offered hermeneutic substrates for the content of acts of recognition of State and recognition of government, who based on the principle of effectiveness going beyond to design its validity from an evaluative analysis determined by the Legitimacy Principle, not admitted by Kelsen.

**Keywords:** Theory pure of law. Fundamental norm. Principle of effectiveness.

\* Recebido em 28/10/2015  
Aprovado em 10/12/2015

\*\* Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Itauna – MG. E-mail: ca.tomaz@uol.com.br

\*\*\* Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Itauna – MG. E-mail: remantova@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

As relações entre Estado e Direito e entre as ordens jurídicas nacionais e a ordem internacional sempre constituíram ponto nevrálgico na Teoria do Direito. Hodiernamente, quando as atenções se voltam para se perquirir se a democracia na experiência doméstica depende de uma ordem internacional democrática ou, de modo contrário, se seria a existência de uma ordem internacional democrática que asseguraria a democracia no âmbito interno dos Estados, o pensamento de Kelsen volta à tona – se é que alguma vez deixou de estar em evidência ainda que, aqui e acolá, como ponto de partida, para modernas proposições teóricas – sobretudo sua postura monista.

Nosso propósito, neste artigo, é revisitar o pensamento de Kelsen, para conceber a norma fundamental (*grundnorm*) não como uma norma pressuposta, mas como uma norma posta, que possui conteúdo que se encontra projetado no Princípio da Efetividade como norma de Direito Internacional de conformidade com o art. 39 do Tratado de Viena sobre Direito dos Tratados, o que valida o monismo kelseniano.

O objeto da reflexão não é outro senão contribuir para fomentar a discussão sobre o fortalecimento da convivência democrática no âmbito doméstico, bem como na ordem internacional, quando se coloca em evidência os princípios como fonte do Direito Internacional, particularmente, quando se leva a sério o Princípio da Efetividade.

## 2. REVISITANDO O PROJETO DE EXPERIÊNCIA JURÍDICA DO POSITIVISMO JURÍDICO DE KELSEN

O positivismo jurídico como projeto para a experiência jurídica irrompeu no Estado Liberal de Direito. Com efeito, expungir do direito qualquer fundamento que não seja o próprio direito - significa dizer: escoimar fundamentos éticos voltados sobretudo para perquirir a respeito da ressonância social da ordem jurídica (eficácia), o que implica questionar se o direito é justo, assim como afastar de sua fundamentação a legitimação (fato), ou resumindo: purificar o direito, afastando dele fundamentos morais e políticos - satisfazia plenamente os ideais do Estado Liberal, que se voltava para um direito seguro, que definindo condutas e delimitando pre-

cisamente o âmbito de atuação da autoridade, garantisse o exercício da liberdade.

O Estado de Direito Liberal, erigido sob o influxo da ideologia liberal burguesa, apresentava dois núcleos constitutivos: o primeiro, voltado para proclamar a primazia do indivíduo sujeito de direitos naturais e inalienáveis, inerentes à dignidade da pessoa; e o segundo, decorrente do primeiro, a rigorosa limitação do poder político através de técnicas especiais a fim de garantir o exercício dos direitos individuais. Não foi por outra razão que o Código Prussiano de 1794 (*Preussisches Allgemeines Landrecht*) continha mais de dezenove mil artigos, numa expressa manifestação de racionalidade, autoconfiança, coroada, segundo faz ver Sobota<sup>1</sup>, com uma proibição geral de interpretação judicial. Sobota chama a atenção para o fato de que não obstante toda vinculação normativa, “este código, supostamente perfeito revelou-se um amontoado de regras desajeitado e às vezes ridículo, superado em suas partes principais antes mesmo de ser publicado”<sup>2</sup>.

Essa busca por segurança revela a posição doutrinária, então prevalente, que possuía como tese central a ideia de reduzir o direito a uma técnica social, negando-lhe caráter científico, em que o Direito é um instrumento de que o homem se serve para realizar uma finalidade prática. Esvazia-se, assim, o Direito de qualquer outro significado que não seja o de meio para realização de certos fins imediatos, postos pela realidade objetiva concreta. O direito é, simplesmente, útil; nada mais que isso.<sup>3</sup>

É fato: a experiência jurídica não pode se situar fora

1 SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução de João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito*, Recife, n. 7, p. 251-273, 1995. p. 252.

2 Segundo SOBOTA (SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução de João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito*, Recife, n. 7, p. 251-273, 1995. p. 252), Franz Wieacker pondera, contudo, no sentido de que esta crítica não deve ofuscar os méritos do Código Geral Prussiano (ALR); *inter alia* ele realizou um progresso notável na questão da supremacia da lei e da proteção legal (conforme a própria autora registra em nota de rodapé fazendo menção ao pensamento de Wieacker in: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2. ed., Göttingen, 1967, p. 334). (WIEACKER, 1967 apud SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução de João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito*, Recife, n. 7, p. 251-273, 1995.)

