

- Usos da Linguagem: Problemas e Técnicas na Produção Oral e Escrita
Francis Vanoye
Exercícios de Laboratório em Psicologia
Mário A. A. Guidi
e Herma B. Bauernmeister
O Processo da Comunicação
David K. Berlo
Os Pioneiros do Desenho Moderno
Nikolaus Pevsner
Os Gêneros do Discurso
Izvetan Todorov
O Lado Humano da Empresa
Douglas McGregor
Origens da Arquitetura Moderna e do Design
Nikolaus Pevsner
O Homem: Uma Introdução à Antropologia
Ralph Linton
A Cidade Antiga
Fustel de Coulanges
As Palavras e as Coisas
Michel Foucault
A Cidade na História
Lewis Mumford
Estística da Língua Portuguesa
M. Rodrigues Lapa
As Elapas do Pensamento Sociológico
Raymond Aron
Panorama da Arquitetura Ocidental
Nikolaus Pevsner
A Verdade na História
Oscar Handlin
A Linguagem Clássica da Arquitetura
John Summerson
Homem, Cultura e Sociedade
Harry L. Shapiro
História da Imprensa no Brasil
Nelson Werneck Sodré
As Origens Sociais da Didatura e da Democracia
Barrington Moore Jr.
Os Problemas da Estética
Luigi Pareyson
Teoria Pura do Direito
Hans Kelsen
A Ideia de Lei
Dennis Lloyd
Ciência e Comportamento Humano
B. F. Skinner
Teoria da Literatura
Terry Eagleton
- Manual de Psiquiatria
G. Campalla
Arte e Ilusão
E. H. Gombrich
Introdução à Economia Positiva
Richard G. Lipsey
Arquitetura Vivenciada
Steen Eiler Rasmussen
Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo
René David
O Conto Popular
Michele Simonsen
Gramática Grega
Antônio Freire
O Tratamento do Alcoolismo
Griffith Edwards
A Linguagem da Propaganda
Torben Vestergaard
e Kim Schroder
O Processo de Aconselhamento
Lewis E. Patterson
e Sheldon Eisenberg
A Produção do Texto
Michaël Riffaterre
Teoria Geral do Direito e do Estado
Hans Kelsen
História da Psicopatologia
Hervé Beauchesne
A Constituição da Sociedade
Anthony Giddens
Antropologia da Doença
François Laplantine
Introdução à Teoria da Gramática
Henk van Riemsdijk
e Edwin Williams
Como fazer uma Monografia
Délio Vieira Salomon
A Função da Crítica
Terry Eagleton
Crítica da Razão Poética
Claude Esteban
História das Grandes Filosofias
Lucien Jerphagnon
Estética da Criação Verbal
Mikhail Bakhtin
O Surrealismo
Jacqueline Chénieux-Gendron
Manual de Retórica
Armando Piébe
e Pierre Emmanuèle

Hans Kelsen TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO

Martins Fontes

São Paulo — 1992

Titulo original: GENERAL THEORY OF LAW AND STATE
Copyright © 1945, The President and Fellows of Harvard College,
publicado em 1961 por Russell and Russell, Inc.
Copyright © Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, 1990
para a presente edição

2ª edição brasileira: novembro de 1992

Tradução: Luis Carlos Borges

Revisão técnica: Dr. Péricles Prade

Preparação do original: Pier Luigi Cabra

Revisão tipográfica: Maurício B. Leal

Produção gráfica: Geraldo Alves

Composição: Artel — Artes Gráficas

Capa

Projeto: Adelfo M. Suzuki

Realização: Cláudia Scaramacchia

Arte-final: Moacir K. Matsusaki

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Kelsen, Hans, 1881-1973.

Teoria geral do Direito e do Estado / Hans Kelsen :
[tradução Luis Carlos Borges ; revisão técnica Péricles
Prade]. — 2ª ed. — São Paulo : Martins Fontes, 1992. —
(Col. Ensino Superior)

ISBN 85-336-0116-6

1. Direito - Filosofia 2. Direito internacional 3. Direito
natural. 4. O Estado I. Título. II. Série.

92-3051

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12

2. Direito natural 340.12

Todos os direitos para a língua portuguesa reservados à
LIVRARIA MARTINS FONTES EDITORA LTDA.
Rua Conselheiro Ramalho, 330/340 — Tel.: 239-3677
01325-000 — São Paulo — SP — Brasil

