

Justiça, Validade e Eficácia das Normas Jurídicas- Uma comparação entre a Teoria da Norma Jurídica de Norberto Bobbio e a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen

Isabel Helena Andrade Petruceli

Resumo

O presente trabalho propõe uma comparação entre Norberto Bobbio em seu livro Teoria da Norma Jurídica e Hans Kelsen na sua Teoria Pura do Direito no que se refere à justiça, validade e eficácia das normas jurídicas.

Justiça, validade e eficácia são critérios que possuem muita proximidade, mas que não podem ser confundidos devido ao fato de eles possuírem independência uns dos outros.

Abstract

The current project propose a comparison between Norberto Bobbio in his book 'Teoria da Norma Juridica' and Hans Kelsen in his 'Teoria Pura do Direito' in what it may refer to fairness, validity and efficacy of the law rules.

Justice, validness and efficacy are matters that are very close to each other, but they can't be mistaken since they're totally independent.

Palavras- Chave: Norberto Bobbio, Hans Kelsen, justiça, validade, eficácia, normas jurídicas

Keywords: Norberto Bobbio, Hans Kelsen, fairness, validity, efficacy, law, rules.

Sumário: 1) Introdução. 2) Norberto Bobbio e a Teoria da Norma Jurídica. 2.1) A justiça. 2.2) A Validade. 2.3) A Eficácia. 3) A independência dos três critérios. 3.1) Equívocos entre os três critérios. 4) Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito 4.1) A Justiça. 4.2) Validade e Eficácia. 5) Equívocos entre os dois critérios. 6) Conclusão. 7) Quadro Comparativo. 8) Referências Bibliográficas

1) Introdução

Acreditamos na importância de Norberto Bobbio e Hans Kelsen para a ciência jurídica e destacamos que o tema Justiça, validade e eficácia é recorrente em nosso cotidiano, pois, como o próprio Bobbio diz ‘A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas’ (2001, p.23).

Então se estamos envolvidos por regras, é bom que, saibamos identificar quais delas, no caso de uma violação, possam nos trazer consequências jurídicas.

É relevante dizer que não é nossa pretensão esgotar todo o assunto, por ser este de grande abrangência.

2) Norberto Bobbio e a Teoria da Norma Jurídica

2.1) A Justiça

Para Norberto Bobbio, quando se quer estabelecer uma teoria da norma jurídica com fundamentos sólidos, deve-se antes pensar que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas e que estas valorações são independentes umas das outras. Bobbio diz que:

“De fato, frente a qualquer norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se dos três problemas distintos: da justiça, da validade e da eficácia de uma norma jurídica.” (2001, p.45-46)

Primeiro, no que se refere à justiça Bobbio diz que existem valores supremos que são evidentes e, desta forma, a pergunta se uma norma é justa ou injusta equivale a perguntar se é apta ou não a realizar esses valores. Nesse caso, observamos que não foi discutida a questão, se existe um ideal de bem comum idêntico para todos os tempos e para todos os lugares.

Porém no caso de desconsideração destes valores absolutos, é concernente perguntar se a norma é apta ou não a realizar valores históricos que inspiram um ordenamento concreto e historicamente determinado.

O problema da justiça então, se refere à dicotomia entre o mundo ideal e o mundo real, ou seja, entre o que deve ser e o que de fato é. Norma justa é aquela que deve ser e injusta é aquela que não deveria ser.

Consideramos que, no tocante à justiça, Bobbio discorre muito brevemente não se aprofundando no tema.

2.2) A Validade

Segundo, a validade relaciona-se diretamente com a existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. Para determinar a validade é necessário constatar se a regra é jurídica, isto é, a validade jurídica de uma norma equivale à existência dessa norma como regra jurídica.

Então para decidir se uma norma é válida, é necessário realizar três operações:

I- Averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para produzir normas jurídicas

II- Comprovar se não foi ab-rogada, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido em que foi emanada de uma autoridade competente para isto, mas não quer dizer que ainda o seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado diferentemente a mesma matéria.

III- Averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama ab-rogação implícita), particularmente com uma norma hierarquicamente superior - como melhor exemplo temos a superioridade das Constituição em face das outras normas - ou ainda, verificar se não há incompatibilidade com uma norma posterior. Em um ordenamento jurídico normas incompatíveis umas com as outras não podem ser válidas conjuntamente.