3 PEDROSA, Maria Bernardette Neves. Filosofia e direito penal: palestra proferida em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Separata da: *Revista do Ministério Público de Pernambuco*, Recife, ano 01, n. 02, 1972. p. 03-04.

de técnica e de método. Por isso, Bernardette Pedrosa, antiga professora da Faculdade de Direito do Recife, prossegue com propriedade registrando que:

Toda técnica pressupõe uma ciência que lhe corresponde. A técnica médica só é possível porque existe uma ciência da medicina; a técnica econômica, porque há uma ciência da economia; a técnica jurídica, porque existe uma ciência do Direito. Tire-se o fundamento científico da técnica e do que resulta é pura improvisação, a partir da qual os resultados práticos que se pretende alcançar são ocasionais.<sup>4</sup>

Não obstante, o progresso das ciências naturais conduzia ao desprestígio do Direito como ciência e propiciava o vicejamento da concepção reducionista, que se irradiava exatamente em detrimento do pensamento que se voltasse para converter o direito em objeto a conhecer e não a ser manipulado, ou seja, uma visão científica.

Nessa linha, como registra Machado Neto<sup>5</sup>, movidos pela fidelidade ao pensamento naturalista, autores como Picard e Kirchmann colocavam o direito no mesmo espaço das ciências da natureza, culminando, esse último, por negar completamente sua cientificidade. Fato é que, intrinsecamente vinculado ao conceito de natureza humana, possui variações cunhadas na lei divina, no racionalismo ou mesmo histórico-axiológico.

Exatamente nesse espaço, no final do século XIX, que começaram a aparecer as bases para a compreensão e conhecimento do direito como ciência. O positivismo foi onde o direito primeiramente se amparou para garantir sua cientificidade. Em realidade, o positivismo jurídico surge de um esforço em que se busca transformar o estudo do direito em uma perspectiva essencialmente científica.

O positivismo jurídico “partilhava, como doutrina positivista em geral, da aversão à especulação metafísica e a procura de razões finais. Rejeitou quaisquer tentativas dos juristas para discernir e formular uma concepção do direito que transcendesse das realidades empíricas dos sistemas legais existentes”.<sup>6</sup> Deveras, até

o século XIX, a tradição jurídica se amparava numa abordagem filosófica do direito como “uma teoria do que seria justo segundo a própria natureza – com visível intenção demolidora – ao que seria justo segundo a convenção dos homens, estabelecendo assim, as bases de uma justiça imutável e eterna [...] sob a forma de variegadas doutrinas do direito natural...”<sup>7</sup>

A ideia era, portanto, esvaziar o direito de significação moral, depurando-o de ambiguidades numa construção sistêmica que lhe assegurasse autonomia científica, o que ocorreria a partir da definição de seu objeto. Ao declarado escopo, surgem no século XX as contribuições de Kelsen, Ross e Hart marcadas por uma visão empírica do direito dissociado da política e da moral.

Com efeito, em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen<sup>8</sup> considera o ordenamento jurídico estatal como uma estrutura escalonada na qual as normas estariam dispostas, de forma hierarquizada, de tal sorte que a validade de uma norma de escalonamento inferior repousaria numa outra de escalonamento superior que estabelecesse o modo de sua produção. A partir daí, a cientificidade do direito restaria assegurada num esquema metodológico em que a criação de direito sempre implica a aplicação de direito e vice-versa.

A decisão judicial, o ato administrativo e os negócios jurídicos encontram-se na base da pirâmide que representaria o ordenamento jurídico estatal e avultam-se como normas jurídicas de caráter particular que encontrariam fundamento de validade em normas gerais de escalonamento superior, até o último fundamento de validade dentro do sistema estatal que seria a constituição<sup>9</sup>. Essa, a seu turno, encontraria fundamento numa norma que estabelece o dever de se obedecer à constituição. Nas palavras de Kelsen: “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjectivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição.”<sup>10</sup>

A norma fundamental (*Grundnorm*) apresenta-se para Kelsen como condição lógico-transcendental da

4 PEDROSA, Maria Bernardette Neves. Filosofia e direito penal: palestra proferida em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Separata da: *Revista do Ministério Público de Pernambuco*, Recife, ano 01, n. 02, 1972. p. 04-05.

5 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 15.

6 BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 112.

7 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 14.

8 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 309-310.

9 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 324.

10 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 279.

possibilidade de atribuição de sentido objetivo<sup>11</sup>, ou seja, como fator de validação jurídica de todos os atos e normas existentes no sistema.

Realmente, a experiência jurídica, para Kelsen, repousa em duas categorias: norma e validade. A juridicidade decorre da atribuição de um sentido objetivo à manifestação de vontade. É esse sentido objetivo que permite se possa distinguir entre a atuação do carrasco ao desferir o golpe mortal e a conduta de um latrocidista que para assegurar o fruto do roubo mata sua vítima. O que torna um ato jurídico é algo além do sentido subjetivo que todo ato possui enquanto fenomenologicamente vinculado ao tempo e ao espaço e produto, portanto, de uma manifestação de vontade (*sein*). É, na verdade, a norma como dever-ser (*sollen*) que atribui o “sentido de um ato por meio do qual a conduta é prescrita ou especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”<sup>12</sup>.

A norma é tomada, assim, como um *esquema de interpretação*. Como o próprio Kelsen explica:

o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural, apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade – que não pode ser captada pelos sentidos – somente surge através da operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal<sup>13</sup>.