Índice

Prefácio	1
PRIMEIRA PARTE: O DIREITO	
Estática Jurídica	
I. O CONCEITO DE DIREITO	11
A. Direito e justiça	11
a. A conduta humana como objeto de regras	11
b. Definição científica e definição política de Direito	12
c. O conceito de Direito e a idéia de justiça	13
1. A justiça como um julgamento subjetivo de valor	14
2. Direito natural	16
3. O dualismo de Direito positivo e Direito natural	19
4. Justiça e paz	20
5. Justiça e legalidade	21
B. O critério de Direito (o Direito como uma técnica social específica) ..	21
a. Motivação direta e indireta	22
b. Sanções transcendentais e socialmente organizadas	23
c. Punição e recompensa	24
d. O Direito como ordem coercitiva	25
e. Direito, moralidade, religião	26
f. A monopolização do uso da força	27
g. Direito e paz	28
h. Compulsão psíquica	29
i. As motivações do comportamento lícito	29
j. Argumentos contra a definição do Direito como ordem coer-	
citiva	30
1. A teoria de Eugen Ehrlich	30
2. A série infinita de sanções	34

X

A ordem jurídica

A. A unidade de uma ordem normativa

a. O fundamento de validade: a norma fundamental

A ordem jurídica é um sistema de normas. Surge a questão: O que é que faz de uma profusão de normas um sistema? Quando é que uma norma pertence a certo sistema de normas, a uma ordem? Essa questão está intimamente ligada à questão da validade de uma norma.

Para responder a essa questão, devemos, em primeiro lugar, esclarecer em que nos fundamentamos para atribuir validade a uma norma. Quando admitimos a verdade de um enunciado sobre a realidade é porque o enunciado corresponde à realidade, é porque nossa experiência o confirma. O enunciado "um corpo físico dilata-se quando aquecido" é verdadeiro porque nós observamos, repetidamente e sem exceções, que os corpos físicos se dilatam quando aquecidos. A norma não é um enunciado sobre a realidade e, portanto, não tem como ser "verdadeira" ou "falsa" no sentido explicitado acima. Uma norma é válida ou não-válida. Dos dois enunciados: "Assistirás o semelhante que estiver necessitado" e "mentirás sempre que o julgares proveitoso", considera-se que apenas o primeiro, e não o segundo, expressa uma norma válida. Qual é a razão?

O fundamento para a validade de uma norma não é, como o teste de veracidade de um enunciado de "ser", a sua conformidade à realidade. Como já dissemos, uma norma não é válida por ser eficaz. A questão de por que algo deve ocorrer, uma norma não pode ser respondida com uma asserção no sentido de que algo ocorre, mas apenas por uma asserção no sentido de que algo deve ocorrer. Na linguagem quotidiana, é verdade, com frequência justificamos uma norma fazendo referência a um fato. Dizemos, por exemplo: "Não matarás porque Deus o proibiu nos Dez Mandamentos", ou então, uma mãe diz ao filho: "Você deve ir à escola porque seu pai mandou." Contudo, nesses enunciados, o fato de Deus ter proferido um mandamento, ou de o pai ter dado uma ordem ao filho, é apenas aparentemente o fundamento para a validade da norma em questão. O verdadeiro fundamento são normas pressu-

postas, pressupostas porque tidas como certas. O fundamento para a validade da norma "não matarás" é a norma geral "obedecerás aos mandamentos de Deus". O fundamento para a validade da norma "você deve ir à escola" é a norma geral "as crianças devem obedecer a seus pais". Se essas normas não forem pressupostas, as referências aos fatos em consideração não são respostas às perguntas de por que motivo não devemos matar ou de por que a criança deve ir à escola. O fato de alguém ordenar algo não é, em si mesmo, um fundamento para o enunciado de que alguém deve se conduzir em conformidade com o comando, não é um fundamento para que se considere o comando como uma norma válida, um fundamento para a validade da norma cujo conteúdo corresponde ao comando. O fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável, num sentido que será investigado posteriormente. Discutiremos, por ora, um exemplo concreto. Aceitamos como uma norma válida o enunciado "assistirá o semelhante que estiver necessitado" porque ele resulta do enunciado "amarás teu semelhante". Aceitamos esse enunciado como uma norma válida porque ele nos parece uma norma definitiva cuja validade é auto-evidente, seja porque — por exemplo — Cristo ordenou que se amasse o semelhante, e nós postulamos como norma válida, definitiva, o enunciado "obedecerás aos mandamentos de Cristo". Não aceitamos como norma válida o enunciado "mentiras sempre que o julgares proveitoso" porque ele não é nem derivável de outra norma válida, nem é, em si mesmo, uma norma definitiva, válida de modo auto-evidente.

