

TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen

Tradução

JOÃO BAPTISTA MACHADO

Martins Fontes
São Paulo 2003

se a norma que absolve o demandado ou rejeita a pretensão, e a outra norma, que põe o ato coercivo como devido, permanece por longo tempo ineficaz e perde, assim, a sua validade. Esta interpretação opera-se de acordo com a norma fundamental. Com efeito, a norma fundamental determina: a coação deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma determinados pela Constituição que seja, globalmente considerada, eficaz, pelas normas gerais, postas em conformidade com a Constituição, que sejam, de modo global, eficazes e pelas normas individuais eficazes. A eficácia é estabelecida na norma fundamental como pressuposto da validade. Se o conflito se apresenta numa e mesma decisão judicial — o que a custo será possível, a não ser que o juiz tenha perturbações mentais —, então estamos perante um ato sem sentido e, portanto — como mostramos atrás —, não estamos sequer em face de uma norma jurídica objetivamente válida. Assim, a norma fundamental torna possível interpretar (pensar) o material que se apresenta ao conhecimento jurídico como um todo com sentido, o que quer dizer, descrevê-lo em proposições que não são logicamente contraditórias.

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior. Na exposição da construção escalonada da ordem jurídica se mostrará como isto sucede⁸.

f) *Legitimidade e efetividade*

A significação da norma fundamental torna-se especialmente clara quando uma Constituição não é constitucionalmente modificada mas é revolucionariamente substituída por uma outra, quando a existência — isto é, a validade — de toda ordem jurídica imediatamente assente na Constituição é posta em questão.

Como a outro propósito já foi referido, o domínio de validade de uma norma, especialmente o seu domínio temporal de validade, pode ser limitado, quer dizer: o começo e o fim da sua validade podem ser determinados, por ela própria ou por uma

norma mais elevada que regula a sua produção. As normas de uma ordem jurídica valem enquanto a sua validade não termina, de acordo com os preceitos dessa ordem jurídica. Na medida em que uma ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram. As constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através do qual somente, podem ser modificadas. O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade.

Este princípio, no entanto, só é aplicável a uma ordem jurídica estadual com uma limitação muito importante: no caso de revolução, não encontra aplicação alguma. Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos. Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente. Em regra, por ocasião de uma revolução destas, somente são anuladas a antiga Constituição e certas leis politicamente essenciais. Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. No entanto, esta expressão não é acertada. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente, pelo governo revolucionário. O que existe, não é uma criação de Direito inteiramente nova, mas recepção de normas de uma ordem jurídica por uma outra; tal como, e. g., a recepção do Direito romano pelo Direito alemão. Mas também essa recepção é produção de Direito. Com efeito, o imediato fundamento de validade das normas jurídicas recebidas sob a nova Constituição, revolucionariamente estabelecida, já não pode ser a antiga Cons-

tuição, que foi anulada, mas apenas o pode ser a nova. O conteúdo destas normas permanece na verdade o mesmo, mas o seu fundamento de validade, e não apenas este mas também o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, mudou. Com o tornar-se eficaz da nova Constituição, modificou-se a norma fundamental, quer dizer, o pressuposto sob o qual o fato constituinte e os fatos em harmonia com a Constituição podem ser pensados como fatos de produção e de aplicação de normas jurídicas. Se porventura a antiga Constituição tinha o caráter de uma monarquia absoluta e a nova tem o caráter de uma república parlamentar, então a proposição jurídica que descreve a norma fundamental já não diz: os atos coercivos devem ser estabelecidos sob os pressupostos e pela forma que a antiga Constituição, que já não é eficaz, determina e que, portanto, estão previstos nas normas gerais e individuais que são criadas e aplicadas pelo monarca absoluto agindo em conformidade com a Constituição e pelos órgãos em quem ele delega, mas: os atos coercivos devem ser estabelecidos sob os pressupostos e pela forma que determina a nova Constituição e, portanto, de harmonia com as normas gerais e individuais que são criadas e aplicadas pelo parlamento, eleito de acordo com a Constituição, e pelos órgãos em que estas normas delegam. A nova Constituição não permite — como a antiga — considerar um determinado indivíduo como monarca absoluto, pois só permite considerar como autoridade jurídica um parlamento eleito pelo povo. De acordo com a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual o governo efetivo, que, com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado.