A validade da norma decorre, em condições que tais, sob três sentidos imbricados. Pelo primeiro, Kelsen identifica a validade com a *existência*: “se designarmos a existência específica da norma como a sua <<vigência>><sup>14</sup>,

damos por esta forma expressão à maneira particular pela qual a norma – diferentemente do ser dos fatos naturais – nos é dada ou se nos apresenta.”<sup>15</sup>. O segundo sentido, decorrente do primeiro, atribui à validade a significação de *pertinência*. A norma é uma estrutura de sentido, mas esse sentido é perceptível em função do sistema no qual ela se insere. Significa dizer, em outras palavras, a norma pertence a certo ordenamento jurídico. Não existe isoladamente. Isolada do todo de que é parte, reduz-se a uma simples proposição que se distingue das demais pela natureza dos conectivos formais (dever-ser) e por isso somente poderá ser objeto de investigação lógica. Se a norma existe somente dentro de determinado sistema, é nele que se deve buscar o modo de sua produção, ou seja, o fundamento de sua validade. Como já assentamos, para Kelsen, o fundamento de validade de uma norma inferior repousa numa norma superior e não em fatos, o que aponta, como com propriedade registra Barzotto<sup>16</sup>, para a conclusão de que Kelsen predica à validade uma relação intranormativa.

Enfim, Kelsen insiste em que validade significa também *obrigatoriedade*. Segundo ele:

As normas do Direito positivo são <<válidas>>, ou seja, devem ser obedecidas, não porque, como as leis do Direito natural, derivam da natureza, de Deus ou da razão, de um princípio do absolutamente bom, reto ou justo, de um valor ou norma fundamental absolutamente supremo ou de uma norma fundamental, a qual se acha, ela própria, investida da pretensão de validade absoluta, mas, simplesmente, porque foram criadas de certo modo ou feitas por certas pessoas. Isso não implica nenhum enunciado categórico quanto ao valor do método de legiferação ou da pessoa que funciona como autoridade jurídica positiva; esse valor é uma pressuposição hipotética.<sup>17</sup>

A qualificação de uma norma como jurídica repousa, enfim, em se saber se essa norma é válida, ou seja, se ela encontra fundamento de validade em norma de escalonamento superior que deve, a seu turno, encontrar fundamento de validade na constituição, que, por sua

11 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 279.

12 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 22.

13 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 20.

14 Na edição portuguesa da Teoria Pura do Direito de 1979, que estamos utilizando, o termo *vigência* foi usado para traduzir do alemão o étimo *Gültigkeit*. Parece, efetivamente, que a termo *vigência*, sobretudo entre nós, mostra-se insuficiente para exprimir o sentido imprimido por Kelsen, o que se percebe diante dos sentidos por ele

empregados para a validade. Para Kelsen, a vigência, como fixação positiva da norma, é condição de validade, como é condição de validade sua eficácia (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 297).

15 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 29.

16 BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 38.

17 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: M. Fontes, 1992. p. 384.

vez, encontra fundamento de validade na norma fundamental. Assim, no positivismo kelseniano, a existência não pode ser coisa distinta da validade. O sentido da existência de uma norma é a sua validade, isto é, sua força vinculante de conduta. Essa força ela recebe de outra norma. Nas palavras de Kelsen:

Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo <<vale>> (é <<vigente>>), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. Já anteriormente, num outro contexto, explicávamos que a questão do porquê é que a norma vale – quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. Do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*, assim como do fato de algo *dever ser* não pode seguir-se que algo *é*. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser outra norma.<sup>18</sup>

Kelsen, portanto, mostra-se convencido de que fato não gera direito e de que direito não gera fato. Decompondo seu raciocínio poderíamos considerar, por exemplo, um decreto baixado pelo governador do Estado de Pernambuco prescrevendo que três dias após a sua publicação, para felicidade dos pernambucanos, que é sua missão velar, choverá em todo território do Estado assolado por longa estiagem. Publicado o ato, a pergunta que se avulta é a seguinte: três dias após a publicação choverá em todo Estado de Pernambuco? Decreto é direito. Ele possuiria o condão de gerar o fato? Dificilmente alguém admitirá, considerando que tenha chovido torrencialmente em todo o território do Estado, que foi o decreto que fez chover. Consideremos, contudo, um exemplo mais factível: a norma jurídica que institui um tributo gera fato? Em sala de aula, os alunos gritam de imediato que sim: o pagamento! Para a Teoria Pura do Direito, o pagamento não decorre da norma. O que a norma criou foi apenas a *obrigatoriedade* de pagar o tributo, isso porque uma norma superior determinou o seu conteúdo no momento de sua aplicação, o que faz prescrevendo determinado conteúdo, vedando-o ou permitindo. Para o positivismo lógico-metodológico, onticamente, o direito apresenta-se com esses conteúdos de onde decorreria o princípio tido por ontológico, que imprimiria, segundo essa visão, tamanha hermeticidade ao sistema, quando *tudo que não é juridicamente proibido*,

*é juridicamente permitido*.<sup>19</sup>

A consideração de outro exemplo coloca-nos diante da outra vertente de sustentação da Teoria: a mediação entre o *ser* e o *dever-ser* faz-se por meio de norma e não de fato. Com efeito, considerando o disposto nos arts. 2º, 6º e 1.784 do novo Código Civil brasileiro, tem-se que personalidade civil começa com o nascimento com vida e termina com a morte, quando se opera a transmissão dos direitos e dos deveres aos sucessores. Contudo, ali se estabeleceu a hipótese de morte presumida. O que faz com que uma pessoa que faticamente não está comprovadamente morta seja para tanto considerada a ponto de se deflagrar a sucessão? A resposta: a norma. Então a norma atribui um sentido objetivo a ponto de considerar alguém que pode estar vivo, morto. O que a Teoria Pura do Direito quer dizer é que não é a morte que gera o direito de sucessão, mas uma norma que atribuiu esse sentido objetivo a um acontecimento do mundo dos fatos.