Chamamos de norma "fundamental" a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade da norma fundamental que constitui a ordem. Enquanto um enunciado de "ser" é verdadeiro porque está de acordo com a realidade da experiência sensorial, um enunciado de "dever ser" é uma norma válida apenas se pertencer a tal sistema válido de normas, se puder ser derivado de uma norma fundamental pressuposta como válida. O fundamento de verdade de um enunciado de "ser" é a sua conformidade à realidade de nossa experiência; o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental. A procura do fundamento de validade de uma norma não é — como a procura da causa de um efeito — um *regressus ad infinitum*; ela é limitada por uma norma mais alta que é o fundamento último de validade de uma norma dentro de um sistema normativo, ao passo que uma causa última ou primeira não tem lugar dentro de um sistema de realidade natural.

b. O sistema estático de normas

De acordo com a natureza da norma fundamental, podemos distinguir dois tipos diferentes de ordens ou sistemas normativos: sistemas estáticos, e

dinâmicos. Dentro de uma ordem do primeiro tipo as normas são "válidas", e isso significa que presumimos que os indivíduos cuja conduta é regulada pelas normas "devem" se conduzir do modo prescrito pelas normas em virtude do conteúdo destas: seu conteúdo tem uma qualidade imediatamente evidente que garante sua validade, ou, em outros termos, as normas são válidas por causa de um atrativo a elas inerente. As normas possuem esta qualidade porque são deriváveis de uma norma fundamental específica, do mesmo modo que o particular é derivável do geral. A força de obrigatoriedade da norma fundamental é, ela própria, auto-evidente, ou, pelo menos, presume-se que o seja. Normas tais como "não debes mentir", "não debes enganar", "deves ser fiel à tua promessa", são deduzíveis de uma norma geral que prescreve a honestidade. Da norma "amarás teu semelhante", pode-se deduzir normas tais como "não debes ferir teu semelhante", "deves ajudá-lo quando ele estiver necessitado", e assim por diante. Caso se pergunte por que alguém deve amar seu semelhante, talvez a resposta seja encontrada em alguma norma mais geral ainda, digamos que no postulado de que é preciso viver "em harmonia com o universo". Se essa for a norma mais geral dentre aquelas de cuja validade estamos convencidos, considerá-la-emos como a norma última. Sua natureza obrigatória pode parecer tão óbvia a ponto de não ser sentida qualquer necessidade de se indagar pelo fundamento de sua validade. Talvez se possa também conseguir deduzir o princípio de honestidade e suas consequências a partir desse postulado de "harmonia". Ter-se-ia então alcançado uma norma sobre a qual poderia estar baseado todo um sistema de moralidade. Contudo, não estamos interessados aqui em saber que norma específica se encontra na base de tal e tal sistema de moralidade. É essencial apenas que as várias normas de qualquer sistema sejam deduzíveis da norma fundamental, assim como o particular é deduzível do geral, e que, portanto, todas as normas particulares de tal sistema sejam obtíveis por meio de uma operação intelectual, a saber, pela inferência do particular a partir do geral. Tal sistema é de natureza estática.

c. O sistema dinâmico de normas

Contudo, a derivação de uma norma particular também pode ser realizada de outra maneira. Uma criança, ao perguntar por que não deve mentir, poderia receber a resposta de que seu pai a proibiu de mentir. Se a criança perguntasse ainda por que tem de obedecer a seu pai, a resposta poderia ser, talvez, a de que Deus ordenou que se obedecesse aos pais. Caso a criança ainda perguntasse por que é que se tem de obedecer aos mandamentos de Deus, a única resposta seria a de que essa é uma norma além da qual não se pode procurar por uma norma mais definitiva. Essa é a norma fundamental que provê o fundamento para um sistema de caráter dinâmico. Suas várias normas não podem ser obtidas por meio de qualquer operação intelectual. A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades. As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. Essa

autorização é uma delegação. O poder de criar normas é delegado de uma autoridade para outra autoridade; a primeira é a autoridade superior, a segunda é a inferior. A norma fundamental de um sistema dinâmico é a regra básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema. Uma norma faz parte de um sistema dinâmico se houver sido criada de uma maneira que é — em última análise — determinada pela norma fundamental. Desse modo, uma norma pertence ao sistema religioso, que acabamos de mencionar à guisa de exemplo, se for criada por Deus ou se tiver sua origem em uma autoridade que tem seu poder a partir de Deus, “delegado” por Deus.

B. O Direito como um sistema dinâmico de normas

a. A positividade do Direito

O sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico. As normas jurídicas não são válidas por terem, elas próprias, ou a norma básica, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto-evidente. Elas não são válidas por causa de um atrativo que lhes é inerente. As normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo. Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, ser transformado em um dever jurídico correspondendo a um direito jurídico. A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada, segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso. A norma fundamental de uma ordem jurídica é a regra postulada como definitiva, de acordo com a qual as normas dessa ordem são estabelecidas e anuladas, de acordo com a qual elas recebem e perdem sua validade. O enunciado “qualquer homem que fabrique ou venda bebidas alcoólicas será punido” é uma norma válida se pertencer a certa ordem jurídica. Tal é o caso se essa norma houver sido criada de um modo definido, determinado, em última análise, pela norma fundamental dessa ordem jurídica, e se não houver sido anulada, novamente de um modo definido, determinado, em última análise, pela mesma norma fundamental. A norma fundamental pode, por exemplo, ser tal que uma norma pertença ao sistema desde que tenha sido decretada pelo parlamento ou criada pelo costume ou estabelecida pelos tribunais, e não tenha sido abolida por uma decisão do parlamento ou pelo costume ou por prática contrária dos tribunais. O enunciado mencionado acima não é uma norma jurídica válida se não pertencer a uma ordem jurídica válida — pode ser que tal norma não tenha sido criada de um modo determinado, em última análise, pela norma fundamental, ou então pode ser que, apesar de ter sido criada dessa maneira, a norma tenha sido revogada de um modo determinado, em última análise, pela norma fundamental.

