CONSIDERAÇÕES SOBRE VALIDADE E EFETIVIDADE DA NORMA JURÍDICA INTERNACIONAL

(Anotações à margem da Teoria Kelseniana)

TARCÍSIO BURITY*

1. Introdução; 2. Fundamentos; 3. Validade e efetividade; 4. O conceito de efetividade como Sosein; *5. O conceito de efetividade na ordem jurídica interna e na ordem internacional.*

1. *Introdução*

A tensão que sempre existe entre a ordem normativa do direito e o fato do comportamento humano, tal como ele acontece na realidade, isto é, entre as regras jurídicas e a realidade social, apresenta-se, no campo do direito internacional, de maneira mais aguda, considerando-se a natureza ainda primitiva da comunidade das nações.

O direito internacional público, em virtude de seu caráter ainda embrionário, de ordem tecnicamente imperfeita, descentralizada, oferece condições excelentes para reflexões aprofundadas acerca da relação entre a *validade* e a *efetividade* da norma jurídica.

Para Kelsen, como sabemos, assegurar que uma norma é *válida* é ter observado que ela preencheu todos os requisitos formais de sua existência, exigidos pela ordem jurídica a que pertence, visto que o direito apresenta a particularidade de ele mesmo regulamentar sua própria criação.

E afirmar que a norma é *efetiva* significa constatar que os seus destinatários se conduzem de fato, na sociedade, como devem conduzir-se segundo a norma jurídica em questão.

Vale ressaltar ainda que, se por um lado essa obediência à norma pelos seus destinatários não pode ser absoluta ou de caráter necessário (o que a tornaria inócua), por outro lado um mínimo de efetividade é exigido, a fim de que a norma jurídica seja válida.

* Governador do estado da Paraíba, professor titular de introdução à ciência do direito, na Universidade Federal da Paraíba.

2. *Fundamentos*

A partir dessas considerações, surge a indagação: *qual é o fundamento da validade do direito internacional costumeiro?* Em outros termos, de onde é que as normas costumeiras extraem sua força obrigatória?

A solução deste problema fundamental não pode ser encontrada no campo específico do direito positivo. Com efeito, na ordem hierárquica do direito internacional, a norma costumeira manifesta-se como sendo a base do edifício jurídico positivo. Em razão de ela ser a *primeira* norma na ordem positiva, o fundamento de sua validade não pode ser encontrado em uma *outra* norma positiva, pois esta última simplesmente não existe.

Onde encontrar, portanto, o fundamento da validade do costume jurídico internacional? Talvez na própria realidade social?

"Não", responde Kelsen, pois enquanto a realidade social está situada na ordem do *ser,* a norma jurídica encontra-se na ordem do *dever-ser,* e a dedução de um *dever-ser* a partir do *ser* é logicamente impossível.

Conseqüentemente, o fundamento da validade da norma costumeira deve encontrar-se numa ordem puramente lógica — com efeito, há, segundo ele, normas que constituem a significação de um ato de vontade: as normas *postas, positivas;* e outras que são fruto de um ato de conhecimento e não de um ato de vontade: as normas *supostas.*

Ora, no que se refere à procura do fundamento da validade do costume jurídico internacional, é impossível que essa busca da *validade da validade* continue *ad infinitum*: a nossa razão exige necessariamente que se pare numa *norma suprema,* a qual não terá mais necessidade de ser fundamentada, visto que ela constitui justamente a norma suprema, a norma das normas, a *norma fundamental. (Grundnorm).*

De natureza puramente lógica, esta norma fundamental situa-se fora do campo específico das normas jurídicas positivas. Ela não é uma norma *positiva, posta,* mas uma norma *suposta, hipotética.* Sua importância consiste não somente em tornar possível a unidade e a coerência sistemática da ciência jurídica, mas também em situar o último fundamento das normas numa ordem de *dever-ser,* e não numa ordem de *ser,* o que demonstra uma perfeita coerência lógica.