Vamos mais além. Sob a validade do Código Civil anterior aos vinte e um anos completos cessava a menoridade e ficava o indivíduo habilitado para todos os atos da vida civil (art. 9º). Hoje, o novo Código Civil prescreve que a menoridade termina aos dezoito anos completos (art. 5º). Então, o que faz o fato de alguém completar vinte e um anos hoje não gerar mais o direito de gerir, ele próprio, sua pessoa e seus bens? A resposta: um sentido objetivo atribuído por uma norma. Completar vinte e um anos tornou-se, sob a ótica em exame, um fato irrelevante para o direito porque desprovido de sentido objetivo, sentido, pois, jurídico. O sentido objetivo (*dever-ser*) dirigiu-se para outro fato: o indivíduo completar dezoito anos. Isso pode acontecer porque o novo Código Civil é uma norma válida, isto é, criada com base na aplicação de uma norma superior (a Constituição) que criou o órgão legislativo com competência para fazê-lo, ou seja, confere sentido normativo ao ato a ser criado, com base em uma atribuição de sentido ensejada pela norma fundamental, que se pressupõe, na hipótese, imprimindo logicidade ao sistema (*Grundnorm*).

19 Na roupagem da Constituição brasileira: *ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (Art. 5º, II), descortina uma visão positivista de matiz lógico-metodológico da experiência jurídica, em descompasso com a perspectiva pós-positivista que divisa um maior espectro da juridicidade que não pode se limitar à legalidade formal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2016.

18 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 267.

### 3. A NORMA FUNDAMENTAL COMO NORMA (PRESU)POSTA

A pressuposição da norma fundamental que compele todos à obediência à Constituição não se opera arbitrariamente, alerta Kelsen. Significa dizer que não há possibilidade de escolha quando se interpreta o sentido objetivo de um ato constituinte ou dos atos criados de acordo com a constituição. A norma fundamental é pressuposta em relação a uma constituição inteiramente determinada, em relação à qual se pode interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo seu sentido objetivo, isto é, normas jurídicas válidas.<sup>20</sup>

Assim, pode-se afirmar que no sistema jurídico brasileiro, não é válida uma sentença (norma jurídica de caráter particular) que condene alguém à pena de morte, porque essa norma não encontra fundamento de validade na Constituição, que deve ser obedecida porque se pressupõe uma norma, não positivada, que lhe serve de fundamento e que não permite a atribuição de sentido objetivo quanto à pena capital. Da mesma forma, não é uma norma negocial (negócios jurídicos particulares) a compra e venda de trezentos gramas de maconha, porque, igualmente, não se pode atribuir a esse fato um sentido objetivo. Na linguagem de Kelsen:

[...] somente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjectivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objectivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas [...]<sup>21</sup>

A relação de pertinência assim expressada e inerente à validade afasta, no pensamento kelseniano, qualquer referência a fatos e valores morais. O que distingue o ato do Poder Executivo ao baixar uma Medida Provisória que aumenta a carga tributária do ato de um assaltante que, com arma em punho, exige a entrega de certa quantia? Em ambas as hipóteses, deparamo-nos com um fato carregado de sentido subjetivo, mas, quando submetidos ao *esquema de interpretação* do jurídico (norma), verifica-se que o sistema jurídico predicou sentido objetivo ao primeiro. Não havendo norma a validar a

manifestação de vontade do assaltante, o fato avulta-se desprovido de sentido objetivo e, portanto, insusceptível de produzir direito. De modo contrário, a manifestação de vontade do chefe do executivo encontra-se validada a partir de uma norma, o que qualifica o ato a produzir direito. Kelsen é convicto, com efeito, de que direito apenas é criado a partir da aplicação de direito. O *dever-ser* se mostra irredutível do *ser*. Assim, a medida provisória que instituiu um tributo não geraria nenhum fato, senão a *obrigatoriedade* de pagar o tributo.

Isso não desloca por completo, na concepção de Kelsen, os fatos do mundo jurídico – e nem poderia – já que a eficácia é tomada como condição de validade, ou seja, situam-se igualmente no sistema todos os efeitos da norma. A eficácia encontra-se, assim, em estreita conexão com a validade da norma. Diz respeito à sua executoriedade ou aplicabilidade. De regra, a norma é apta a produzir os efeitos jurídicos determinados. Às vezes, todavia, o legislador condiciona a eficácia ao decurso de certo tempo (*vacatio legis*), à superveniência de um fato ou de outra norma (norma regulamentar). Em casos tais, a norma existe (é válida na acepção kelseniana), mas não é ainda eficaz.

