

# **A RELAÇÃO ENTRE EFICÁCIA E VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS: DIÁLOGO ENTRE AS TEORIAS DE ALF ROSS E HANS KELSEN**

**THE RELATIONSHIP BETWEEN EFFICACY AND VALIDITY OF RULE OF LAW:  
DIALOGUE BETWEEN ALF ROSS AND HANS KELSEN THEORIES**

## **Pedro César Ivo Trindade Mello**

Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal da Bahia, Professor de Direito Tributário da Faculdade Maurício de Nassau/Salvador, Sócio do escritório Garcia Landeiro Advogados Associados.

## **RESUMO**

O presente estudo tem como objetivo avaliar, através de uma análise crítica dos livros Teoria Pura do Direito e Direito e Justiça, o entendimento externado por Hans Kelsen e por Alf Ross, respectivamente, a respeito da relação existente entre eficácia e validade das normas jurídicas. São revisados aqui, primeiramente, os conceitos de direito vigente e ordenamento jurídico, bem como os pressupostos de validade dos mesmos. A partir desta construção, conclui-se que as obras submetidas à análise são de elevada importância para a construção do positivismo jurídico e compreensão do Direito como Ciência, mas que não fornecem teses completas e inteiramente coerentes com os seus próprios pressupostos, preliminarmente fixados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hans Kelsen; Alf Ross; Validade; Eficácia, Vigência; Direito; Ordenamento Jurídico; Positivismo; Norma Fundamental; Efetividade; Realismo.

## **ABSTRACT**

The present study has the objective of evaluate, through a critical analysis of the books “The Pure Theory of Law” and “On Law and justice”, the understanding voiced by Hans Kelsen and Alf Ross, respectively, regarding the relationship between efficacy and validity of rule of law. It will be reviewed, at first, the in force law and the legal system concepts, as well as the assumptions of their validity. From this study is possible to conclude that the analyzed works are of great value to the Positivism concept and to the understanding of Law as a Science. Nevertheless those works do not provide complete thesis, fully consistent with their own assumptions, preliminarily fixed.

**KEYWORDS:** Hans Kelsen; Alf Ross; Validity; Efficacy; In Force; Law; Legal System; Positivism; Fundamental Rule; Effectiveness; Realism.

O presente estudo tem como escopo realizar um estudo crítico e promover breve revisão bibliográfica a respeito dos conceitos de validade e eficácia nas obras Teoria Pura do Direito, de autoria de Hans Kelsen, e Direito e Justiça, de autoria de Alf Ross.

O início do trabalho é reservado para a fixação de alguns pressupostos teóricos, e abordagem pormenorizada acerca das obras dos dois autores, evidenciando as distintas concepções positivistas adotadas pelos mesmos.

Assim, no primeiro tópico deste artigo consta revisão acerca do entendimento de Hans Kelsen, o qual promove a distinção entre eficácia e validade, colocando-os em planos distintos.

Na concepção kelseniana a validade de uma norma apenas pode ser buscada em outra, considerada como hierarquicamente superior. Para que a norma seja reputada como existente ela precisa, necessariamente, cumprir com os requisitos de validade postos pelo próprio ordenamento, sem precisar buscar lastro em qualquer circunstância empírica ou metajurídica. Assim, as normas perfazem um sistema que encontra fundamento comum de validade na denominada norma fundamental (*grundnorm*).

O relacionamento entre a eficácia e a validade, no que se refere às normas, pode ser encontrado na medida em que Kelsen reputa que, em regra, o descumprimento da norma não tem o condão de invalidá-la. Em verdade, a prática de um ato ilícito é o pressuposto para que haja a aplicação do direito pelos tribunais.

Assim, a regra é a de que a eficácia da norma, que pode ser evidenciada na modalidade observância por parte dos jurisdicionados ou aplicação pelas autoridades competentes, não opera efeitos concernentes à validade, exceto na hipótese dela ser duradouramente ineficaz.

De outro lado, há acentuadas críticas à *grundnorm* uma vez que, ao adotá-la, Kelsen indiretamente imputou a eficácia como algo elementar à validade do ordenamento jurídico como um todo, como poderá ser observado ao longo do trabalho.

Posteriormente, no segundo tópico, é realizada uma digressão a respeito do entendimento externado por Alf Ross, o qual é adepto da corrente realista do direito e manifesta que deve ser considerado direito válido aquele que seja efetivamente aplicado pelos tribunais e sentido como obrigatório pelos magistrados.

O referido autor propõe um sincretismo entre o ramo Psicológico e o Comportamentista, de forma que para apurar o que viria a ser direito vigente é necessário que o mesmo seja sentido como obrigatória pelos seus destinatários, os juízes, e que sejam efetivamente aplicadas pelos mesmos.

No terceiro tópico, realizamos o cotejo entre as ideias dos jusfilósofos estudados anteriormente atentando para as críticas que foram reciprocamente realizadas um ao outro, de forma a evidenciar os pontos em que é possível realizar ressalvas às construções teóricas submetidas à análise.

Com o intuito de alcançar o objetivo pretendido, a pesquisa também foi elaborada a partir de revisão bibliográfica, uma vez que esta é desenvolvida com base em material já confeccionado por terceiros e permite uma ampla e diversificada noção teórica, com possibilidade de aprofundamento significativo dentro do tema escolhido. Neste diapasão valemo-nos, dentre outros, das valiosas contribuições de Norberto Bobbio, Dimitri Dimoulis, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Miguel Reale e Machado Neto, para possibilitar uma análise crítica mais acurada.

Os tópicos foram assim dispostos para que fosse possível, primeiramente, ter uma visão geral a respeito dos institutos da validade e da eficácia nas concepções positivistas de Hans Kelsen e Alf Ross, para, posteriormente, enfrentar os pontos contraditórios sobre os quais foram tecidas críticas às respectivas obras.

## **1 EFICÁCIA E VALIDADE NA OBRA TEORIA PURA DO DIREITO – HANS KELSEN**

A produção científica de Kelsen é bastante extensa e não poderia ser, como um todo, objeto de estudo no presente trabalho monográfico. Por tal razão, nos restringiremos a abordar um aspecto contido na “Teoria Pura do Direito”. Entretanto, antes de adentrar ao cerne da questão, cumpre mencionar, ainda que de forma perfunctória, o objeto do estudo promovido, que culminou com a edição da referida obra.

Kelsen inicia a “Teoria Pura do Direito” indicando que ela é uma Teoria do Direito Positivo e, como tal, não se limita à interpretação de qualquer ordem jurídica especial, malgrado forneça uma teoria para tal interpretação. Como teoria, pretende identificar e estudar o que é o direito, como conjunto de normas, sem se amarrar a como o mesmo deveria ser, já que não se trata de política do Direito, mas, sim, a ciência jurídica.