Entretanto, qual é precisamente a significação desta norma fundamental? Ela, de natureza suposta, essencialmente lógica, "...est une norme qui fait de la coutume fondée par la conduite mutuelle des Etats un mode de création de droit". Seu conteúdo é, assim, o de instituir "...l'état de fait de la coutume comme acte de création de droit".[1]

3. *Validade e efetividade*

Esta referência à significação da norma fundamental, que consiste em instituir o *factum* do costume como ato criador de direito, manifesta clara-

[1] Théorie du droit international coutumier. *Revue Internationale de la Théorie du Droit,* p. 259, 1939.

mente a posição de Kelsen no que diz respeito ao problema primordial da relação entre a validade e a efetividade da norma jurídica.

Vejamos:

Embora para Kelsen o que caracteriza a norma jurídica enquanto tal seja sua validade, ele não contesta a relação necessária que existe entre a validade e a efetividade da norma.

Com efeito, as normas de uma ordem jurídica determinada são dotadas de validade não porque são efetivas, mas pelo fato de que a norma fundamental (sobre a qual se baseia a ordem jurídica em sua totalidade) é *suposta* válida; e, por outro lado, a ordem jurídica só é dotada de validade *se* as normas são efetivas, de maneira geral. A efetividade é, conseqüentemente, a *condição* (*conditio sine qua non*) da validade e não sua *razão suficiente*. E, de um ponto de vista lógico, a condição e o condicionado não podem ser considerados como elementos idênticos.

Pelo exposto, poderíamos talvez concluir que o Prof. Kelsen tenta encontrar aquela posição de equilíbrio entre as duas concepções extremas do direito-norma e do direito-conduta. Entretanto, é preciso lembrar que, apesar de todo o esforço feito no sentido de mostrar a correlação entre a validade e a efetividade da norma, vale dizer, entre a sua abstração esquemática e a realidade social, Kelsen é guiado pelo postulado gnosiológico fundamental que forma o embasamento de sua *Teoria pura do direito*, a saber: o paralelismo irredutível entre as ordens do *ser e do dever-ser* (entre *Sein* e *Sollen*). Isto consistiria, como veremos adiante, menos numa atitude de equilíbrio do que numa polarização do direito-norma, que se manifesta como objetividade racional ou conforme as diretrizes de um normativismo lógico-formal, abstrato.

Assim, temos conhecimento de que o princípio metodológico fundamental da teoria pura do direito é delimitar, com exatidão absoluta, a especificidade do direito enquanto ciência, vale dizer, enquanto conhecimento, tentando, por isso, desembaraçá-la de elementos subjetivos, mas também distingui-la de outros domínios especulativos como a sociologia, a história, a psicologia e a moral. Para atingir esse objetivo, Kelsen começa por fazer uma distinção fundamental entre *norma jurídica (Rechts-Norm)* e *proposição de direito (Rechts-Satz)*.

As proposições de direito constituem um *Sollen* porque são a descrição de outro *Sollen*: as normas jurídicas. Mas enquanto o *Sollen* das normas jurídicas, que são criadas e aplicadas pelos órgãos jurídicos, tem sentido prescritivo e caráter imperativo, o *Sollen* das proposições de direito — cuja finalidade consiste em descrever as normas jurídicas — possui apenas a significação de um juízo hipotético. Isto quer dizer que elas enunciam simplesmente que conseqüências determinadas poderão surgir, se certas condições definidas pela ordem jurídica se realizarem, e isto não implica nenhum imperativo de ordem moral, nenhum comando, nenhum juízo de valor. Portanto, duas funções primordiais existem no que se refere ao fenômeno jurídico, a saber: a da autoridade jurídica, cujo objetivo é criar o

direito, e a do jurista (aquele que faz ciência do direito), cuja finalidade é conhecer o direito, ou seja, descrevê-lo, analisá-lo.

Pelo exposto pode-se averiguar a importância da norma fundamental. Por ser uma norma simplesmente pensada, ela continua a ser conhecimento, apesar de sua referência necessária ao *factum* do costume como ato criador de direito. E em razão disto, a ciência do direito, constituída pelas proposições de direito (*Sollen* de caráter puramente indicativo) forma um todo coerente sistemático, em virtude da norma fundamental que existe como a condição lógica transcendental do fenômeno jurídico em sua totalidade.

A inspiração de Kelsen em Kant é evidente.

Na verdade, da mesma maneira que Emanuel Kant procura as condições lógicas que tornam as ciências possíveis, assim também Kelsen tenta achar a condição lógica que torna possível a existência da ciência do direito. É a hipótese da norma fundamental (*Grundnorm*), que evita uma procura de ordem infinita da *validade da validade* e constitui a condição lógico-transcendental, única a permitir que se interprete a significação de certos fatos sociais como algo formando uma unidade, vale dizer, como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas.