Kelsen, inteiramente atento à circunstância básica de que, para sua teoria, o que distingue a norma jurídica de outras normas é a possibilidade de conformação da conduta humana sob coerção (*dever-ser*), já que uma norma “e uma norma jurídica apenas se pretende regular a conduta humana e se regula a conduta humana estabelecendo um ato de coerção como sanção”<sup>22</sup>, não poderia descurar, contudo, que a eficácia se avulta como condição necessária da validade. E assevera que:

Cada norma individual perde sua validade quando a ordem jurídica total perde sua eficácia como um todo. A eficácia da ordem jurídica como um todo é condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem. Uma *conditio sine qua non*, mas não uma *conditio per quam*. A eficácia da ordem jurídica total é uma condição, não um fundamento, para a validade de suas normas constituintes. Essas normas são válidas não porque a ordem total é eficaz, mas porque elas são criadas de uma maneira constitucional. Elas são válidas, porém, apenas sob a condição de que a ordem total seja eficaz; elas deixam de ser válidas não apenas quando anuladas de maneira constitucional, mas também quando a ordem total deixa de ser eficaz. Em termos jurídicos não se pode sustentar que os homens devam se conduzir em conformidade com certa norma, se

20 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 278, *passim*.

21 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979.

22 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: M. Fontes, 1992. p. 127.

a ordem jurídica total, da qual essa norma é parte integrante perdeu a eficácia.<sup>23</sup>

Assim é que, a perda de eficácia de uma constituição, por um golpe, uma revolução ou pelo exercício de poder constituinte por uma assembleia, com a instituição de nova constituição e, portanto, nova ordem, implica que as normas infraconstitucionais anteriores perdem a validade a não ser que adquiram novo fundamento de validade, sendo certo que essa convalidação pode se dar de forma expressa ou tácita. Dessa maneira, fica claro que os órgãos competentes somente poderão aplicar a norma se ela recebeu um novo fundamento de validade.

Decorre, desde aí, uma eficácia em sentido jurídico vinculada à aplicação da norma pelos órgãos competentes, que se distingue da eficácia em sentido sociológico que sob a pretensão de fazer corresponder a conduta prescrita (*dever-ser*) à conduta efetivamente realizada (*ser*), colocaria a validade da norma em fato e invalidaria a construção kelseniana. Daí porque, sob o prisma da Teoria Pura do Direito, pode-se afirmar que a eficácia, como *possibilidade* de executoriedade da norma, convive com uma correspondência mínima entre o *dever-ser* e o *ser*.

Para Kelsen o fundamento de validade de uma norma repousa em outra norma e não em fato, porque da circunstância de algo *ser* não se pode derivar um *dever ser*, em outras palavras: fato não gera direito. Qual, então, o fundamento de validade de uma certa e determinada constituição, se para ele a pirâmide que representa o sistema jurídico se fecha no ápice pela constituição não havendo, portanto, norma acima dela? É com base nessa indagação que Kelsen concebe a norma fundamental (*grundnorm*) como norma pressuposta e hipotética<sup>24</sup>.

O fundamento de validade de uma constituição não repousaria numa lei natural, em um valor supremo como Deus ou racional como um imperativo categórico absoluto que permita divisar a retidão e a justiça da(s) pessoa(s) envolvidas e do procedimento de elaboração da Constituição. Esse fundamento, conquanto expresse um valor pressuposto e hipotético, imprime sentido objetivo à Constituição.

A maior parte da doutrina, todavia, ao enfrentar a norma fundamental para por aí, ou seja, registra que ela

é um juízo valorativo pressuposto e hipotético. Mas, o que Kelsen quer realmente dizer ao afirmar que a norma fundamental é pressuposta e hipotética? É aqui que reside o âmago da questão, porque efetivamente quem não se debruçar sobre a posição de Kelsen em relação ao Direito Internacional e estabelecer – como ele próprio fez – liame com a norma fundamental, não terá condições de bem equacionar a indagação proposta e continuará simplesmente afirmando que a *grundnorm* é uma mera hipótese pressuposta para validar uma constituição.

Ocorre que, a circunstância de a norma fundamental ser apontada por Kelsen como uma hipótese pressuposta não significa dizer que ela se reduza a uma proposição formal para validar uma constituição e justificar a Teoria Pura do Direito. Essa norma para Kelsen tem conteúdo que repousa numa norma de Direito Internacional. Se ela tem conteúdo e revela-se como norma de Direito Internacional, então não se reduz apenas a um juízo pressuposto. Pressuposto, na verdade, é o valor que ela encerra – e isso é, a bem da verdade, o que sempre Kelsen fez questão de afirmar<sup>25</sup> - mas ela existe como norma posta, que possui conteúdo.

Com efeito, a Teoria Pura do Direito considera a norma fundamental (*grundnorm*) como norma posta. Isso em decorrência do monismo kelseniano que propugna pela supremacia do Direito Internacional sobre o direito estatal. Assim, partindo-se do primado do Direito Internacional, alerta Kelsen que de fato há

uma norma que representa o fundamento de vigência [entenda-se validade]<sup>26</sup>, das ordens jurídicas estaduais<sup>27</sup>. Por isso, o fundamento de vigência da ordem jurídica estadual pode ser encontrado no Direito internacional positivo. Nesta hipótese, o fundamento de vigência daquela ordem jurídica é uma norma posta, não uma

25 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: M. Fontes, 1992. p. 384.