Como estamos discorrendo sobre condições de validade achamos necessário comentar que para Hans Kelsen a norma fundamental é um pressuposto para delinear a validade da norma porém, na Teoria da Norma Jurídica, Bobbio não faz referência à norma fundamental, mas, em seu livro O Positivismo Jurídico o autor comenta a questão:

“ Tal teoria foi submetida a muitas críticas. E, com efeito, pode-se duvidar que chegue a resolver o problema para o qual foi formulada, isto é, fechar o sistema normativo, assegurando-lhe a perfeita unidade 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 recurso *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.” (1999, p. 201-202)

Já em seu livro Teoria do Ordenamento Jurídico, o autor admite a necessidade da norma fundamental como pressuposto de validade do Direito:

“... a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o fundamento de validade de todas as normas do sistema.” (1999, p.62)

A justificativa para Bobbio não comentar sobre a norma fundamental na Teoria da Norma Jurídica, e só fazer referência a ela no Positivismo Jurídico e na Teoria do Ordenamento Jurídico, é que a idéia de norma fundamental é necessária à exploração do ordenamento jurídico e não da norma. Podemos perceber que nas teorias sobre o direito que buscam defini-lo exclusivamente com base em critérios formais há grande dificuldade de se justificar o fundamento último de validade de todo o ordenamento jurídico.

2.3) A Eficácia

Por fim, a eficácia, está relacionada ao problema de uma norma ser ou não seguida pelas pessoas a quem ela se dirige, e, no caso de violação, se ela é imposta através de meios coercitivos oferecidos pela autoridade que a evocou.

A existência de uma norma como jurídica não implica que ela seja também constantemente seguida.

Segundo Bobbio:

“ Não é nossa tarefa aqui indagar quais possam ser as razões para que uma norma seja mais ou menos seguida. Limitamo-nos a constatar que há de existir normas que são seguidas universalmente de modo espontâneo (e são as mais eficazes), outras que são seguidas na generalidade dos casos somente quando estão providas de coação, e outras, enfim, que são violadas sem que nem sequer seja aplicada a coação (e são as mais ineficazes). A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. Aqui também, para usar a terminologia doutra, se bem que em sentido diverso do habitual pode se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema fenomenológico do direito. ” (2001, p. 47-48)

O jusfilósofo brasileiro Miguel Reale em seu livro Lições Preliminares de Direito, define eficácia :

“A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana.” (1998-p.112-113)

Porém, observamos que, para Miguel Reale a existência da norma jurídica depende relativamente da eficácia, ao contrário de Bobbio que, acredita na independência destes critérios.

Descreve Miguel Reale:

“ O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo.
O Direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir- se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz. ” (1998- p.113)

Assim, o problema do cumprimento da norma na visão de Bobbio não é tarefa da ciência do Direito solucionar.

3) A independência dos três critérios

Como já dissemos anteriormente, para Bobbio, justiça, validade e eficácia são critérios independentes, isto é, a existência de um não requer a existência do outro. Para analisar estas várias relações de independência formulemos as seis proposições seguintes:

I- Uma norma pode ser justa sem ser válida. Temos como exemplo o direito natural. Seus teóricos formulavam em seus tratados um sistema de normas advindo de princípios universais da justiça, mas estas normas enquanto não fossem positivadas pelo poder político, não possuiriam validade.

II- Uma norma pode ser válida sem ser justa. Fatos históricos comprovam esta afirmação; os regimes de escravidão comuns nas sociedades passadas, postulavam normas que nenhuma pessoa racional consideraria justa, entretanto, uma vez que eram positivas, eram válidas.

III- Uma norma pode ser válida sem ser eficaz. Bobbio dá como maior exemplo dessa proposição as leis de proibição de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América, que vigoraram durante vinte anos entre as duas guerras. Sabemos que mesmo diante do regime proibicionista, o consumo de bebidas alcoólicas continuou sendo praticado pela população americana.

IV- Uma norma pode ser eficaz sem ser válida. Podemos ilustrar com as regras da boa-educação que só pelo fato de serem eficazes não adquirem validade jurídica.

V- Uma norma pode ser justa sem ser eficaz. Se uma norma pode ser justa sem ser válida, também pode ser justa sem ser eficaz, tendo em vista a dificuldade de aplicação da justiça. Muitos são aqueles que exaltam a justiça com palavras, mas poucos são os que a transformam em ato.

VI- Uma norma pode ser eficaz sem ser justa. Uma norma universalmente seguida não demonstra sua justiça, assim como o fato de não ser seguida não deve ser considerado como prova de sua injustiça.

Ao apreciarmos essas seis proposições observamos com mais clareza a independência desses critérios.