O Direito é sempre Direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos, sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas. Esse fato constitui a diferença entre Direito positivo e Direito natural, o qual, como a moralidade, é deduzido a partir de uma norma fundamental presumível.

mente auto-evidente, considerada como sendo a expressão da “vontade da natureza” ou da “razão pura”. A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva nada mais é que a regra básica de acordo com a qual as várias normas da ordem devem ser criadas. Ela qualifica certo evento como o evento inicial na criação das várias normas jurídicas. É o ponto de partida de um processo criador de normas e, desse modo, possui um caráter inteiramente dinâmico. As normas particulares da ordem jurídica não podem ser logicamente deduzidas a partir dessa norma fundamental, como pode a norma “ajude o próximo quando ele precisar de ajuda” ser deduzida da norma “ame o próximo”. Elas têm de ser criadas por um ato especial de vontade, e não concluídas a partir de uma premissa por meio de uma operação intelectual.

b. Direito consuetudinário e Direito estatutário

As normas jurídicas são criadas de duas maneiras diferentes: as normas gerais através de costume ou legislação, as normas individuais através de atos judiciais e administrativos ou de transações jurídicas. O Direito é sempre criado por um ato que tem o fim deliberado de criar Direito, exceto no caso em que o Direito tem sua origem no costume, ou seja, em uma linha de conduta de observância generalizada, durante a qual os indivíduos atuantes não têm o propósito consciente de criar Direito; mas eles devem considerar seus atos como estando em conformidade com uma norma obrigatória e não como uma questão de escolha arbitrária. Essa é a exigência do chamado *opinio juris sive necessitatis*. A interpretação costumeira dessa exigência é a de que os indivíduos que, por meio de sua conduta, constituem o costume criador de Direito devem considerar seus atos como sendo determinados por uma regra jurídica; eles devem acreditar que estão desempenhando um dever jurídico ou exercendo um direito jurídico. Essa doutrina não é correta. Ela implica que os indivíduos em questão devem atuar em erro, já que a regra jurídica criada por seu costume não pode ainda determinar essa conduta, pelo menos não como uma norma jurídica. Eles podem erer erroneamente que estão obrigados por uma regra de Direito, mas esse erro não é necessário para constituir um costume criador de Direito. É suficiente que os indivíduos atuantes se considerem obrigados por qualquer norma.

Distinguiremos o Direito estatutário e o Direito consuetudinário como os dois tipos fundamentais de Direitos. Por Direito estatutário entenderemos o Direito criado de outra maneira, que não o costume, a saber, por meio de atos legislativos, judiciais ou administrativos ou por meio de transações jurídicas, especialmente contratos e tratados (internacionais).

C. A norma fundamental de uma ordem jurídica

a. A norma fundamental e a constituição

A derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares

foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Para a questão de por que certo ato de coerção — por exemplo, o fato de um indivíduo privar outro de liberdade colocando-o na cadeia — é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de por que essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a constituição prescreve.

Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembleia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida. É apenas sob tal pressuposição que as declarações daqueles a quem a constituição confere poder criador de leis são normas de caráter obrigatório. E esta pressuposição que nos possibilita distinguir entre indivíduos que são autoridades jurídicas e outros que não consideramos como tais, entre atos de seres humanos que criam normas jurídicas e atos que não têm tal efeito. Todos esses atos pertencem a uma mesma ordem jurídica porque a origem de sua validade pode ser remontada — direta ou indiretamente — à primeira constituição. Pressupõe-se que a primeira constituição seja uma norma jurídica de caráter obrigatório, e a formulação da pressuposição é a norma fundamental dessa ordem jurídica. A norma fundamental de um sistema religioso de normas diz que devemos nos conduzir como Deus e as autoridades por Ele instituídas ordenam. De modo semelhante, a norma fundamental de uma ordem jurídica prescreve que devemos nos conduzir como os "pais" da constituição e os indivíduos autorizados (delegados) — direta ou indiretamente — pela constituição ordenam. Expressado na forma de uma norma jurídica: atos coercitivos devem ser executados sob as condições e da maneira determinadas pelos "pais" da constituição ou pelos órgãos por ele delegados. Esta é, esquematicamente formulada, a norma fundamental de uma ordem jurídica de um Estado isolado, a norma fundamental de uma ordem jurídica nacional. É à ordem jurídica nacional que limitamos nossa atenção aqui. Mais tarde, consideraremos que significado tem a pressuposição de um Direito internacional sobre a questão da norma fundamental do Direito nacional.