26 Na edição portuguesa da Teoria Pura do Direito de 1979, que estamos utilizando, o termo *vigência* foi usado para traduzir do alemão o étimo *Gültigkeit*. Parece, efetivamente, que a termo *vigência*, sobretudo entre nós, mostra-se insuficiente para exprimir o sentido imprimido por Kelsen, o que se percebe diante dos sentidos por ele empregados para a validade. Para Kelsen, a vigência, como fixação positiva da norma, é condição de validade, como é condição de validade sua eficácia (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 297).

27 A expressão “ordens jurídicas estaduais” utilizada na edição portuguesa ficaria melhor traduzida em português do Brasil por “ordens jurídicas estatais” para não confundir, em face da forma de Estado federativa, com a ordem jurídica dos estados-membros da federação, que aqui identifica o direito estadual.

23 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: M. Fontes, 1992. p. 123.

24 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: M. Fontes, 1992. p. 384.

simples norma pressuposta. A norma de Direito internacional que representa este fundamento de vigência é usualmente descrita pela afirmação de que, de acordo com o Direito Internacional geral, um governo que, independentemente de outros governos, exerce o efetivo domínio sobre a população de um determinado país, constitui um governo legítimo, e que o povo que vive nesse país sob um tal governo forma um Estado no sentido do Direito Internacional – e isto sem curar de saber se este governo exerce esse domínio efetivo com base numa Constituição por ele revolucionariamente estabelecida. Traduzindo esta mesma ideia na linguagem do Direito: uma norma do Direito internacional geral reconhece a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos o poder de, com base na Constituição eficaz, criar e aplicar, como governo legítimo, uma ordem normativa de coerção. Ela legitima assim, para o domínio territorial da sua eficácia real, esta ordem coerciva como ordem jurídica válida, assim como legitima o Estado, no sentido do Direito internacional, a comunidade constituída através desta ordem coerciva – isso sem curar de saber se o governo é legítimo no sentido de uma Constituição anteriormente existente ou se alcançou o poder pela via revolucionária. Esse poder, segundo o Direito internacional, é de considerar como um poder jurídico. Isso significa que o Direito internacional legitima a revolução triunfante como um processo criador de Direito. Se, por esta forma, se reconhece como fundamento de vigência da ordem jurídica estadual uma norma positiva de Direito internacional na sua aplicação à Constituição estadual, sobre cuja base se ergue a ordem jurídica do Estado, então desloca-se o problema da norma fundamental. Com efeito, nesse caso, o fundamento de vigência de uma ordem jurídica estadual não reside numa norma pressuposta mas numa norma jurídico-positivamente estabelecida do Direito internacional.<sup>28</sup>

A norma posta que, na concepção monista serviria de fundamento de validade para a constituição é o *Princípio da Efetividade* que assim pode ser expressado a partir da construção kelseniana: quando, no seio de uma comunidade, que vive em determinado território, o poder é exercido de forma efetiva a ponto de romper com uma ordem jurídica anteriormente estabelecida, todo ato desse poder produz direito novo. Então, não teria sido o fato ocorrido em 7 de setembro de 1822 (Declaração da Independência), que seria o fundamento de validade da Constituição brasileira de 1824, mas a incidência da norma de Direito Internacional vazada no *Princípio da Efetividade* que conduz os Estados a agir de determinada maneira (sentido objetivo), qual seja, reconhecer um novo direito (o direito brasileiro) em oposição a um di-

reito anteriormente existente (o direito português) em ato unilateral conhecido como *reconhecimento de Estado*.

O raciocínio é o mesmo para o *reconhecimento de governo*, como ocorreu, por exemplo, após 15 de novembro de 1889, com a Proclamação da República. Contudo, os Estados não se conduziram dessa mesma maneira em relação a um fato ocorrido no Brasil em 1789 – a Insurreição Mineira – exatamente porque ali não se divisou a incidência da norma de Direito Internacional consubstanciada no *Princípio da Efetividade*. Com efeito, as forças leais à Tiradentes não foram suficientes, ou seja, efetivas o suficiente para romper com a ordem jurídica portuguesa e implantar uma nova ordem apta a criar direito novo. É sob essa compreensão que Kelsen não transfere para os fatos – uma revolução, um golpe de estado ou mesmo uma assembleia constituinte – a validade do direito. Com efeito, os Estados, tal qual as pessoas, pautam suas condutas com base no sentido objetivo que a norma jurídica enseja.

Mas, poder-se-ia perguntar: qual o fundamento de validade da *grundnorm*? Kelsen não estaria apenas deslocando o problema? O próprio Kelsen não hesitou em registrar:

[...] e, então, levanta-se a questão do fundamento de vigência desta norma e, portanto, a questão do fundamento de vigência da ordem jurídica internacional de que é parte integrante a norma sobre a qual se apoia a autoridade da ordem jurídica estadual, a norma que esta ordem jurídica encontra o seu fundamento imediato de vigência, se bem que não o seu fundamento de vigência último. Este fundamento de vigência apenas pode, então, ser a norma fundamental do Direito internacional que, portanto, é o fundamento mediato de vigência da ordem jurídica estadual. Como genuína norma fundamental, não é uma norma posta mas uma norma pressuposta. Ela representa o pressuposto sob o qual o chamado Direito internacional geral, isto é, as normas, globalmente eficazes, que regulam a conduta de todos os Estados entre si, são consideradas como normas jurídicas que vinculam os Estados. Estas normas são criadas pela via de um costume que é constituído pela conduta efetiva dos Estados, isto é, pela conduta dos indivíduos que, de acordo com as ordens jurídicas estaduais, funcionam como governos. Se elas são pensadas como normas jurídicas vinculantes para os Estados é porque se pressupõe uma norma fundamental que institui o costume dos Estados como fato produtor de Direito. O seu teor é: os Estados, quer dizer, os governos dos Estados, devem conduzir-se nas suas relações mútuas de harmonia com um dado costume dos Estados, ou: a coação de um Estado contra outro deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma correspondentes a um dado costume