Mais: da mesma maneira que as formas *a priori* de Kant não determinam o conteúdo da realidade objetiva, assim também a norma fundamental não pode determinar o conteúdo das normas que formam a ordem jurídica positiva. E, assim como as formas *a priori*, embora logicamente anteriores à experiência, não existem a não ser em função da experiência, e a experiência não é possível se não é condicionada pelas formas *a priori*, assim também a norma fundamental só existe em função da massa de certos fatos sociais que formam a experiência jurídica positiva e, por sua vez, essa massa de fatos sociais não toma significação especificamente jurídica senão enquanto se refere à norma fundamental.

Observamos o problema do fundamento de validade do direito internacional costumeiro, segundo outras perspectivas, exatamente em virtude de serem também outros os pressupostos do nosso pensamento filosófico.

Não nos situamos no campo do idealismo kantiano, mas numa linha estritamente realista.

A postura ontognosiológica do Prof. Reale, por exemplo, nos oferece instrumentos de análise do problema bastante eficazes.

Entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido existe uma correlação dialética de complementaridade. Essa correlação "se impõe de maneira essencial e prévia, formando um processo sempre uno e concreto, *o processo ontognosiológico*"[2].

"... procurando indagar as condições de possibilidade de todas as formas de saber, a polaridade sujeito-objeto constitui o *pressuposto transcendental*, a condição de possibilidade de toda e qualquer experiência cognoscitiva ou ética".[3]

[2] Reale, M. *Experiência e cultura*. p. 94.

[3] Id. ibid. p. 95.

Ou ainda: "a compreensão da cultura como processo de objetivações e positivações não é mais que o desdobrar-se no tempo histórico de uma característica essencial a todo ato de conhecimento, pois, em última análise, pensar é *objetivar*, o que demonstra que a práxis não é anterior nem posterior ao momento teorético, por serem ambos aspectos inseparáveis da mesma tomada de consciência originária do homem *como consciência de si* e consciência do mundo".[4]

A história, como fato cultural, é, portanto, a ontognosiologia *in acto*, isto é, o *processo ontognosiológico* como práxis, no qual se discriminam os campos das ciências, das artes, dos costumes, como expressões diversas da *positividade*, o que, aliás, deflui da compreensão da "consciência transcendental, como consciência concreta de *teoria* de práxis.[5]

"O mundo da cultura, nesse complexo compreensivo, não é algo intercalado e segundo posto entre o espírito e a natureza, mas antes o processo das sínteses sucessivas que a consciência intencional vai realizando com base na compreensão operacional dos dados iléticos, o *processo histórico-cultural coincidindo com o processo ontognosiológico e suas naturais projeções no plano da práxis*[6].

Um dos caminhos, para superarmos, no que tange à fundamentação da norma costumeira, o dualismo irredutível entre *ser* e *dever-ser*, consiste, portanto, na análise dos chamados *objetos culturais*, pois eles são objetos, como diz Cóssio, que têm *existência*, que *estão* na *experiência* e que são *valiosos* positiva ou negativamente.[7]

Vale ressaltar que entre os objetos culturais está situada a ação do homem enquanto especificamente humana.

A norma jurídica, portanto, qualquer que seja a sua natureza, adquire plena relevância na medida em que se insere numa realidade objetiva determinada, deixando de valer como um *dever-ser* de natureza puramente abstrata, lógico-formal, para ser, conforme escreve ainda o Prof. Reale, o "momento" relevante de todo um "processo", cuja origem se encontra na relação entre a atividade valorativa do espírito humano e uma realidade factual.

Diremos, em razão do que foi dito, que o fundamento da norma costumeira internacional deve encontrar-se na realidade social mesma que forma a trama das relações internacionais.

Entretanto, a questão não se limita aí. Com efeito, não basta afirmar que a norma costumeira extrai sua força obrigatória, quer dizer, sua validade, das necessidades e das exigências da vida internacional, porquanto é meridianamente claro que todas essas noções, como também as de interesse social, segurança comum, justiça etc., são conceitos difíceis de serem definidos com precisão lógica. E na vida jurídica, como sabemos, mesmo a que

[4] Reale, M. op. cit. p. 98.
[5] Id. ibid. p. 93.
[6] Id. ibid. p. 134.
[7] La Teoría egológica del derecho. 1964. p. 55-6.