b. A função específica da norma fundamental

Dizer que uma norma do tipo que acabamos de mencionar é a norma fundamental da ordem jurídica nacional não significa necessariamente que

seja impossível ir além dessa norma. Certamente pode-se perguntar por que se tem de respeitar a primeira constituição como norma de caráter obrigatório. A resposta poderia ser a de que os pais da primeira constituição receberam seu poder de Deus. A característica do chamado positivismo jurídico, porém, é a de que ele dispensa tais justificativas religiosas da ordem jurídica. A hipótese última do positivismo é a norma que autoriza aquele que foi historicamente o primeiro legislador. A função integral dessa norma básica é conferir poder criador de Direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato. Interpretar esses atos de seres humanos como atos jurídicos e seus produtos como normas de caráter obrigatório, e isso quer dizer interpretar como Direito o material empírico que se apresenta como tal, é possível apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como sendo uma norma válida. A norma fundamental é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico.

A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é — como é a norma jurídica positiva — válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador de Direito.

Ao formular a norma fundamental, não introduzimos nenhum método novo na ciência do Direito. Simplesmente tornamos explícito o que todos os juristas pressupõem, a maioria deles involuntariamente, quando consideram o Direito positivo como um sistema de normas válidas, e não como apenas um complexo de fatos, e quando, ao mesmo tempo, repudiam qualquer Direito natural do qual o Direito positivo receberia sua validade. A constatação de que a norma básica realmente existe na consciência jurídica é o resultado de uma simples análise de enunciados jurídicos concretos. A norma fundamental é a resposta à questão: Como — e isso quer dizer sob que condição — são possíveis todos esses enunciados jurídicos concernentes a normas jurídicas, deveres jurídicos, direitos jurídicos, e assim por diante?

c. O princípio de legitimidade

A validade das normas jurídicas pode ser limitada no tempo, e é importante notar que o fim, assim como o começo dessa validade, é determinado apenas pela ordem à qual elas pertencem. Elas permanecem válidas na medida em que não tenham sido invalidadas da maneira que a própria ordem jurídica determina. Este é o princípio da legitimidade.

Este princípio, contudo, é válido apenas sob certas condições. Ele deixa de ser válido no caso de uma revolução, sendo esta palavra compreendida em sua acepção mais geral, de modo a englobar também o chamado *coup d'État*. Uma revolução, nesse sentido lato, ocorre sempre que a ordem jurídica de uma comunidade é anulada e substituída, de maneira ilegítima, ou seja, de uma maneira não prescrita pela primeira ordem por uma nova ordem. Nesse contexto, é irrelevante saber se a substituição foi ou não efetuada atra-

vés de uma insurreição violenta contra os indivíduos que até então eram os órgãos "legítimos" com competência para criar e emendar a ordem jurídica. E igualmente irrelevante saber se a substituição foi efetuada através de um movimento emanado da massa popular ou através da ação de pessoas em postos governamentais. De um ponto de vista jurídico, o critério decisivo de revolução é o de que a ordem em vigor foi derrubada e substituída por uma nova ordem de um modo que a primeira não havia previsto. Na maioria das vezes, os novos homens que a revolução leva ao poder anulam a constituição e certas leis de importância política proeminentemente, e estabelecem outras normas em seu lugar. Uma boa parte da velha ordem "permanece" válida dentro da estrutura da nova ordem. Mas a expressão "permanece" válida não dá uma descrição adequada do fenômeno. Apenas o conteúdo dessas normas permanece o mesmo, não o fundamento de sua validade. Elas não são mais válidas em virtude de terem sido criadas da maneira prescrita pela velha constituição. Essa constituição não está mais em vigor; ela foi substituída por uma nova constituição que não é o resultado de uma alteração constitucional da primeira. Se as leis introduzidas sob a velha constituição "continuam válidas" sob a nova constituição, isso é possível apenas porque a validade lhes foi conferida, expressa ou tacitamente, pela nova constituição. O fenômeno é um caso de recepção (semelhante à recepção do Direito romano). A nova ordem recebe, i. e., adota, normas da velha ordem; isso quer dizer que a nova ordem dá validade (coloca em vigor) a normas que possuem o mesmo conteúdo que normas da velha ordem. A "recepção" é um procedimento abreviado de criação de Direito. As leis que, na linguagem comum, inexistia, continuam sendo válidas são, a partir de uma perspectiva jurídica, leis novas cuja significação coincide com a das velhas leis. Elas não são idênticas às velhas leis, porque seu fundamento de validade é diferente. O fundamento de sua validade é a nova constituição, não a velha, e a continuidade das duas não é válida nem do ponto de vista de uma, nem do da outra. Assim, nunca é apenas a constituição, mas sempre toda a ordem jurídica que é modificada por uma revolução.