Como objeto de uma ciência, se propõe a produzir um conhecimento voltado exclusivamente ao Direito, apartando-o de tudo que não pertença ao mesmo, como a psicologia, sociologia, ética e teoria política, evitando um sincretismo metodológico que pudesse obscurecer a essência da ciência jurídica, apesar de reconhecer a conexão da mesma em face de outras disciplinas.

O corte epistemológico realizado por Kelsen, acima apresentado, é de grande importância por conceder fundamentos úteis à análise do seu entendimento acerca da validade da norma jurídica, bem como do próprio ordenamento, além do inter-relacionamento destes com a eficácia.

Primeiramente, importa destacar que o autor toma como expressões sinônimas os termos vigência e validade, no sentido de existência da norma jurídica, a qual veicula que determinada conduta humana é proibida, permitida ou facultada. De outra sorte, para que se repute determinada norma como existente, é indispensável que a mesma seja válida, ou seja, tenha cumprido com o procedimento previsto para a sua instituição.

O fundamento de validade de uma norma não pode ser respondido com base na verificação de um fato da ordem do ser, razão pela qual apenas pode ser encontrado em outra norma, designada como norma superior. Neste diapasão, Kelsen propõe uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras, de sorte a haver, sempre, a busca do fundamento de validade de uma norma em outra considerada hierarquicamente superior, situação em que a norma inferior apenas será considerada válida na medida em que tenha sido produzida da forma como determinada pela norma superior, a qual representa o fundamento imediato de validade daquela.

Assim, para que determinado ato seja considerado como uma norma jurídica e faça parte do ordenamento é indispensável que tenha cumprido os requisitos de validade previstos na norma hierarquicamente superior, evidenciando a concepção inicialmente externada de que Kelsen toma os termos vigência e validade como sinônimos, na medida em que a “norma inválida”, aquela que não cumpre com o procedimento previsto para a sua edição, em verdade, sequer poderia ser considerada como parte do ordenamento, não seria considerada uma norma jurídica.

Por possuírem o mesmo fundamento de validade, as normas integrantes de uma ordem jurídica formam uma unidade de proposições jurídicas que não são logicamente contraditórias entre si. É certo que há possibilidade de, em algumas situações, haver um conflito aparente entre diferentes normas, situação que é saneada por meio da interpretação.

O procedimento interpretativo variará a depender das normas que aparentemente estejam em conflito. Se estas forem do mesmo escalão hierárquico, deve prevalecer a norma editada por último. Se este primeiro critério não for aplicável, ou seja, quando as normas contraditórias são contemporâneas, a harmonização entre elas deve se dar pela limitação da validade de uma, pela outra, definindo a melhor interpretação no caso. Caso nenhuma interpretação possível seja razoável (ou, nas palavras do autor, quando nenhuma interpretação

for possível), o ato legislativo não terá sentido e, por isso, não haverá uma norma jurídica objetivamente válida.

Se as normas que aparentemente se contradizem fossem de hierarquias distintas, inexistiria a possibilidade de conflito, uma vez que a norma de hierarquia inferior busca fundamento de validade na norma de hierarquia superior, de forma que esta, invariavelmente, há de prevalecer.

Ocorre que, com o intuito de dar coerência ao ordenamento jurídico, Kelsen reputa como necessário buscar qual seria o fundamento último de validade das normas e do próprio ordenamento, indicando que este poderá ser encontrado na denominada *norma fundamental* (Grundnorm). Esta é uma norma pressuposta, afinal caso tivesse sido posta por alguma autoridade, necessariamente precisaria ter fundamento de validade em uma norma superior e, conseqüentemente, deixaria de ser a mais elevada de determinada ordem jurídica.

E, na concepção kelseniana, é justamente nessa norma fundamental que poderá ser encontrado o elemento de coesão e o fundamento último, e comum, de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, apesar deste fundamento último de validade não dispor a respeito do conteúdo da ordem dele derivada.

Assim, de maneira sintetizada, podemos aduzir que “norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam esse sistema” (KELSEN, 2006, p. 220).

Em decorrência da concepção de norma fundamental acima delineada, é possível observar que esta imprime o requisito de validade tanto das normas jurídicas individualmente consideradas, como do ordenamento jurídico como um todo.

O ordenamento, por sua vez, possui, essencialmente, um caráter dinâmico, de forma que a validade da norma independe do seu conteúdo, mas sim da forma como foi criada, se se encontra de acordo com a norma de hierarquia superior (que em última análise será a norma fundamental pressuposta). “Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito” (KELSEN, 2006, p. 221), entendimento que é corroborado pelo entendimento externado ao longo da Teoria Pura do Direito no sentido de afastar o conceito de Direito de valores éticos ou morais.

Daí também se conclui que as normas de uma ordem jurídica possuem um ato específico de criação, sendo postas, positivas, fruto de um processo consciente do Direito, o processo legislativo. Entendimento que não se aplica à norma fundamental, que é o ponto de partida do processo de criação do Direito positivo.

Ela, em si, não é uma norma posta (pelo costume ou positivada), ela é pressuposta por ser a instância mais elevada, não possuindo outra norma que lhe confira validade. Por ser

o fato fundamental para a instauração da ordem jurídica, Kelsen a denomina como constituição, em um sentido lógico-jurídico (distinguindo-a da constituição em sentido jurídico-positivo).

Objetivando defender-se das críticas realizadas a sua obra, as quais serão analisadas de maneira mais aprofundada nos capítulos seguintes, Kelsen menciona que a norma fundamental apenas pode ser entendida mediante a consideração de que ela se refere, de maneira imediata, a uma Constituição (produzida pelo costume ou positivada) e, de maneira mediata, à ordem coercitiva criada de acordo com esta.

Mais uma vez, ressalta que pouco importa o conteúdo da Constituição e da ordem dela derivada, já que na pressuposição da norma fundamental não há qualquer valor transcendente ao direito positivo.

Assim, sob a condição da norma fundamental ser pressuposta, há o dever dos indivíduos de se conduzirem conforme a Constituição jurídico-positiva prescreve, independentemente do conteúdo desta ou das normas dela derivadas, em um procedimento de silogismo, em que a premissa maior é uma norma considerada objetivamente válida e a premissa menor é a prescrição contida na norma, das quais decorre a conclusão de que devemos nos conduzir de certa maneira.

Kelsen afirma que a premissa maior (norma considerada objetivamente válida) será considerada uma norma fundamental se a sua validade objetiva não puder ser questionada, se for absoluta. E esta norma fundamental seria indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas jurídica positivas.

Por fim, o autor demonstra entender que este é o único raciocínio que reputa pertinente (e que segundo ele já era feito de forma consciente ou inconsciente por todos os juristas) para consagrar a validade de uma ordem jurídica normativa sem recorrer a uma norma superior metajurídica (advinda de uma autoridade supraordenada à autoridade jurídica).