28 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 301.

dos Estados. É esta a constituição – lógico-jurídica – do Direito internacional.<sup>29</sup>

Advêm, desde aí, duas questões: 1ª) qual o fundamento de validade do Direito Internacional? e 2ª) nos atos de *reconhecimento de Estado* e *reconhecimento de governo* os governos não estariam ligados à observância de um valor pressuposto que colocaria em causa, ao lado do Princípio da Efetividade, do Princípio da Legitimidade.

Equacionando a primeira indagação observamos que a pretensão de fundamentar uma proposição por meio de outra proposição pode-nos conduzir a uma redução ao infinito. Particularmente para a questão objeto de nosso estudo teríamos que indagar: qual o fundamento do Direito Internacional? Alguém poderia, como resposta, afirmar: os direitos humanos, que revestidos de caráter *ius cogens* ver-se-iam conduzidos ao patamar de imperativo categórico, ao que se poderia facilmente retrucar: e qual o fundamento de validade dos direitos humanos? Leis do Direito natural, que derivam, portanto, da natureza, jusnaturalismo, enfim, de Deus. E poder-se-ia ou não se perguntar: qual o fundamento de validade de Deus? Teríamos, num determinado momento, que renunciar a pretensão de fundamentar e ela seria substituída por uma decisão – uma interrupção dogmática do processo de fundamentação, ou seja, um corte epistemológico como fez Kelsen com sua norma fundamental. Estamos diante do conhecido *dilema de Münchhausen*<sup>30</sup>.

Contudo, há quem sustente que haveria uma terceira via que nos colocaria numa circularidade. Nesse sentido é a fórmula adotada por Luhmann para quem a validade do direito se assegura mediante a integração recursiva das operações à rede à medida que são diferenciadas pelo seu código binário (lícito/ilícito ou legal/ilegal), sendo certo que “a textualização gera a ilusão da norma ser-em-si-e-por-si (*An-und-für-sich-Siens*), mas oculta em sua origem a *constituição circular*. As normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis.”<sup>31</sup>. Admitida essa terceira hipótese ao problema da fundamentação das ciências lógico-dedutivas, te-

remos que admitir que se trata de um *trilema* e não de um *dilema*. É assim que Hans Albert prefere nomear.<sup>32</sup>

A regressão ao infinito, como uma opção ao problema da fundamentação das ciências lógico-dedutivas, não tem sido levada em consideração porque não conduz a lugar algum. Redunda, como se diz usualmente, em “por água em saco furado”, numa referência popular ao “tonel das danaides” (*danaidum dolium*) da mitologia grega: as danaides, cinquenta filhas de Dânaos, Rei de Argos, foram condenadas pela morte coletiva de seus maridos. A engenhosa justiça dos deuses condenou-as a encherem um tonel sem fundo por toda eternidade.

É preciso, todavia, que se entenda que a interrupção dogmática do processo de fundamentação eleita por Kelsen não pode ser concebida como uma via arbitrária. Trata-se apenas de um corte epistemológico. O que Kelsen quer dizer é que a investigação da ciência do direito vai até o Direito Internacional, acima disso a investigação pode prosseguir no âmbito da metafísica, mais precisamente da filosofia ou da teologia, investigação essa que escaparia dos limites do objeto do Direito.

Impende que se enfrente a segunda indagação. Para Kelsen, efetivamente, a validade do direito não se encontra vinculada a qualquer espécie de juízo de valor: “não significa o reconhecimento de um valor de Justiça que, destarte, não é por forma alguma elevado à categoria de um elemento do conceito de Direito”<sup>33</sup> E Kelsen prossegue refutando o argumento de Santo Agostinho quando na *Civitas Dei* equipara a comunidade jurídica sem justiça a um bando de salteadores para, ao final, sustentar que uma comunidade jurídica que não cultua o verdadeiro Deus, o Deus cristão, não seria justa e portanto, não se equivaleria a um bando de salteadores. Vale a pena conferir a contextualizar exposta por Kelsen:

Na sua *Civitas Dei*, onde levanta a questão desta distinção, escreve este autor [referindo-se a Santo Agostinho]: << Que são os impérios sem Justiça, senão grandes bandos de salteadores? E são os bandos de salteadores outra coisa senão pequenos impérios?>>. Um Estado, ou para Agostinho, uma comunidade jurídica, não pode existir sem Justiça. Pois << o Direito não pode existir onde não exista a verdadeira Justiça. O que acontece de conformidade com o Direito, acontece de fato justamente; o que é feito de uma maneira injusta, não pode acontecer segundo o Direito>>. O que é, porém, a Justiça?

29 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 301-302.