é situada no plano internacional, não pode prescindir de um mínimo de certeza em seu elemento formal. Faz-se mister, em conseqüência, encontrar, na medida do possível, um critério eficaz, a fim de possibilitar maior precisão às noções vagas que foram referidas.

Como demonstraremos adiante, esse critério só pode ser a efetividade.

Sem admitir a efetividade, aquelas noções vagas de necessidade e exigência da vida internacional, que, em última análise, repousam em dados subjetivos, não oferecem critério objetivo, a fim de que um determinado Estado possa contestar a conformidade a elas de uma suposta regra costumeira e, por conseqüência, de seu caráter obrigatório.

A maneira efetiva como as normas costumeiras internacionais se manifestam é a demostração clara de que elas estão atendendo aos requisitos de interesse social, segurança comum, necessidade coletiva.

Enfim, vale assegurar que a efetividade é a objetivação, no plano do direito internacional costumeiro, desse processo valorativo que todo ser humano exerce, no momento da construção de uma norma jurídica. E, no que se refere ao resultado desse ato valorativo, diremos, como o professor Michel Virally, que "para a ciência do direito como para a história, os valores só têm relevância na medida em que favorecem os movimentos sociais. A seus olhos, os que sobrelevam não são os mais elevados, mas os que foram impostos à sociedade por aqueles que combatiam em seu nome".[8]

Entretanto, não queremos, com isso, aceitar uma posição sociológica do tipo simplista, porquanto esta, além de colocar a solução do problema fora da órbita específica da ciência do direito, apresenta-se de maneira bastante vaga, o que não pode constituir um campo preciso e suficiente de análise jurídica. Repitamos: como poderia um Estado, por exemplo, negar obediência a determinada norma costumeira alegando que esta contravém aos princípios de necessidade e exigência das relações internacionais? Vale ressaltar, aliás, ser lugar comum repetir que, no plano das relações internacionais, cada Estado costuma julgar que o que é bom para ele é, em conseqüência, bom para todos; que a satisfação dos *seus* interesses é a satisfação dos interesses *de toda a comunidade internacional*... E critérios assim tão subjetivos não podem constituir a base comum sobre a qual deva assentar-se uma análise essencialmente científica.

Ao nosso ver, o único critério realmente objetivo, científico, para a solução do problema é o princípio de efetividade. Somente ele possui, no que se refere ao fundamento da validade da norma costumeira e, conseqüentemente, de toda a ordem jurídica internacional, a importância primordial de fornecer uma solução que é situada estritamente dentro do campo específico da ciência jurídica. E é escusado lembrar ser o conceito de efetividade fornecido, como vimos anteriormente, pela jurisprudência internacional. É noção eminentemente jurídica, e não metajurídica.

Isto posto, cabe-nos agora aprofundar o conceito de *efetividade.*

[8] Virally, Michel. *La Pensée juridique.* 1960. p. 219.

4. *O conceito de efetividade como* Sosein

Acreditamos que se faz necessário, desde logo, uma distinção fundamental entre a noção de *conduta efetiva* e a de *efetividade da norma jurídica.*

A primeira é bastante vaga, exprimindo a idéia geral de conduta que existe de fato, realmente, e que se opõe, em razão disto, à idéia de conduta fictícia, imaginária. Ao contrário, a noção de efetividade da norma significa algo de bem determinado, alguma coisa já de categorizado, de qualificado juridicamente; não exprime apenas a idéia de uma conduta efetiva, mas algo que vai além disso: o conceito de norma efetiva traduz, na verdade, uma conduta real que já é imantada por um valor, por uma significação bastante precisa: *a significação especificamente jurídica.* Não constitui, assim, um puro *Sollen* de caráter abstrato, sem relação com o mundo objetivo, nem um puro *Sein,* existindo na esfera dos fatos.

O conceito de norma jurídica efetiva significa *um-fato-no-sentido-da-norma,* ou seja, um *Sosein.* A efetividade é assim, noção eminententemente jurídica, não se confundindo com a força bruta, porquanto exprime algo que já reflete, de certa maneira, as tradições e a ética no meio social onde se produziu.