## 1.1 A IMPORTÂNCIA DA EFICÁCIA NA OBRA DE KELSEN

Da análise do conceito de validade defendido por Kelsen, especialmente no fundamento supremo de validade do ordenamento jurídico – Grundnorm – é possível constatar que o direito positivo pode albergar todo e qualquer conteúdo, que a norma fundamental concede lastro para toda e qualquer disposição que cumpra com os requisitos de validade previstos no próprio ordenamento.

Entretanto, o próprio autor reconhece a possibilidade de uma ordem jurídica ser considerada inválida/inexistente, o que pode vir a ocorrer em decorrência dos chamados princípio da legitimidade e do princípio da efetividade.

O princípio da legitimidade define que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo previsto pela própria ordem (a qual é delimitada pela própria norma ou por outra mais elevada que regula a sua produção) ou até ser substituída por outra.

Entretanto, esse princípio não é aplicado no caso de uma Revolução, entendida no sentido amplo, abarcando também o golpe de Estado ou qualquer outra modificação ilegítima da Constituição (substituição da Constituição ou alteração desta não operada da forma prevista no próprio texto da mesma). Neste caso, estaremos diante do princípio da efetividade, em que a nova ordem jurídica foi instaurada e é eficaz de maneira revolucionária.

Neste ponto, é importante mencionar que, de maneira indireta, Kelsen acaba por conceder importância fundamental à eficácia, uma vez que este elemento é indispensável para definir qual é a ordem jurídica vigente em dado momento e local, ainda que não constitua elemento direto de validade das normas a ela integrantes.

Vale dizer, será considerado ordenamento jurídico aquele que seja efetivo, que consiga submeter às demais ordens como uma ordem normativa fundada na coação. Ou seja, a ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas, globalmente consideradas, são observadas e aplicadas (eficazes).

Este entendimento resta claro quando Kelsen admite que uma revolução é apta a extinguir a ordem jurídica até então existente e instaurar uma nova e, principalmente, quando observa que na hipótese de a revolução não lograr êxito, não poderia ser interpretada como processo produtor de Direito novo, mas, provavelmente, um crime com fundamento na antiga constituição e na lei penal que sobre ela se funda.

Apesar de o entendimento acima estar implicitamente contido na Teoria Pura do Direito, é importante destacar que Kelsen também versa, expressamente, a respeito do elemento “eficácia”, mas só o analisa de maneira detalhada quando o coteja com o estudo da validade da norma jurídica e não do ordenamento.

Neste sentido, o referido autor entende a “eficácia” como a circunstância de a norma ser efetivamente aplicada e observada, sentido diverso, portanto, da “vigência”, apesar de haver certa conexão.

Neste ponto, o autor indica que há dois entendimentos extremados, o primeiro de que a validade do Direito se confunde com a sua eficácia, a qual pontua ser inadmissível, na

medida em que existiriam inúmeros casos em que a norma é válida, mas pontualmente ineficaz. A segunda vertente seria no sentido de que a validade seria o “dever-ser” e a eficácia seria o “ser”, que estariam em planos distintos e que não teriam qualquer conexão.

Neste contexto Kelsen indica uma corrente híbrida, na qual se inclui, que reconhece a conexão entre validade e eficácia do Direito, no sentido de que esses institutos se relacionam, mas não se confundem.

Esta conexão, segundo o autor, existe na medida em que um mínimo de eficácia é condição de validade da norma, de forma que uma norma que nunca, e em parte alguma, é respeitada (sem eficácia) tampouco deve ser reputada como válida/vigente. Com fulcro neste raciocínio, aduz que “uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz” (KELSEN, 2006, p. 12). Isso poderia ocorrer, por exemplo, em decorrência da existência de um costume em sentido contrário ao da norma, em aplicação do instituto denominado *desueduto*.

Entretanto, apesar de reconhecer a relação entre validade e eficácia e até mesmo vislumbrar a perda de validade em razão da ineficácia duradoura, Kelsen não deixa claro em que grau essa concepção se relacionada com a ideia do ordenamento supra-infra-ordenado.

Ainda abordando este assunto, aduz que a norma jurídica entra em vigor antes de ser eficaz, de forma que estes conceitos também podem ser distinguidos pelo aspecto cronológico, apesar deste critério não se aplicar quando a abordagem se referir a uma norma consuetudinária.

Além disso, no que se refere à eficácia, Kelsen diferencia os conceitos de “aplicação”, realizada pelas autoridades em dado ordenamento e “observância”, realizada pelos próprios indivíduos, considerados como destinatários da norma. Por meio deste raciocínio, afirma que a norma não precisa ser aplicada para ser respeitada, vez que, por vezes, a hipótese ideal de vigência de uma norma jurídica é atingida quando esta sequer é aplicada, como ocorre com uma norma penal, que imponha determinada pena para a prática do delito.

Na hipótese de os indivíduos deixarem de praticar o delito em razão da representação da sanção a executar, a norma teria eficácia em decorrência da sua mera observância pelos indivíduos submetidos à ordem jurídica. Caso o delito fosse praticado, a norma manter-se-ia incólume e seria aplicada pela autoridade competente a tanto.

Feitas essas considerações, pode-se concluir que na concepção de Hans Kelsen, a eficácia é uma condição de validade (específica existência do Direito), mas não se confundem.

## **2 EFICÁCIA E VALIDADE NA OBRA DIREITO E JUSTIÇA – ALF ROSS**

O presente trabalho tem por objeto apresentar o entendimento acerca da importância e inter-relação da validade e eficácia da norma jurídica. Este tópico, em especial, será restrito à análise do entendimento contido na obra *Direito e Justiça*, de autoria de Alf Ross, legítimo representante do realismo escandinavo.

Especialmente no tocante ao objeto do presente estudo, importa salientar, desde já, que Ross é um crítico da noção kelseniana de validade jurídica, e que busca uma reconstrução realista deste instituto. Entretanto, antes de contrapor o entendimento dos mencionados juristas, o que será realizado no quarto tópico deste trabalho, cabe tecer algumas considerações mais aprofundadas acerca do entendimento do referido membro da “Escola de Copenhague”.

Antes de adentrar a análise das concepções desenvolvidas por Ross é importante atentar a algumas observações feitas pelo mesmo acerca do Realismo Jurídico, teoria que entende direito vigente como aquele que tenha efetividade social, apesar de possuir diferentes correntes.

A primeira delas é o Ramo psicológico do realismo jurídico, que entende como norma vigente aquela sentida como socialmente obrigatória pela consciência jurídica popular (constituída pelos juristas profissionais e não pelo entendimento da população em geral), independentemente da aplicação que venha a ser dada à mesma pelos tribunais. Este entendimento é criticado pelo autor, por entender que constitui um fenômeno individual que, por ser subjetivo e descentralizado, estaria em um plano semelhante ao da moral.