3.1) Equívocos entre os três critérios

Bobbio considera que são inaceitáveis teorias que não distinguem claramente justiça, validade e eficácia e, pelo contrário, tendem a reduzir um aspecto ao outro. Como exemplos de teorias reducionistas temos:

I- Teorias que reduzem a validade à justiça, afirmando que uma norma só é válida se é justa, ou seja, que fazem depender a validade da norma da justiça desta mesma norma. Entre elas destacamos a doutrina do direito natural.

II- Teorias que reduzem a justiça à validade, nas quais uma norma é justa pelo fato de ser válida. Neste sentido, podemos destacar a concepção positivista (no sentido mais restrito e limitado do termo).

III- Teorias que reduzem a validade à eficácia, afirmando que o direito real não é o enunciado nas leis, mas sim o que os homens realmente aplicam nas suas relações cotidianas. Como exemplo destas teorias, podemos elencar a corrente realista.

Para Bobbio todas as três concepções estão viciadas pelo erro do ‘reducionismo’, esse que, leva à eliminação ou, pelo menos, ao ofuscamento de um dos três elementos constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutilam.

A primeira e a terceira não dão importância à questão da validade; a segunda não dá devida importância à justiça.

4. Hans Kelsen e o a Teoria Pura do Direito

4.1) A justiça

Analisadas as considerações de Bobbio, passemos à apreciação do pensamento de Hans Kelsen.

A temática da justiça sempre foi algo intrigante para Kelsen, por esse motivo, escreveu vários ensaios e livros sobre sua definição .

Em sua Teoria Pura do Direito, na segunda edição publicada em 1960, Kelsen incluiu um ensaio sobre o problema da justiça ‘tal problema é de importância decisiva para a política jurídica’, porém isolou-o do texto, apresentando-o como apêndice ‘porque o problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica’.

Kelsen não dá definição própria de justiça e sustenta que a valoração ética do Direito não é função da ciência jurídica.

Em seu livro O Problema da Justiça descreve:

”A justiça de um indivíduo é a justiça de sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa. Podemos designar esta norma como norma da justiça. Como as normas da moral são normas sociais, isto é, normas que regulam a conduta de indivíduos em face de outros indivíduos, a norma da justiça é uma norma moral; e, assim, também sob este aspecto conceito de justiça se enquadra no conceito da moral.”
(1998, p. 3-4)

Para Kelsen como a justiça se relaciona diretamente com a moral, o jurista deve manter uma atitude de neutralidade, ou seja, de indiferença em relação ao conteúdo desta norma, pois que esta não é a sua função. O jurista deve descrever o conteúdo da norma jurídica, e não discutir o valor de justiça em que ela se fundamentou, isto é, o jurista não deve introduzir elementos valorativos no seu discurso descritivo.

Por isso a justiça, para ele, não deve ser discutida na Teoria Pura do Direito, cujo objetivo é única e exclusivamente o de conhecer o objeto do Direito, não importando a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito em sua forma peculiar e, excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” (2000, p.1)

Em “ O que é Justiça? ” Kelsen relata:

“A justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária de uma ordem social.” (2001, p.1)

Kelsen, em 17 de maio de 1952, quando deu sua última aula em Berkeley, confessou que não havia respondido à pergunta : o que é justiça? Disse ele:

“A minha única desculpa é que, a esse respeito, estou em ótima companhia: teria sido muita presunção fazer crer (...) que eu teria podido alcançar êxito onde falharam os pensadores mais ilustres. Consequentemente, não sei e não posso dizer o que é a justiça, aquela justiça absoluta que a humanidade procura. Devo me contentar com uma justiça relativa. Assim, posso dizer apenas o que é justiça para mim. Como a ciência é a minha profissão e, portanto, a coisa mais importante de minha vida, a justiça é para mim aquele ordenamento social sob cuja proteção pode prosperar a busca da verdade. A minha justiça é, portanto, a justiça da liberdade, a justiça da democracia, em suma a justiça da tolerância.” (KELSEN *in* REALE e ANTISERI, 1991, p. 913)

4.2) Validade e Eficácia

Kelsen diz que há uma conexão entre validade e eficácia do Direito, e que a determinação correta dessa relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista.

Para comentar validade e eficácia achamos necessário discorrer antes sobre a norma fundamental que segundo kelsen é o pilar de todas as normas existentes.

A definição de norma fundamental está intimamente ligada ao conceito de validade, pois, o fundamento de validade de uma norma jurídica apenas pode decorrer da validade de uma outra norma jurídica, porque para Kelsen todas as normas necessitam de fundamento. A norma fundamental seria a última e mais elevada das normas, ou seja, seria a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica.

O fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica está relacionado a se essa norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.

“Para Kelsen “Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é vigente), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo deve se conduzir do modo prescrito pela norma.” (2000,p.215).”