Isso mostra que todas as normas da velha ordem foram privadas de sua validade, e não segundo o princípio de legitimidade. E elas foram privadas de validade não apenas *de facto* mas também *de jure*. Nenhum jurista sustentaria que, mesmo após uma revolução vitoriosa, a velha constituição e as leis nela baseadas permanecem em vigor, valendo-se do argumento de que elas não foram anuladas da maneira prevista pela velha ordem. Todo jurista presumirá que a velha ordem — à qual não corresponde mais nenhuma realidade política — deixou de ser válida, e que todas as normas válidas dentro da nova ordem recebem sua validade exclusivamente da nova constituição. Segue-se, então, que, a partir desse ponto de vista jurídico, as normas da velha ordem não podem mais ser reconhecidas como normas válidas.

d. Mudança da norma fundamental

O fenômeno da revolução demonstra de forma clara a significação da norma fundamental. Suponha-se que um grupo de indivíduos tente conquistar

o poder pela força, a fim de depor o governo legítimo de um Estado até então monárquico e introduzir uma forma republicana de governo. Se forem bem-sucedidos, se a velha ordem terminar e a nova ordem começar a ser eficaz, porque os indivíduos cuja conduta a nova ordem regula efetivamente se conduzem — de um modo geral — em conformidade com a nova ordem, então essa ordem é considerada como uma ordem válida. Agora, é de acordo com essa nova ordem que a conduta dos indivíduos é interpretada como sendo lícita ou ilícita. Mas isso significa que se pressupõe uma nova norma fundamental. Não é mais a norma segundo a qual a velha constituição monárquica era válida, mas uma norma segundo a qual a nova constituição republicana é válida, uma norma que investe o governo revolucionário de poder legal. Se os revolucionários fracassarem, se a ordem que tentam estabelecer permanecer ineficaz, então, por outro lado, seu empreendimento é interpretado não como um ato criador de Direito, como um ato ilícito, como o estabelecimento de uma constituição, mas como um ato ilícito, como crime de traição, e isso segundo a velha constituição monárquica e sua norma fundamental específica.

e. O princípio de eficácia

Caso tentemos tornar explícita a pressuposição sobre a qual repousam essas considerações jurídicas, descobriremos que as normas da velha ordem são consideradas como destituídas de validade porque a velha constituição e, por conseguinte, as normas jurídicas baseadas nessa constituição, a velha ordem jurídica como um todo, perdeu sua eficácia; porque a conduta efetiva dos homens não mais se conforma a essa velha ordem jurídica. 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 uma 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 a ordem jurídica total, da qual essa norma é parte integrante, perdeu sua eficácia. O princípio de legitimidade é restrito pelo princípio de eficácia.

f. Desuetude

Não se deve compreender isso como querendo dizer que uma norma individual perde sua validade se ela, e apenas ela, for tornada ineficaz. Dentro de uma norma jurídica que, como um todo, é eficaz, pode ocorrer que normas

isoladas de validade indubitável não sejam eficazes, ou melhor, não sejam obedecidas e nem mesmo aplicadas quando forem cumpridas as condições que elas mesmas estabeleceram para sua aplicação. Mesmo nesse caso, entretanto, a eficácia tem alguma relevância para a validade. Se a norma continuar permanentemente ineficaz, ela é privada de sua validade por "dessuetude".

1. "Dessuetude" é o efeito jurídico negativo do costume. Uma norma pode ser anulada pelo costume, ou seja, por um costume contrário à norma, assim como pode ser criada pelo costume. A dessuetude anula uma norma criando outra norma, idêntica em caráter ao estatuto cuja única função é revogar um estatuto previamente válido. A questão muito discutida de se saber se um estatuto também pode ou não ser invalidado por dessuetude é, em última análise, a questão de se saber se o costume como origem de Direito pode ser eliminado de uma ordem jurídica por meio de estatuto. Por motivos que serão fornecidos mais tarde, a questão deve ser respondida de modo negativo. Deve-se admitir que qualquer norma jurídica, mesmo uma norma estatutária, pode perder sua validade por dessuetude.