A segunda corrente é a integrante do Realismo Comportamentista, que reconhece como direito vigente as normas que são adotadas pelos tribunais, independentemente das opiniões dos indivíduos particulares e sem relação imediata com a consciência jurídica predominante.

Feito o esboço sobre as duas correntes, Ross manifesta opinião de que o mais adequado seria uma síntese entre elas, uma vez que leva em consideração o comportamento externado pelos juízes, em manifestação do realismo comportamentista, em conjunto com o entendimento, sentido por estes, de que a norma seja socialmente obrigatória, recorrendo também ao realismo psicológico.

Esse raciocínio preliminar dá sustentação à boa parte das opiniões e conclusões contidas na obra *Direito e Justiça*, como pode ser observado, inicialmente, no estudo realizado

pelo mesmo a respeito do que viria a ser direito vigente (ou válido, já que o autor toma os termos como sinônimos).

Assim como realizado por outros autores da filosofia do direito, Ross realiza um cotejo do direito com as regras de um jogo de xadrez, e afirma que o conceito de “norma vigente de xadrez” pode atuar como paradigma para o conceito de “direito vigente” (direito válido).

Ao realizar essa análise o autor indica que para o jogo de xadrez ocorrer é necessário que existam normas primárias, que são diretivas e indicam como o jogo deve ser jogado. Estas são adotadas por meio de um método introspectivo, o qual se baseia em dois fundamentos: de que tais regras são acatadas (efetivas) e que são aceitas pelos jogadores como socialmente obrigatórias. Com fundamento nessas premissas afirma:

“[...] o conceito ‘direito vigente’ (de Illinois, da Califórnia, da *common Law*) pode ser em princípio explicado e definido da mesma maneira que o conceito ‘norma vigente de xadrez’ (para dois jogadores quaisquer). Quer dizer, ‘direito vigente’ significa o conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.” (ROSS, 2007, p. 41).

Após realizar o cotejo entre o conceito de direito vigente com as normas de xadrez, Ross esforça-se para promover a distinção entre um ordenamento jurídico nacional de outros corpos individuais de normas, como as dos diferentes jogos, das normas de cortesia, dentre outras e manifesta o entendimento de que para existir um sistema normativo deve haver uma “coerência interna de significado” (ROSS, 2007, p. 56) entre as diferentes normas, que podem ser classificadas em dois grupos:

- a) Normas de competências → concedem poder, que posteriormente é utilizado para criar normas de conduta. Tais normas criam o aparato para o exercício da força de maneira monopolizada (quando isso ocorre pode ser dito que há um Estado), prescrevendo o procedimento que deve ser seguido e as autoridades públicas competentes.
- b) Normas de conduta → prescrevem condutas, a linha de ação que deve ser seguida pelos indivíduos. Entretanto, ao contrário do que pode parecer em um primeiro momento, Ross entende que as normas de conduta não são dirigidas para o cidadão comum. Para o autor, esse tipo de norma corresponde a uma diretiva para os tribunais, indicando a forma como devem exercer a sua autoridade. A instrução ao particular apenas se dá de maneira

indireta, derivada, já que este tem como saber o que esperar dos tribunais em relação à determinada norma de conduta.

Para que seja identificado o sistema vigente de normas, é preciso voltar os olhos para as normas que efetivamente são aplicadas pelos magistrados. A norma poderá ser assim considerada quando for parte essencial do raciocínio em que se funda a decisão judicial, uma condicionante da conclusão obtida.

Mas, a vigência não pode ser atribuída a um ordenamento por meio, apenas, de mera observação externa das condutas e reações (costumes) dos juízes, por meio de uma análise comportamental. É necessário perquirir a respeito do espírito do magistrado, da ideologia que o anima e motiva as suas ações. Logo, além da observação de um padrão de ação é necessário que este seja sentido como algo socialmente obrigatório, não bastando ser um mero hábito de fato.

No conceito apresentado verifica-se a importância concedida ao entendimento formalmente adotado pelo juiz (aplicação do direito pelos tribunais – ou outros órgãos oficiais), considerados como determinantes para definir a vigência/validade da norma jurídica, apesar de o autor entender que os fatos condicionantes (atos jurídicos, praticados pelos próprios indivíduos, como a assinatura de um contrato, o cumprimento ou descumprimento deste, etc.) também podem ser abrangidos pela expressão “fenômenos jurídicos” já que influenciam a concepção adotada pelo magistrado.

Neste ponto, é interessante observar que Ross coloca como elemento fundamental da validade de uma norma jurídica a sua eficácia na modalidade aplicação, na medida em que só leva em consideração a posição dos tribunais, sem conceder valor à observância das normas, já que entende que a vigência do direito não pode ser buscada no “direito em ação”, entre os indivíduos particulares, mas apenas na aplicação judicial, pouco importando se as pessoas acatam ou ignoram as normas no cotidiano.

Tal entendimento acaba por ocasionar um paradoxo, reconhecido pelo próprio autor, “[...] segundo o qual quanto mais é uma regra acatada na vida jurídica extrajudicial, mais difícil é verificar se essa regra detém vigência, já que os tribunais têm uma oportunidade muito menor de manifestar sua reação” (ROSS, 2007, p. 60).

De outro lado, em que pese entender como elemento de validade do direito a efetiva aplicação, acompanhada do sentimento de obrigatoriedade das normas pelos juízes, Ross promove um estudo das fontes do direito, que constitui uma ideologia quanto ao procedimento a ser adotado pelos magistrados para descobrir a diretiva (norma de conduta)

decisiva para a resolução de uma questão a ele submetida. Ou seja, os fatores ou elementos que podem influenciar o juiz na formulação da regra em que se baseia a sua decisão.

No seu estudo, Ross indica a existência de quatro fontes, quais sejam: a legislação, o precedente, o costume e a tradição de cultura (também chamada de razão), as quais servirão como matérias primas para que o magistrado elabore a regra adequada para o caso em concreto.

Em razão do escopo do presente trabalho, não será realizada uma ampla análise a respeito de todas as fontes indicadas pelo autor, em que pese ser necessário tecer algumas considerações acerca da legislação, indicada pelo mesmo como fonte precípua do direito, por fornecer uma norma pronta e acabada para ser utilizada pelo magistrado.

Ross inclui no termo legislação, todas as normas que tenham sido sancionadas pelas autoridades públicas, apesar de, em uma acepção ampla, abarcar todo tipo de norma subordinada e autônoma, como as eclesiásticas, estatutos, etc.

Posteriormente, o autor realiza uma perspectiva histórica e anota que no século XIV, ao menos na Inglaterra, os juízes costumam se recusar, abertamente, a aplicar o direito legislado, como se este não lhe vinculasse, mas que com o passar do tempo foi reconhecida a competência absoluta do Parlamento Inglês para editar estas normas de conduta.