Na linha do formalismo kelseniano, a efetividade é um mero fato, situado inteiramente no mundo do *Sein.* Daí, segundo ele, a impossibilidade de fundamentar nela a validade da norma jurídica, pois esta participa da natureza de um *dever-ser.*

Ora, já mostramos que a chave do problema da relação entre *ser* e *dever-ser,* ou, em plano menos abstrato, entre efetividade e validade, se encontra na análise fenomenológica da ação humana, *enquanto objeto cultural.* Nesse sentido, a conduta especificamente jurídica não é puro *factum* social, mero fato bruto, sujeito apenas ao princípio de causalidade. A análise fenomenológica nos mostra que é certamente um *Sein,* mas já imantado por um valor, por uma significação eminentemente jurídica, *fato categorial,* de estrutura significativa. Vale, por isso, ressaltar aqui aquela valiosa distinção, de que fala Guido Calogero, entre *fato físico* (realidade *observada*) *e fato jurídico* (realidade *operada*): "Um é fato que é somente fato, o outro é um fato que é também um ato; um é um *factum,* que não pressupõe um *faciendum*; o outro, um *factum* que nasceu de um *faciendum,* pois não teria ocorrido se um *factor* não o houvesse sentido como *faciendum.*"

Ora, se a noção de efetividade, no que se refere ao mundo jurídico, não significa um simples *Sein,* mas alguma coisa de construído, vale dizer, um *Sosein,* não haverá, por conseqüência, contradição lógica se afirmarmos que, no plano do direito positivo (e é unicamente este direito que tem relevância para a ciência jurídica), a validade da norma, em última análise, encontra-se em sua própria efetividade. Esta constitui, assim, não só a *conditio sine qua non* da validade, mas também sua *conditio per quam: a norma jurídica tendo força obrigatória pelo fato de ser efetiva.*

Mais: todas as considerações que tecemos tomam grande importância se fizermos uma análise de manifestação mais espontânea do direito, que é a

norma costumeira. Na verdade, é sabido que as dificuldades, no que se refere ao costume, nascem a partir da análise da *opinio juris,* entendida como a convicção de que determinado uso corresponde à execução de uma obrigação jurídica. Entretanto, a convicção de que certos atos constantes respeitam determinada regra anterior a eles exclui a hipótese de que esses atos sejam os primeiros a estabelecê-la como norma jurídica. Portanto, admitir o elemento *opinio juris* como indispensável à formação do costume é cair na contradição lógica de afirmar que a norma costumeira é preexistente aos atos mesmos que constituem a sua própria razão de ser.

Se observarmos, entretanto, atentamente a formação do costume, verificaremos que ela resulta de duas práticas, que convergem uma em direção a outra, a saber: de um lado, a prática constituída da repetição constante de certos atos, e, do outro, a que é constituída da coação efetiva, cada vez que a primeira prática é violada. São estas duas práticas em questão que formam o elemento material do costume. Este resulta, pois, de um uso cuja força obrigatória se consolida espontânea e progressivamente, à medida que a efetividade da coação se materializa numa intensidade crescente, cada vez que esse uso é violado.

Por conseqüência, a prova de que há o fato objetivo da reciprocidade na observância de uma prática determinada, de tal maneira que sua violação traz como resultado atos de coação, é perfeitamente suficiente para mostrar o caráter especificamente jurídico da prática em questão, isto é, de sua força obrigatória. Aliás, esse fato objetivo constitui apenas uma conduta que se manifesta, pondo em presença duas ou mais pessoas, e dando a cada uma delas o poder de exigir da outra um certo comportamento. E, por essa razão, ela forma uma conduta que tem relevância para o direito.

Pelo fato, assim, de ser impossível provar a existência da *opinio juris,* a efetividade do elemento material do costume, formada pelas duas práticas referidas, é suficiente para manifestar o caráter obrigatório da norma em questão. Além disso, esse fato objetivo a que fizemos alusão não é um puro fato situado na esfera do *Sein,* mas um fato de estrutura significativa, fato-no-sentido-da-norma, um *Sosein.*

Validade e efetividade aparecem, desse modo, como dois elementos que guardam entre si uma correlação dialética de complementaridade, no que diz respeito à noção de norma jurídica efetiva.