Já a eficácia está relacionada à aplicação e à observação da norma, isto é, concerne à condição de existência no mundo do ser e não ao fundamento de validade da norma, enquanto dever-ser.

Para Kelsen a eficácia é transformada em condição de validade, ou seja, é necessário o ato de fixação, ao menos da norma fundamental, para que a ordem jurídica como um todo não perca sua validade, porém nem sempre isso acontece. Assim Kelsen descreve:

“As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar de 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 apóia, como um todo, perde sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma de suas normas, perdem a sua validade (vigência).” (2000, p .237)

A eficácia é condição de validade, porém, eficácia não é validade.

5) Equívocos entre os dois critérios

As teorias jurídicas positivistas são colocadas perante a tarefa de encontrar entre a validade e a eficácia o meio-termo correto.

Há teses que dizem que entre a validade como um *dever ser* e a eficácia como um *ser*, não existe conexão alguma, ou seja, que a validade do Direito é completamente independente de sua eficácia (este pensamento tende às teorias idealistas, destacando como relevante apenas o aspecto formal da norma jurídica).

Para Kelsen estas teorias não são válidas. Por um lado, não se pode negar que a ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde seu sentido quando deixa de ser eficaz; por outro lado, existe uma conexão entre o *dever-ser* da norma jurídica e o *ser* da realidade natural, já que uma norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser posta através de um *ato-de-ser* .

Há também as teses que sustentam que a validade se identifica com a eficácia (e, por sua vez, tendem para as teorias realistas, que destacam a ser do Direito, em contraposição à sua forma).

Para Kelsen, estas também não são conclusões admissíveis, pois, há numerosas situações em que as normas jurídicas são consideradas como válidas, porém não têm força de eficácia, e em outros casos, há normas absolutamente eficazes, que não são válidas porque não são jurídicas.

A solução proposta por Kelsen na teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma jurídica é *dever-ser* que não se identifica com o *ato-de-ser* que a põe, a validade de *dever-ser* de uma norma jurídica não se identifica com a sua existência e o seu cumprimento pelo *ato-de-ser* que a põe em eficácia na ordem do *ser*. A eficácia jurídica como um todo e a eficácia jurídica singular são, tal como o ato que estabelece a norma, apenas condição da validade desta ordem ou desta norma jurídicas.

A eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica singular já não é considerada como válida quando suas normas cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco, como o fato que a estabelece, fundamento da validade deste ordenamento jurídico, pois, o fundamento da sua validade, como já dissemos, reside na norma fundamental.

Observamos que, por um lado Kelsen separa validade e eficácia e por outro as identifica.

6) Conclusão

Observamos ao longo deste artigo que justiça, validade e eficácia são temas muito próximos, mas, cada um deles guarda sua particularidade.

Concluimos que em relação á justiça Bobbio e Kelsen concordam que ela seja de âmbito subjetivo, no tocante á validade Bobbio impõe três condições para sua verificação, enquanto Kelsen á relaciona diretamente com a norma fundamental e, finalmente sobre a eficácia os dois filósofos concordam que esta está muito próxima á validade, porém ela não deve ser confundida com a mesma.

7) Quadro Comparativo

	Norberto Bobbio	Hans Kelsen
Justiça	É a dicotomia entre o mundo ideal e o mundo real. Norma justa é aquela que deve ser e injusta é aquela que não deveria ser.	Não deve ser discutida na Teoria Pura do Direito, cujo objetivo é única e exclusivamente o de conhecer o objeto do Direito, não importando a questão de saber como deve ser o Direito.
Validade	É necessário realizar três operações: I-Averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para produzir normas jurídicas II-Comprovar se não foi ab-rogada. III-Averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema também particularmente com uma norma hierarquicamente superior	Observar se a norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.
Eficácia	Está relacionada ao problema de uma norma ser ou não seguida pelas pessoas a quem ela se dirige, e, no caso de violação, se ela é imposta através de meios coercitivos oferecidos pela autoridade que a evocou.	Está relacionada à aplicação e à observação da norma, isto é, concerne à condição de existência no mundo do ser e não ao fundamento de validade da norma, enquanto dever-ser.

8) Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito . São Paulo: Ícone, 1999. 239 p. (Coleção Elementos do Direito)

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 1.ed. São Paulo: Edipro, 2001. 189 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. 184 p.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. 149p.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 404p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p. (Coleção Justiça e Direito)

LEITE, **Carlos Henrique Bezerra. Justiça, validade e eficácia**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_24/artigos/Art_Carlos.htm > Acesso em 20 out. 2007.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1990. 3 v. (Coleção filosofia)

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 393p.