A atribuição ao parlamento é feita por meio de normas de competência que fixam as condições formais, que definem o procedimento e identificam as pessoas que detém o poder de instituir ou revogar tais normas e condições materiais que fixam o conteúdo dos atos normativos que podem vir a ser editadas.

Com fundamento nestas considerações, em contradição com o entendimento anterior que vislumbra a validade do direito na efetiva aplicação de normas sentidas como obrigatórias pelos magistrados, Ross entende que a legislação válida deve ser editada pelo procedimento previsto e que tenha respeitado os limites da competência material. De outro lado, indica que apesar de haver o entendimento de que teriam força obrigatória, por vezes são desconsideradas pelos tribunais, até mesmo porque regras antigas podem perder vigência por não estarem em consonância com novas condições e ideias, oportunidade em que ocorre o *desuetudo*.

Ross afirma que a competência para editar normas é comumente concedida a diversas autoridades, que se encontram organizadas em vários níveis, semelhante ao ordenamento supra-infra-ordenado defendido por Kelsen.

Tais semelhanças continuam presentes, na medida em que este autor também entende que a autoridade suprema é constituída por uma norma de competência pressuposta, que não

possui conteúdo material, e que por tal razão admite a adoção de qualquer valor, mas que pode vir a ser alterada pela evolução ou revolução.

Feitas essas considerações, impende destacar que, apesar de vislumbrar uma ordem legislativa hierarquizada, esta fonte, assim como as demais, na concepção rossiniana, serve apenas como elemento para que o magistrado aprecie as questões que são postas a ele. O fundamento das decisões a serem exaradas pela autoridade é que será o elemento apto a evidenciar o direito vigente, já que Ross coloca como elemento central da validade das normas e da própria ordem jurídica a efetiva aplicação das mesmas acompanhadas do aspecto psicológico de o juiz sentir-se obrigado a tanto.

### **3 DIÁLOGO ENTRE AS POSIÇÕES DE HANS KELSEN E ALF ROSS**

Após a apresentação dos entendimentos externados pelos autores cujas obras nos propomos a analisar no presente trabalho, é de salutar importância observar as críticas feitas, um ao outro, no que se refere às diferentes concepções de validade da norma jurídica defendida por ambos.

Entretanto, antes dessa análise, importa trazer contribuição de outros doutrinadores acerca do tema, de forma a incrementar o entendimento e robustecer as críticas às concepções objeto do estudo.

Neste sentido, importa enaltecer a posição adotada por Norberto Bobbio (2012), o qual indica que a norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas e independentes entre si: i) quanto à justiça (valores que inspiram determinado ordenamento); ii) quanto à validade (refere-se à existência da norma independentemente do juízo de valor a ela relativa); iii) quanto à eficácia (apuração se a norma é, ou não, respeitada pelos seus destinatários e, caso não seja, se é aplicada pela autoridade competente).

Dada a já mencionada independência entre as valorações aptas a serem feitas, Bobbio refuta as teorias que acabam por eliminar ou reduzir algum desses elementos constitutivos da experiência jurídica. Assim, critica o direito Natural (que reduz a validade à justiça) e a Corrente Realista do positivismo (que reduz a validade à eficácia), pelo fato de não vislumbrarem a importância da validade.

Para os realistas o direito são as normas efetivamente aplicadas. Entretanto, ao abordar a eficácia do direito os realistas não se referem aos cidadãos, se referem ao comportamento dos juízes, o que é compreensível para Bobbio, uma vez que este manifesta opinião no sentido de que seria impossível definir o direito com fundamento no cumprimento

realizado pelos cidadãos, haja vista que seria extremamente difícil levar a cabo um estudo sociológico para apurar quais são as normas aplicadas e pelo fato de ser de diminuta probabilidade a aplicação uniforme das normas pelos mesmos.

Assim, para os realistas, a definição do direito não leva tanto em consideração a figura do legislador, uma vez que as normas aplicadas pelos juízes podem diferir daquelas. Por tal razão, Bobbio indica que ao valorar o requisito validade o jurista concede primazia à legislação (dever ser - cumprimento dos requisitos de validade previstos na mesma) enquanto que a eficácia (ser) concede primazia ao entendimento firmado pelos juízes e, apesar de não apresentar uma resposta direta, faz o questionamento: qual é o verdadeiro ordenamento jurídico?

De maneira implícita, Bobbio parece acompanhar o entendimento firmado pelos juspositivistas, ao assim aduzir:

“É incorreto considerar incompleta a definição juspositivista baseada no requisito único da validade; esta realmente se adéqua e reflete fielmente a atitude operativa, que efetivamente o jurista assume. O jurista, ao desenvolver a sua atividade, se coloca diante do direito de um ponto de vista normativo, considera as normas jurídicas no plano do dever ser: ele, antes de estudar o conteúdo de uma norma ou de um instituto jurídico, se pergunta se eles são válidos, mas não indaga também se são eficazes, isto é, se ou em qual medida foram, são ou serão aplicados” (BOBBIO, 2006, p. 143).

Assim, quanto ao positivismo jurídico, Bobbio percebe que esta teoria, acertadamente, não introduz na definição do direito o requisito da eficácia, de forma a prescindir deste ser ou não efetivamente aplicado na sociedade para ser reputado como existente e tido como válido. Ademais, observa que Kelsen afasta a questão relativa à justiça, por entender que este é um problema ético que não se relaciona com a validade, em evidente separação das valorações (quanto à justiça, validade e eficácia) interdependentes entre si.

Estes três diferentes aspectos também são vislumbrados por Miguel Reale (1995), que os nomeia como validade formal (vigência), validade social (eficácia) e validade ética (fundamento axiológico, a justiça). Neste sentido:

“Validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo. A eficácia, ao contrário, tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (Anerkennung) do Direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos

sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento” (REALE, 1995, p. 114).

Ao distinguir os aspectos pelos quais a validade normativa pode ser estudada, Reale não incorre no mesmo equívoco de Alf Ross, que equipara validade e eficácia. Em verdade, ao distinguir os aspectos e considerá-los independentes, Reale acaba por se aproximar do ponto de vista kelseniano.

Quanto a este tema, em especial no que se refere à doutrina de Hans Kelsen, Reale (1995, p. 115) indica que este possuía, inicialmente, uma posição radicalmente normativa, sustentando como elemento essencial do direito a validade formal e que, posteriormente, após a mudança para os Estados Unidos, acabou vendo-se convencido de que o Direito pressupõe um mínimo de eficácia, o que efetivamente pode ser observado na Teoria Pura do Direito, especialmente quando o autor reconhece que a norma duradouramente ineficaz perde a sua validade.

A mesma conclusão é obtida por Machado Neto (1998), o qual distingue a validade da eficácia, em sentido semelhante ao anteriormente veiculado. Assim, para ele, a norma será considerada válida se estiver conforme a fundamentação formal e material contida na norma de hierarquia superior e, em último grau, na constituição.