A modificação da norma fundamental segue-se à modificação dos fatos a serem interpretados como criação e aplicação de normas jurídicas válidas. A norma fundamental refere-se apenas a uma Constituição que é efetivamente estabelecida por um ato legislativo ou pelo costume e que é eficaz. Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas. Desde o momento em que a antiga Constituição perdeu a sua eficácia e a nova se tornou eficaz, quer dizer, desde o momento em que as normas gerais já não são criadas pelo monarca, competente segundo a antiga Constituição, mas pelo parlamento, competente segundo a nova Constituição, e as leis, já não postas pelo monarca mas pelo parlamento apenas, são aplicadas pelos órgãos instituídos por

estas mesmas leis — e não pelas leis ditadas pelo monarca —, os atos que surgem com o sentido subjetivo de criar ou aplicar normas jurídicas já não mais são pensados sob a pressuposição da antiga norma fundamental, mas sob a pressuposição da nova norma fundamental. As leis ditadas sob a antiga Constituição e que não sejam recebidas já não são consideradas válidas, os órgãos instituídos de acordo com a antiga Constituição já não são considerados competentes. Se a revolução não fosse bem-sucedida, quer dizer, se a Constituição revolucionária — que não veio à existência de acordo com a antiga Constituição — não se tivesse tornado eficaz, se os órgãos por ela previstos não tivessem ditado quaisquer leis que fossem de fato aplicadas pelos órgãos previstos nestas leis, mas se, pelo contrário, a antiga Constituição tivesse permanecido eficaz, não haveria qualquer motivo para pressupor uma nova norma fundamental no lugar da antiga. Então a revolução não seria interpretada como um processo produtor de Direito novo, mas — segundo a antiga Constituição e a lei penal que sobre ela se funda e que se considera ainda válida — como crime de alta traição. O princípio que aqui surge em aplicação é o chamado princípio da efetividade. O princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade.

g) *Validade e eficácia*

Nesta limitação revela-se a conexão, já repetidas vezes acentuada antes e sumamente importante para uma teoria do Direito positivo, entre validade e eficácia do Direito. A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é — tal como a eficácia da norma jurídica — um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto. Um dos extremos é representado pela tese de que, entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade do Direito é completamente independente da sua eficácia. O outro extremo é a tese de que a validade do Direito se identifica com a sua eficácia. A primeira so-

lução do problema tende para uma teoria idealista, a segunda para uma teoria realista⁹. A primeira é falsa, pois, por um lado, não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz; por outro lado, é também falsa na medida em que existe uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural, já que a norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser posta através de um ato-de-ser (da ordem do ser). A segunda solução é falsa, pois não pode ser negado que há — como acima se mostrou¹⁰ — numerosos casos nos quais as normas jurídicas são consideradas como válidas se bem que não sejam, ou não sejam ainda, eficazes. A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são — tal como o ato que estabelece a norma — condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes. A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade. A eficácia é-o no sentido de que deve acrescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e bem assim a norma jurídica singular, não percam a sua validade. Uma condição não pode identificar-se com aquilo que condiciona. Assim, um homem, para viver, tem de nascer: mas, para permanecer com vida, outras condições têm ainda de ser preenchidas, v. g., tem de receber alimento. Se esta condição não é satisfeita, perde a vida. A vida, porém, não se identifica nem com o fato de nascer nem com o fato de receber alimento.

No silogismo normativo que fundamenta a validade de uma ordem jurídica, a proposição de dever-ser que enuncia a norma fundamental: devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz, constitui a premissa maior; a proposição de ser que afirma o fato: a Constituição foi efetivamente posta e é eficaz, quer dizer, as normas postas de conformidade com ela são globalmente aplicadas e observadas, constitui a premissa menor; e a proposição de dever-ser: devemos conduzir-nos de harmonia com a ordem jurídica, quer dizer: a ordem jurídica vale (é válida ou vigente), constitui a conclusão. As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) *porque* a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apoia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência).

Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, *numa consideração global*, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. E também uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada. Como já se acentuou a outro propósito, se fosse inadmissível a possibilidade de uma oposição entre o que uma norma estatui como devendo ser e o que de fato acontece, se houvesse uma norma que apenas estatuísse como devendo (devendo ser) aquilo que de antemão sabemos que, segundo uma lei natural, tem de acontecer, tal norma seria uma norma sem sentido, quer dizer, uma tal norma não seria considerada como norma válida. Por outro lado, também não se considera como válida uma norma que nunca é observada ou aplicada. E, de fato, uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada *désuetudo*. A *désuetudo* é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume. Se a eficácia, no sentido

acima exposto, é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da *desuetudo*.

A relação que acaba de ser descrita, entre validade e eficácia, refere-se às normas jurídicas gerais. Mas também as normas jurídicas individuais, através das quais — v. g. através de uma decisão judicial ou de uma resolução administrativa — é ordenado um ato de coerção singular, perdem a sua validade quando permanecem por longo tempo por executar e, portanto, ineficazes, como já se mostrou a propósito da hipótese, acima referida, de um conflito entre duas decisões judiciais¹¹.

A eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade. Isto tem de ser bem acentuado, pois não falta ainda hoje quem procure identificar a validade do Direito com a sua eficácia. É-se levado a tal identificação pelo fato de ela parecer simplificar substancialmente a situação teórica. Esta tentativa, porém, está necessariamente condenada ao fracasso. Não só porque — como se depreende do que antecede — também uma ordem jurídica ou uma norma relativamente ineficazes, quer dizer, ineficazes até certo ponto, podem ser consideradas como válidas, e uma norma absolutamente eficaz, que nem sequer pode ser violada, não é tida por válida porque nem sequer é considerada norma; mas especialmente porque, se se afirma a vigência, isto é, a especial existência do Direito, como consistente em qualquer realidade natural, não se está em posição de compreender o sentido próprio ou específico com o qual o Direito se dirige à realidade e pelo qual precisamente se contrapõe a essa realidade que — apenas se se não identifica com a vigência do Direito — pode ser conforme ou contrária ao Direito. Assim como é impossível, na determinação da vigência, abstrair da realidade, assim também é impossível identificar a vigência com a realidade. Se no lugar do conceito de realidade — como realidade da ordem jurídica — se coloca o conceito de poder, então o problema da relação entre validade e eficácia coincide com a existente entre Direito e força — bem mais corrente. E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exata da antiga verdade de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. É — no sentido da teoria aqui desenvolvida — uma determinada ordem (ou ordenação) do poder.

h) A norma fundamental do Direito internacional

Se se toma também em consideração a ordem jurídica internacional nas suas relações com as diferentes ordens jurídicas estaduais e se se aceita — como freqüentemente sucede — que o Direito internacional só vale — se é que vale — em face de um Estado quando é reconhecido por este, isto é, pelo seu governo, com base na Constituição do Estado, então a resposta até aqui dada à questão do fundamento da vigência do Direito — de que é uma norma fundamental pressuposta referida a uma Constituição estadual eficaz — permanece válida. Com efeito, o Direito internacional, nesse caso, apenas é uma parte integrante da ordem jurídica estadual representada como soberana e cujo fundamento de vigência é a norma fundamental referida à Constituição eficaz. Ela é, como fundamento de vigência da Constituição estadual, ao mesmo tempo o fundamento de vigência do Direito internacional reconhecido, quer dizer, posto em vigência para o Estado, com base na Constituição estadual. A situação modifica-se, porém, quando se considere o Direito internacional, não como parte integrante da ordem jurídica estadual, mas como única ordem jurídica soberana, supra-ordenada a todas as ordens jurídicas estaduais e delimitando-as, umas em face das outras, nos respectivos domínios de validade, quando se parta, não do primado da ordem jurídica estadual, mas do primado da ordem jurídica internacional¹². Esta contém de fato uma norma que representa o fundamento de vigência das ordens jurídicas estaduais. 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 simples norma pressuposta. A norma do 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 já anteriormente existente ou com base numa Constituição por ele revolucionariamente estabelecida.