30 Nesse sentido, ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006. p. 164-165.

31 LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmy (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107. p. 37.

32 HANS, Albert. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p. 24-28.

33 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 80.

<< Justiça é a virtude que dá a cada um o que é seu (*Justitia porro e a virtus est, que sua cuique distribuit*). Em que consiste, pois, a Justiça dos homens que rouba o homem ao verdadeiro Deus e o submete aos demônios impuros? Ou não é injusto aquele que subtrai ao comprador um pedaço de terreno e o dá a quem não tem qualquer direito a ele? E é porventura justo aquele que se furta a si próprio ao Senhor por quem foi criado e se põe ao serviço de espíritos maléficos?>> Segundo a concepção que está na base deste raciocínio o Direito é uma ordem de coerção justa e distingue-se, assim, através da Justiça do seu conteúdo, da ordem coercitiva de um bando de salteadores.<sup>34</sup>

Kelsen sustenta, nessa perspectiva, o caráter relativo do juízo de valor com base no qual uma ordem pode ser tida como justa. A ordem jurídica de Roma, porque não fundada no culto e preceitos do Deus judaico-cristão não seria justa ou legítima para Santo Agostinho mas, sem dúvida, o seria para alguém que professasse o credo aos deuses de Roma. E Kelsen conclui absolutamente convencido de que:

Se a Justiça é tomada como o critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista. Um conceito de Direito que conduz a uma tal consequência não pode ser aceito por uma ciência jurídica positiva. Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de Justiça. O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem jurídica.<sup>35</sup>

Assim, para Kelsen, a interpretação dos atos praticados em decorrência de uma revolução ou de um golpe de Estado vitoriosos apenas poderia ocorrer sob o prisma de se saber se tais atos decorrem de um poder efetivo que rompeu com a ordem jurídica anteriormente vigente implantando uma nova ordem (Princípio da Efetividade) e nessa perspectiva, imune a uma investigação valorativa, as mais aprimoradas democracias seriam Estados [Estado de Direito, se se preferir, mas a expressão se avultaria carecedora de sentido porque dentro dessa perspectiva formal, todo Estado seria Estado de Direito] tal qual os governos monárquicos absolutistas

do início da idade moderna, ou os atuais governos das repúblicas autocráticas.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na verdade, o que transforma uma sociedade em Estado é a existência de um ordenamento jurídico efetivo incidindo sobre a vida de um grupo de pessoas que habitam determinada região. Não se pode cogitar, sem dúvida, da existência de Estado sem Direito e, portanto, é correto afirmar que do ponto de vista formal todo Estado é “Estado de Direito”. O exame da matéria não pode se afastar, primeiramente, do aspecto formal.

Porém, toda ordem jurídica encontra-se inserida num contexto existencial, histórico e ideológico. As normas jurídicas não são imunes a valor. Contrariamente, uma conduta é permitida quando ela realiza um valor que o direito faz questão de prescrever, ela [conduta] se torna obrigatória se o valor que realiza é imprescindível para garantir a ordem, e, ainda, a conduta é proibida se realiza valor nocivo ao direito. A eleição de valores volta-se para o alcance dos fins, dos objetivos eleitos pelo Estado, que podem, grosso modo, ser sintetizados num ideal de justiça, que é exigência da política. E, sob tal contextura, quando a análise se volta para o exame do conteúdo da ordem, a questão básica é, sem dúvida, saber se a ordem é justa.

Libertar o conceito de direito do conceito de justiça é difícil, senão impossível, porque ambos estão imbricados e profundamente mergulhados no discurso jurídico-político. Nessa análise, enfocada assim a questão sob o prisma material, a fim de enfrentar o conteúdo da ordem, haverá “Estado de Direito” quando a ordem for justa. Assim, num exame apriorístico e sob uma perspectiva lógica, dada uma ordem jurídica que realiza os valores *a, b, c, d e e*, sendo estes os valores indispensáveis para alcançar o ideal de justiça, estar-se-ia diante de um “Estado de Direito”. Se, por outro lado, uma ordem deixa de realizar um daqueles valores, deixaria de ser “Estado de Direito”. A conclusão é necessariamente que alguns Estados não são “Estado de Direito” e como ordens jurídicas não legítimas não se revelariam conteúdos interpretativos aptos a cancelar um reconhecimento de Estado ou um reconhecimento de governo.

Mas, inequivocamente, é a relatividade dos valores que constituem substratos interpretativos a fomentarem decisões dos Estados nesse sentido que acarretam tan-

34 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 80-81.

35 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 81-82.

tos problemas na ordem internacional com, apenas à guisa de um exemplo, a angustiante questão palestina, que revelam o quanto as decisões são definidas em termos de interesses, no âmbito de uma domesticação do direito pela política e pela economia.

## REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2016.
- HANS, Albert. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: M. Fontes, 1992.
- KIRCHMANN, Julio. *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961.
- LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmy (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- PEDROSA, Maria Bernardette Neves. Filosofia e direito penal: palestra proferida em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Separata da: *Revista do Ministério Público de Pernambuco*, Recife, ano 01, n. 02, 1972.
- PICARD, Edmond. *O direito puro*. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução de João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito*, Recife, n. 7, p. 251-273, 1995.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico  
[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ou [www.brazilianjournal.org](http://www.brazilianjournal.org).  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.