É nesse sentido que entendemos o pensamento de P. Guggenheim, quando escreve: "A validade de uma norma deve corresponder à sua efetividade, sua falta de efetividade à sua nulidade."

5. *O conceito de efetividade na ordem jurídica interna e na ordem internacional*

As nossas considerações estariam ainda incompletas, se não analisássemos os aspectos da efetividade, comparativamente, no direito interno e no direitc internacional, de vez que a noção geral do direito deve abranger o direito

primitivo (no caso, o direito internacional) e o direito mais evoluído (o direito interno).

Na ordem jurídica interna de cada país, pelo fato de ser uma ordem jurídica centralizada, cuja técnica é bastante desenvolvida, a validade e a efetividade de suas normas podem não coincidir. Com efeito, é possível que existam normas que entrem em vigor (por conseguinte, que sejam válidas), antes de serem efetivas.

Entretanto, faz-se mister precisar que, mesmo nessa hipótese, não há uma validade totalmente abstrata, sem nenhuma realização objetiva (uma validade em si, *per se stante*). Preferimos dizer que, nesse caso, existe uma norma efetiva em potência, em vez de uma norma simplesmente válida. Na verdade, essas normas, para que possam existir enquanto normas simplesmente em vigor (isto é, sem serem efetivas), devem pertencer a uma ordem jurídica de fato efetiva. Daí extraem sua qualidade de normas efetivas em potência, vale dizer, de normas simplesmente em vigor, porquanto sua natureza é de tornar-se realmente efetiva.

Ora, o direito internacional, em virtude de ser uma ordem jurídica embrionária, conseqüentemente descentralizada, e cuja técnica é ainda primitiva, não pode comportar normas que sejam simplesmente válidas sem serem efetivas. Em outros termos: o direito internacional público não comporta normas que sejam efetivas em potência, mas tão-somente normas que se manifestem realmente efetivas, isto é, efetivas *em ato*. Aliás, não é demais lembrar que os atos humanos são revestidos de significação subjetiva (a que é associada pelo indivíduo ao próprio ato) e objetiva (a que lhe é dada pelo direito). Apenas a significação de natureza objetiva pode ser apreciada cientificamente, possibilitando a existência dos caracteres de certeza e segurança próprios a toda norma jurídica enquanto tal. Ora, a efetividade é justamente o padrão de valor objetivo a fim de que, por exemplo, na ordem internacional, um Estado possa não só apreciar a conduta de um outro Estado, mas também exigir dele, como já dissemos, o cumprimento de suas obrigações jurídicas. Assim, através da efetividade, conseguimos fundamentar a norma de direito no *factum juridicum*, sem, entretanto, cair no simplismo de certas posições do sociologismo jurídico, que tenta sustentar que a norma costumeira extrai sua força obrigatória das necessidades e da exigência da vida social. A solução só pode, a nosso ver, ser dada mediante o conceito de efetividade. A maneira efetiva como as normas se manifestam é a demonstração palpável de que elas estão precisamente atendendo aos requisitos de interesse social, segurança comum, necessidade coletiva.

Por tudo quanto foi exposto, cremos agora poder afirmar que efetividade da norma costumeira, por ser a integração de uma conduta determinada e de uma significação, conforme uma dialética de complementaridade, ou, em outros termos, por ser a efetividade da norma jurídica um fato-no-sentido-da-norma, um *Sosein*, ela constitui o fundamento da norma internacional costumeira. A norma jurídica tendo força obrigatória porque é efetiva e na medida em que é efetiva.

No direito positivo (e é unicamente este direito positivo que interessa à ciência do direito enquanto tal), validade e efetividade apenas se distinguem, mas não se separam.

Concluindo: o direito positivo não comporta a noção de validade puramente abstrata, sem realização efetiva (uma validade *per se stante*). Mesmo as normas simplesmente em vigor, na ordem jurídica interna, constituem, antes, normas efetivas em potência, porquanto elas tiram sua existência da ordem jurídica a que pertencem, a qual deve necessariamente ser efetiva. Formam, assim, normas cuja natureza é de tornarem-se efetivas em ato.

Neste sentido (e tão-somente neste sentido), podemos também afirmar que a positividade do direito se confunde com a efetividade.