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

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

g. O "dever ser" e o "ser"

A norma fundamental de uma ordem jurídica nacional não é o produto arbitrário da imaginação jurídica. Seu conteúdo é determinado por fatos. A função da norma fundamental é tornar possível a interpretação normativa de certos fatos, e isso significa a interpretação de fatos como a criação e aplicação de normas válidas. Como já assinalamos, as normas jurídicas são consideradas válidas apenas se pertencerem a uma ordem jurídica que é, de um modo geral, eficaz. Portanto, o conteúdo de uma norma fundamental é determinado pelos fatos através dos quais se cria e aplica uma ordem, aos quais se conforma, de uma maneira geral, a conduta dos indivíduos regulada por essa ordem. A norma fundamental de qualquer ordem jurídica positiva confere autoridade jurídica apenas aos fatos pelos quais uma ordem eficiente como um todo é criada e aplicada. Não se exige que a conduta efetiva dos indivíduos esteja em conformidade absoluta com a ordem. Pelo contrário, deve ser possível certo antagonismo entre a ordem normativa e a conduta humana efetiva à qual se referem as regras. Sem tal possibilidade, uma ordem normativa seria completamente destituída de significado. O que necessariamente acontece sob as leis da natureza não tem de ser prescrito por normas: a norma fundamental de uma ordem social à qual se conforma, sempre e sem exceções, a conduta dos indivíduos seria a seguinte: "Os homens devem

se conduzir como efetivamente se conduzem" ou "você deve fazer o que efetivamente faz". Tal ordem teria tanto sentido quanto uma ordem à qual a conduta humana não se conformasse de modo algum, mas que a contrariasse sempre e em todos os aspectos. Por conseguinte, uma ordem normativa perde sua validade quando a realidade não mais corresponde a ela, pelo menos em certo grau. A validade de uma ordem jurídica depende, desse modo, da sua concordância com a realidade, da sua "eficácia". A relação que existe entre a validade e a eficácia de uma ordem jurídica — por assim dizer, a tensão entre o "dever ser" e o "ser" — pode ser determinada apenas por um limite superior e inferior. A concordância não deve nem exceder certo limite máximo, nem cair abaixo de um limite mínimo.

h. Direito objetivo e poder (direito e força)

Percebendo que a validade de uma norma jurídica é, desse modo, dependente de sua eficácia, poder-se-ia incorrer em erro identificando os dois fenômenos, definindo a validade do Direito como sua eficácia, descrevendo o Direito por meio de enunciados de "ser", e não de "dever ser". Tentativas desse tipo foram feitas muitas vezes e sempre fracassaram. Porque, se a validade do Direito é identificada com algum fato natural, torna-se impossível compreender o sentido específico em que o Direito é dirigido à realidade e, assim, se sobrepõe à realidade. A realidade pode se conformar ao Direito ou contradizê-lo; a conduta humana pode ser caracterizada como lícita ou ilícita apenas se o Direito e a realidade natural, o sistema de normas jurídicas e a conduta efetiva dos homens, o "dever ser", forem dois domínios diferentes.

A eficácia do Direito pertence ao domínio da realidade e é muitas vezes chamada de poder do Direito. Se substituirmos poder por eficácia, então o problema de validade e eficácia é transformado no problema mais comum de "direito e força". E, então, a solução aqui apresentada é meramente o enunciado preciso da velha verdade de que, apesar de o Direito não poder existir sem poder, ainda assim Direito objetivo e poder, direito e força, não são a mesma coisa. O Direito é, segundo a teoria aqui desenvolvida, uma ordem ou organização específica de poder.

i. O princípio de eficácia como norma jurídica positiva (Direito internacional e Direito nacional)

O princípio de que uma ordem jurídica deve ser eficaz para ser válida é, em si, uma norma positiva. É o princípio de eficácia pertencente ao Direito internacional. Segundo este princípio do Direito internacional, uma autoridade efetivamente estabelecida é o governo legítimo, a ordem coercitiva criada por esse governo é a ordem jurídica, e a comunidade constituída por essa ordem é um Estado no sentido do Direito internacional, na medida em que essa ordem é, como um todo, eficaz. A partir da perspectiva do Direito internacional, a constituição de um Estado é válida apenas se a ordem jurídica estabelecida com base nessa constituição for, como um todo, eficaz. É este

princípio geral de eficácia, uma norma positiva do Direito internacional, que, aplicado às circunstâncias concretas de uma ordem jurídica nacional individual, estabelece a norma fundamental individual. Desse modo, as normas fundamentais das diversas ordens jurídicas nacionais são, elas próprias, baseadas em uma norma geral da ordem jurídica internacional. Se concebemos o Direito internacional como uma ordem jurídica à qual estão subordinados todos os Estados (e isso quer dizer todas as ordens jurídicas nacionais), então a norma fundamental de uma ordem jurídica nacional não é uma mera pressuposição do pensamento jurídico, mas uma norma jurídica positiva, uma norma do Direito internacional aplicada à ordem jurídica de um Estado concreto. Admitindo a primazia do Direito internacional sobre o Direito nacional, o problema da norma fundamental desloca-se da ordem jurídica nacional para a ordem jurídica internacional. Então, a única norma fundamental verdadeira, uma norma que não é criada por um procedimento jurídico, mas pressuposta pelo pensamento jurídico, é a norma fundamental do Direito internacional.

j. Validade e eficácia

Que a validade de uma norma jurídica dependa de sua eficácia não implica que, como foi assinalado, a validade de uma norma isolada dependa de sua eficácia. A norma jurídica individual permanece válida na medida em que seja parte de uma ordem válida. A questão de se saber se uma norma individual é válida é respondida recorrendo-se à primeira constituição. Se esta for válida, então todas as normas que foram criadas de maneira constitucional são válidas também. O princípio de eficácia corporificado no Direito internacional refere-se imediatamente apenas à primeira constituição de uma ordem jurídica internacional e, portanto, a essa ordem apenas como um todo.