De outro lado, Machado Neto reputa que a eficácia diz respeito a uma questão de fato que, todavia, pode vir a afetar a validade, de forma que a norma que não tenha o mínimo de aplicabilidade social, como uma lei que ninguém segue e que os próprios tribunais já não aplicam somente poderia ser reputada como vigente acaso houvesse um apego exagerado ao racionalismo formalista.

A crítica ao entendimento de Kelsen no tocante à relação entre validade e eficácia também pode ser observada nas lições de Tércio Sampaio Ferraz Junior (1999). Ao abordar o tema, este autor indica que Kelsen toma o termo validade como a existência específica da norma, que depende da legítima promulgação por uma autoridade e que busca o seu fundamento de validade em outra norma, hierarquicamente superior, em um raciocínio que leva até norma fundamental.

Para determinado ato normativo ser considerado como norma jurídica ele precisa necessariamente ser válido, uma vez que “norma inválida” seria uma contradição nos próprios termos. O ato que não cumpra os requisitos para ser considerado válido estará fora do ordenamento e, conseqüentemente, sequer será uma norma.

Em seguida, Ferraz Jr. diz que, aparentemente, o próprio Kelsen se dá conta dessa indevida redução, tanto que ao estudar a relação entre validade e efetividade diz que também

é requisito de validade da norma a existência de um mínimo de eficácia. Outro ponto criticado é o já mencionado entendimento, um tanto paradoxal, relativo à necessidade de efetividade para a existência do ordenamento jurídico. Neste sentido:

“Uma saída para Kelsen seria fazer repousar a obrigatoriedade das normas na sua efetividade. A isto parece chegar sua teoria, quando reconhece que a ordem jurídica, como um todo, e cada norma, individualmente, têm de ser, grosso modo, efetivas. Kelsen não esclarece o que significa grosso modo (im grossen und ganzen). Seria, como diz o fundador da Teoria Geral do Reconhecimento, Adolf Merkel, uma ‘união das prescrições jurídicas com as forças morais vivas em um povo’? As explicações de Kelsen pecam por obscuras. Mas mostram, de qualquer modo, que o caminho positivista nos conduz a um momento de ‘irracionalidade’ (no sentido positivista da palavra) no sentido de fazer a imperatividade das normas repousar num ‘conhecimento’ (Erkenntnis), nem num ‘reconhecimento’ (Anerkennung), mas num ato de crença (Bekanntnis)” (FERRAZ JR., 1999, p.129)

O questionamento feito por Ferraz Jr. à teoria desenvolvida por Kelsen é de extrema perspicácia, na medida em que a Teoria Pura do Direito efetivamente deixa sem respostas alguns pontos de contato do relacionamento entre a eficácia e a validade.

Entretanto, este doutrinador também critica as teorias realistas que costumam confundir a validade com a efetividade, e aborda de maneira específica o entendimento firmado por Alf Ross de que normas válidas seriam as que descrevem com alto grau de probabilidade, a atuação do aparelho sancionador.

A primeira ressalva ao entendimento é de que este não seria útil ao direito, mas sim à sociologia. Ademais, faz uma crítica bastante pertinente ao indicar que Ross “[...] acaba admitindo a relação sintática entre normas derivadas e normas constitucionais, sem que fique claro como isto afeta a questão da validade, ainda que, de algum modo, esta afecção exista” (FERRAZ JR., 1999, p. 100).

Diz-se que essa crítica é bastante pertinente, na medida em que Ross, quando trata a respeito das fontes do direito, especialmente em relação à fonte legislativa, versa a respeito da existência de um sistema escalonado de normas, sem indicar a forma como a existência de hierarquia entre as mesmas afetaria o raciocínio realizado quanto à validade.

Por fim, antes de passarmos a explorar a visão externada por Ross e Kelsen, reciprocamente, sobre a obra do outro, cabe trazer a lume o entendimento de Dimitri Dimoulis (2006) que realizou estudo específico a respeito das diferentes correntes positivistas com foco em promover a defesa do pragmatismo jurídico-político.

Primeiramente, insta ressaltar que, para Dimoulis (2006, p.148) a concepção realista, defendida por Ross se encontra muito distante das teorias desenvolvidas e defendidas por Kelsen (bem como de Hart e Austin), entretanto também é classificada como um entre as escolas positivistas. Feita essa observação, o autor passa a tratar de maneira detalhada acerca de cada uma dessas escolas, trabalho do qual podemos extrair importante contribuição para o presente artigo.

Ao abordar a questão relativa à validade do direito, Dimoulis (2006) aduz que, quanto a uma norma isolada, é simples buscar o fundamento de validade, na norma imediatamente superior na hierarquia das fontes do direito, em manifesta aplicação do entendimento escalonado acerca das normas jurídicas. Entretanto, indica que o problema, neste caso, se concentra no critério de validade da norma que é considerada a fundamental em determinada ordem, a qual concede fundamento de validade para todas as outras.

Neste sentido, indica que Kelsen pressupõe a existência da Grundnorm, que ordena que os indivíduos se conduzam consoante as normas positivas dela derivadas (constituição em sentido jurídico-positivo) e concede validade a todas as normas que dela decorram. Entretanto, observa que Kelsen acaba por atribuir caráter empírico ao fundamento de validade do sistema jurídico e faz duas concessões à inter-relação da validade com a eficácia.

“Em primeiro lugar, considera necessário que o direito reconhecido como válido conforme a norma fundamental possua certo grau de eficácia social, pois somente assim o direito vigente pode se diferenciar de sistemas jurídicos que vigoraram no passado [...] Em segundo lugar, Kelsen sugere a comparação dos vários sistemas normativos que, eventualmente, coexistam no mesmo período e território. Isso permite diferenciar entre normas jurídicas válidas e regras impostas por outros corpos organizados e instâncias dotadas de autoridade e atuando no mesmo território de forma antagônica (organizações criminosas, religiosas, núcleos de poder local, guerrilhas, etc)”. (DIMOULIS, 2006, p. 119-120)

Por este raciocínio, a única diferença entre o ordenamento jurídico e os demais ordenamentos é a força impositiva. Será Direito a ordem de coação mais eficaz e mais duradoura. Por tal razão, diz ser forçoso reconhecer que mesmo na ótica kelseniana, a validade se relaciona, casualmente, com o impacto social das normas jurídicas, com a sua efetividade.

Quanto ao realismo, corrente defendida por Ross, é interessante notar que essa concepção positivista não concede elevada importância às normas criadas pelos legisladores,

visto que considera elementar para o conceito de direito o procedimento de aplicação das normas. Logo, concentram o estudo sobre as normas criadas pelos julgadores, questionando a existência de hierarquia normativa, já que o direito pode ser empiricamente constatado:

“O realismo jurídico considera que a atividade do jurista-intérprete do direito se limita a previsões sobre as futuras decisões das autoridades competentes e à análise dos fatores que influenciam as decisões reais, assim como ao estudo do seu impacto (consequências sociais). Dessa forma, rejeita-se a distinção entre o caráter normativo do direito que é visto como ser (e não dever ser), como conjunto de fatos, isto é, de decisões efetivamente tomadas (ou condutas assumidas) em relação a um caso e empiricamente constatáveis” (DIMOULIS, 2006, p. 150).

Como fundamento nesta aceção, Dimoulis realiza a análise do ordenamento supra-infra-ordenado, defendido por Kelsen e indica que por meio do ponto de vista jus-realista falta nexo causal entre a norma supostamente superior e a norma concreta. Pelo fato de o juiz poder decidir influenciado por diversos fatores pessoais e sociais, inclusive *contra legem*, o Realismo apenas considera como juridicamente relevante as decisões, que na visão kelseniana é a norma de menor hierarquia.

### 3.1 O ENTENDIMENTO RECÍPROCO ACERCA DAS TEORIAS CONTRAPOSTAS

Após as observações realizadas pelos diversos doutrinadores às obras ora estudadas, valemo-nos do presente tópico para apontar as críticas feitas, reciprocamente, pelos autores Alf Ross e Hans Kelsen.

A crítica realizada por Kelsen ao trabalho de Ross pode ser indiretamente observada quando aquele autor versa a respeito do Realismo, no qual, para ele, o Direito é tido como uma ciência de previsão porque contém uma profecia de como os tribunais decidirão.

Kelsen critica este entendimento sob o fundamento de que as asserções sobre o futuro não podem ser encontradas em uma norma (individual ou coletiva), mas sim nas proposições jurídicas descritivas do Direito formuladas pela ciência jurídica. O autor indica que tais asserções sobre o futuro até podem ser realizadas por um jurisconsulto, mas que não constitui uma norma. Nesta concepção as normas jurídicas nada afirmam sobre a conduta humana, não a prevê, tão somente a autoriza, proíbe ou faculta.

Por este entendimento afere-se a crítica à concepção realística que equipara a validade à eficácia, até mesmo porque haveriam situações em que é possível existir a norma

valida, mas ineficaz, bem como a norma inválida, mas eficaz. Este paradoxo é identificado pelo próprio Ross, em uma passagem em que se indaga a respeito da possibilidade de reconhecer como direito vigente, durante o período intermediário, uma medida legislativa que foi revogada logo após a sua aprovação, sem ter sido aplicada pelos tribunais. Ele diz que seria possível reconhecer tal norma como direito vigente, nos seguintes termos:

“Embora não tenhamos podido verificar a asserção por meio da observação direta, com base em muitas outras pressuposições bem verificadas relativas à mentalidade dos juízes, dispomos de boas razões para considerar a asserção verdadeira” (ROSS, 2007, p. 66).

Ora, com essa passagem Ross contradiz a construção teórica realizada, a qual se baseia na observação direta da conduta dos magistrados acompanhada da análise do aspecto psicológico dos mesmos. Na situação acima indagada, ele considera como a norma como direito válido pelo simples fato de ter sido regularmente editada e se valendo de um argumento altamente metafísico no sentido de predizer qual seria a manifestação da autoridade a respeito do tema na hipótese do mesmo ser levado ao judiciário.

Apesar de, como visto, a teoria realística de Ross também reconhecer o aspecto escalonado da legislação, entendida como mera inspiração às condutas dos magistrados, este autor promove a equiparação da validade à eficácia, chocando-se frontalmente com a concepção kelseniana, que busca o fundamento de validade da norma em outra norma considerada hierarquicamente superior e que concede lastro jurídico às normas tidas como inferiores.

O entendimento de Ross também entra em confronto com o a posição adotada por Kelsen porque para este, apesar de a eficácia ser elemento secundário na aferição da validade normativa, ela pode derivar da observância da mesma pelos particulares bem como na aplicação pelos tribunais, enquanto que aquele só considera como direito eficaz (e consequentemente vigente) os sentidos como obrigatórios e efetivamente utilizados pelos magistrados, independentemente do entendimento e da postura dos indivíduos perante a mesma.

De outro lado, Ross também critica parte das ideias contidas na Teoria Pura do Direito, principalmente o ponto de vista de que o conceito de validade/vigência tem que ser absoluto.

Critica essa concepção por entender que a ciência do direito consiste em um estudo dos fenômenos sociais, da vida de uma comunidade humana e que a vigência/validade do direito deveria ser interpretada em termos de efetividade social. Para Ross, a asserção

doutrinária a respeito da vigência de certa norma é altamente relativa, podendo possuir maior ou menor grau de probabilidade, de sorte que jamais será dotada de certeza.

O confronto de ideias entre eles também é observável quando Ross propõe uma discussão entre o Idealismo e o Realismo, apontando desde o início que estas teorias estão em situação de contraposição.

Assim, aponta que Kelsen é adepto da Teoria jurídica idealista, a qual define a validade de maneira apriorística, independentemente do que é sentido e observado na realidade, sem qualquer empirismo. Mas acrescenta que Kelsen não é adepto do idealismo material, que vincula a direito a uma ideia de justiça, mas ao idealismo formal que dissocia o direito de qualquer censura ética e promove a apreensão da existência da norma, juntamente com a sua validade, de outra norma hierarquicamente superior.

Neste ponto, a grande crítica realizada por Ross ao entendimento de Kelsen se refere à norma fundamental de dado ordenamento, a de maior hierarquia, na qual identifica o caráter metafísico, o que seria um vício na concepção kelseniana de validade. Neste sentido, Ross, aponta com bastante lucidez que:

“[...] Se se pretende que o sistema faça sentido, está claro que a hipótese inicial não poderá ser selecionada arbitrariamente. O próprio Kelsen afirma que esta tem que ser escolhida de tal modo que abranja o sistema que se acha efetivamente em vigor. Mas então fica claro que, na realidade, a efetividade é o critério do direito positivo. (ROSS, 2007, p. 96-97).

Nesta passagem, Ross aponta que o critério de validade do ordenamento jurídico, na concepção kelseniana acaba por ser a efetividade, apesar deste não ser um critério fundamental para a aferição da validade das normas individualmente consideradas.

Semelhante conclusão foi obtida por Norberto Bobbio, para o qual a norma fundamental desenvolvida por Kelsen não consegue fechar o sistema normativo e assegurar-lhe a unidade, sem desrespeitar os pressupostos fixados. Neste sentido, assim dispõem:

“De fato, se fazemos a indagação: no que se funda a norma fundamental?, ou respondemos fazendo referência a uma outra norma, agora estaríamos diante de um *recursus ad infinitum*; ou respondemos que tal norma existe juridicamente enquanto for de fato observada, e recaímos na solução que se desejava evitar com a teoria da norma fundamental, isto é, fazemos depender o direito do fato.” (BOBBIO, 2006, p. 201-202).