Contudo, o princípio de eficácia pode ser adotado, até certo ponto, também pelo Direito nacional, e, desse modo, dentro de uma ordem jurídica nacional, a validade de uma norma isolada pode ser tornada dependente de sua eficácia. Tal é o caso quando a norma jurídica perde sua validade por desusuetude.

D. O conceito estático e o conceito dinâmico de Direito

Caso se encaixe a ordem jurídica a partir de um ponto de vista dinâmico, tal como foi exposto aqui, parece possível definir o conceito de Direito de um modo inteiramente diferente daquele em que tentamos defini-lo nessa teoria. Parece possível, em especial, ignorar o elemento de coerção ao definir o conceito de Direito.

É fato que o legislador pode decretar comandos sem considerar necessário vincular uma sanção criminal ou civil à sua violação. Se tais normas também são chamadas de normas jurídicas, é porque elas foram criadas por uma autoridade que, segundo a constituição, é competente para criar Direito. Elas são Direito porque emanam de uma autoridade criadora de Direito. De acordo com esse conceito, o Direito é qualquer coisa que se tenha efetuado da maneira

que a constituição prescreve para a criação de Direito. Esse conceito dinâmico difere do conceito de Direito como ordem coercitiva. Segundo o conceito dinâmico, o Direito é algo criado por certo processo, e tudo o que é criado desse modo é Direito. Esse conceito dinâmico, contudo, é apenas aparentemente um conceito de Direito. Ele não contém nenhuma resposta à questão do que é a essência do Direito, de qual é o critério pelo qual o Direito pode ser distinguido de outras normas sociais. Esse conceito dinâmico fornece resposta apenas à questão de se saber se e por que certa norma pertence a um sistema de normas jurídicas válidas, se e por que ela faz parte de certa ordem jurídica. E a resposta é a de que certa norma pertence a certa ordem jurídica se for criada de acordo com um procedimento prescrito pela constituição fundamental dessa ordem jurídica.

Deve-se notar, porém, que não apenas uma norma, i.e., um comando que regula a conduta humana, pode ser criada da maneira prescrita pela constituição para a criação de Direito. Um estágio importante no processo criador de Direito é o procedimento pelo qual normas gerais são criadas, ou seja, o procedimento legislativo. A constituição pode organizar esse procedimento da seguinte maneira: duas resoluções correspondentes de ambas as casas do parlamento, a aprovação do chefe de Estado e a publicação em um diário oficial. Isso significa que uma forma específica de criação de Direito é estabelecida. É, então, possível investir nessa forma qualquer matéria, como, por exemplo, o reconhecimento dos méritos de um estadista. A forma de uma lei — uma declaração votada pelo parlamento, aprovada pelo chefe de Estado, publicada no diário oficial — é escolhida a fim de dar a certa matéria, no caso a expressão de gratidão da nação, o caráter de um ato solene. O reconhecimento solene dos méritos de um estadista não é, de modo algum, uma norma, mesmo que surja como conteúdo de um ato legislativo, mesmo que tenha a forma de uma lei. A lei como produto do procedimento legislativo, um estatuto no sentido formal do termo, é um documento que contém palavras, sentenças; e aquilo que é expresso por essas sentenças não tem de ser necessariamente uma norma. Aliás, várias leis — nesse sentido formal do termo — contém não apenas normas jurídicas, mas também certos elementos que não possuem qualquer caráter jurídico, i.e., normativo, específico, tais como visões puramente teóricas a respeito de certos assuntos, as motivações do legislador, ideologias políticas contidas em referências tais como "justiça" ou "a vontade de Deus", etc., etc. Todos esses são conteúdos juridicamente irrelevantes do estatuto ou, de um modo mais geral, produtos juridicamente irrelevantes do processo criador de Direito. O procedimento criador de Direito inclui não apenas o processo de legislação, mas também o procedimento das autoridades jurídicas e administrativas. Mesmo os julgamentos dos tribunais contêm, muitas vezes, elementos juridicamente irrelevantes. Se pelo termo "Direito" quer se exprimir algo pertencente a certa ordem jurídica, então Direito é qualquer coisa que foi criada de acordo com o procedimento descrito pela constituição fundamental dessa ordem. Isso não quer dizer, porém, que tudo o que foi criado de acordo com esse procedimento seja Direito no sentido de norma jurídica. É uma norma jurídica apenas se pretende regular a conduta humana e se regula a conduta humana estabelecendo um ato de coerção como sanção.