Por fim, ainda quanto às críticas realizadas por Ross, este aduz que pelo fato de Kelsen ter adotado a relação internormativa como critério de validade da norma ele se impediu de

enfrentar o verdadeiro cerne do problema, que seria a relação entre a realidade social e o conteúdo ideal normativo.

#### **4 CONCLUSÕES**

Uma vez realizada a revisão bibliográfica proposta e o estudo pormenorizado dos livros “Teoria Pura do Direito” e “Direito e Justiça”, foi possível constatar que as duas obras são defensoras do positivismo jurídico, tomado em sentido amplo, apesar de possuírem entendimentos divergentes.

Essa distinção pode ser percebida na temática proposta para o presente trabalho, uma vez que Hans Kelsen e Alf Ross buscam fundamentos distintos para diagnosticar a validade da norma e do ordenamento jurídico como um todo.

Enquanto Kelsen tenta desvincular a validade/vigência da eficácia, desenvolvendo a ideia de um sistema normativo fechado e constituído por normas ordenadas de maneira escalonada, supra-infra-ordenadas umas às outras, onde a norma hierarquicamente superior é o fundamento de validade para as inferiores que dela decorram, Ross promove um sincretismo entre os referidos planos de sorte a fazer depender a validade da norma da efetiva aplicação da mesma pelos tribunais, exigindo também a presença do aspecto psicológico de o magistrado assim se portar por se sentir obrigado a tanto.

A identificação de planos distintos de validade e eficácia é um mérito da doutrina kelseniana, mas que acaba incorrendo em contradição na medida em que identifica a um mínimo de eficácia também deveria ser requisito de validade da norma.

Apesar deste entendimento ser consagrado e defendido por diversos doutrinadores, este é um ponto a ser criticado na obra de Kelsen pelo fato dele manter tal temática um tanto obscura, vez que não desenvolve ou explica a ideia que se encontra em manifesta e direta contradição com o fundamento de validade normativo defendido.

Mas, as maiores críticas quanto ao pressuposto de validade normativa devem ser feitas ao entendimento de Ross que, ao equiparar vigência e eficácia terminou por fechar os olhos à possibilidade de existirem normas que sejam inválidas, mas que produzem efeitos, bem como normas válidas que sejam pontualmente ineficazes.

Além disso, pelo fato de Ross adotar, ainda que pontualmente, o realismo psicológico, ele termina por defender uma concepção metafísica do Direito, na medida em que o coloca como uma ciência de previsão que para promover a identificação da existência/validade da norma não realiza um juízo de certeza, mas mera ponderação de

probabilidade que dependerá da efetiva aplicação pelos magistrados, por entendê-la como obrigatória.

Outra questão digna de crítica, é que Ross, ao considerar os magistrados como os destinatários das normas, terminou por fechar os olhos à observância normativa perpetrada pelos jurisdicionados, ingressando em um paradoxo observado pelo próprio autor no sentido de não ser possível prever se determinado item integrante da legislação, que foi editado e revogado em custo espaço de tempo, sem ter sido apreciado pelos tribunais, poderia ser considerado direito vigente.

Ainda no que se refere à obra de Alf Ross, também é imperioso ressaltar que, ao versar a respeito das fontes do direito ele indica que a legislação deve ser reputada como fonte primordial, na medida em que já fornece uma norma pronta e acabada para ser utilizada pelo magistrado. Ademais, aduziu que, apesar de resistências iniciais, na Inglaterra foi reconhecida a aptidão para o Parlamento legislar, e que as normas jurídicas daí derivadas se encontravam em um ordenamento escalonado, semelhante ao defendido por Kelsen.

Ora, essa concepção se apresenta contraditória com o critério de validade adotado, qual seja, a efetiva aplicação do direito pelos magistrados que sintam como obrigatório o entendimento consolidado na sua decisão. Afinal, para Ross, a existência de hierarquia entre as diversas fontes legislativas, com a previsão de requisitos de validade nas normas tidas como superiores, traria alguma reflexão no conceito de direito vigente?

Tal contradição não foi esclarecida no corpo da obra, limitando-se o autor a aduzir que, assim como aconteceria com as demais fontes do direito (precedente, costume e razão) a legislação apenas seria utilizada como inspiração para o exercício do labor por parte dos magistrados.

Quanto à concepção Kelseniana, apesar desta ser elogiosa e de elevada importância para o positivismo jurídico e para a Teoria Geral do Direito como um todo, também incorre em contradições que não puderam ser equacionadas de maneira definitiva no presente estudo.

A maior destas incongruências refere-se ao fundamento último de validade de um ordenamento, denominado como norma fundamental (*grundnorm*). Kelsen, na medida em que buscou realizar um silogismo entre as premissas constituídas por normas hierarquicamente superiores terminou por adotar uma concepção realística a respeito do ordenamento jurídico.

Como visto, a norma fundamental não possui conteúdo, não identifica o teor das normas hierarquicamente inferiores a ela, de forma a ser substrato para todo e qualquer conteúdo contido na Constituição em sentido jurídico-positivo, bem como na legislação dela derivada. Por esta concepção, é possível identificar uma acentuada valorização da efetividade

como critério de validade da ordem jurídica como um todo, entendimento que se tentou afastar ao longo da obra Teoria Pura do Direito.

Essa crítica é perspicaz na medida em que a imposição da ordem normativa coativa, acompanhada da efetiva aplicação desta é o único critério apto a identificar e distinguir o direito e outras ordens normativas (como o costume, ordens religiosas e afins), bem como para apurar qual é o ordenamento jurídico vigente em cada época, como forma de distinguir o início e o fim – seja pela evolução ou revolução – de dado ordenamento jurídico.

Ao admitir que uma ordem tida como contrária ao Direito passe a ser considerado direito vigente em decorrência da consagração da revolução intentada, Kelsen aliou-se de maneira inexorável à efetividade como critério definidor do ordenamento jurídico, apesar deste não ser o fundamento de validade das normas integrantes do mesmo.

Neste sentido, em que pese a indiscutível importância dos livros “Teoria Pura do Direito” e “Direito e Justiça”, ao menos no que se refere ao fundamento de validade da norma jurídica e do ordenamento jurídico, é possível aduzir que estes não fornecem teorias completas e inteiramente coerentes com os seus próprios fundamentos, preliminarmente fixados, de forma que o presente estudo e as conclusões ora obtidas, podem servir de amparo à eventual estudo crítico que tenham como objeto as teorias positivistas comumente exploradas no estudo da Teoria Geral do Direito.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 5 ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO NETO, Antônio Luis. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2 ed. Bauru: EDIPRO, 2007.