

# Reflexões Sobre Direito e Fato na Ordem Jurídica Internacional.

(Contribuição à Teoria da Efetividade)

*Tarcísio Burity*

Diretor da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal da Paraíba.

Ao nosso ver, é possível ao *cientista* do Direito encontrar o fundamento desta ciência, dentro da própria ordem jurídica positiva, e não fora de suas fronteiras epistemológicas, como sucedeu com as doutrinas do Direito Natural, do Sociologismo Jurídico e do Normativismo lógico-formal de HANS Kelsen.

O ponto de partida deverá ser a análise mesma da norma jurídica, sobretudo das condições de sua realização enquanto princípio normativo da conduta humana, o que significa enfocar um dos árduos problemas da teoria geral do Direito, a saber: a relação entre *validade* e *efetividade*.

Faz necessário também ressaltar, desde agora, que o conceito de efetividade, embora se apresente, para alguns autores, como um verdadeiro princípio a reger todo o campo do Direito Internacional, ainda não se libertou de certas conotações, dificultando, por isso, a apreensão clara de suas variadas funções na ordem jurídica externa. Em consequência, vale estabelecer as bases do referido princípio, dando-se, especialmente maior exatidão a seu conteúdo.

Concebendo a efetividade enquanto fato que é apenas "*factum*", como algo emergindo do mundo do ser (Sein),

susceptível, por isso, de uma “constatação”, eminentes juristas, ao estudarem a relação entre *validade* e *efetividade*, crêem não poder fundamentar a validade última da ordem jurídica positiva em sua própria efetividade. Logicamente, seria impossível deduzir uma norma, que exprime um “dever-ser” (Sollen), partindo-se exclusivamente do puro “factum”, isto é, da esfera do “ser” (Sein). Conforme diretriz filosófica bastante conhecida, reafirmam esses autores o paralelismo irreduzível entre as ordens do “ser” e do “dever-ser”. Nesse sentido, é o pensamento de HANS Kelsen, ao asseverar que a efetividade de uma ordem jurídica é a condição necessária para a validade de cada norma individual desta mesma ordem, relevando-se, entretanto, que é uma “*conditio sine qua non*” e de nenhuma maneira uma “*conditio per quam*”. É simplesmente condição e não a razão da validade das normas constituintes da mencionada ordem jurídica positiva.<sup>1</sup>

Na mesma linha, encontra-se a opinião do eminente professor CHARLES DE VISSCHER que, embora não sendo kelseniano, afirma, por exemplo, em trabalho recente, ser íum “factum” a observância geral das normas jurídicas por aquêles a quem se destinam; e um fato apenas se constata, não se podendo encontrar nele mesmo o fundamento jurídico daquela observância. Sem querer, como ele próprio diz, abordar o assunto em toda sua plenitude, prefere secundar o prof. TRIEPEL, ao assegurar que o fundamento da validade do direito está situado fora (sic) do campo especificamente jurídico.<sup>2</sup>

---

1. H. Kelsen: *Théorie Pure du Droit* (tradução francesa da 2.<sup>a</sup> edição da *Reine Rechtslehre*, por CH. EISENMANN), Paris, Dalloz, 1962, p. 15 e “*Princípios de Derecho Internacional Publico*” (tradução espanhola de “*Principles of International Law*”, por HUGO e ERNESTO C. HERMIDA), Buenos Aires, El Ateneo, 1965, p. 354.

2. CHARLES DE VISSCHER: “*Les effectivités du Droit International Public*”, Paris, Pedone, 1967, p. 10.

Entretanto, estamos convencido de que é possível fazer-se nova colocação da matéria, tendo-se em vista sobretudo as fecundas contribuições da corrente culturalista.

A chave da questão encontra-se, ao nosso ver, no estudo da natureza dos chamados objetos culturais, os quais se manifestam como objetos derivados e complexos, sínteses de “ser” e “dever-ser”. Devendo-se compreender por tais objetos não só as coisas criadas pelo homem, mas também a sua própria ação criadora enquanto especificamente humana.

Como veremos a seguir, o estudo da relação entre validade e efetividade nos conduz ao centro mesmo do problema que consiste na passagem daquilo que é meta-jurídico (ou antejurídico) àquilo que é especificamente jurídico. Equacioná-lo claramente equivale a traçar com rigor as fronteiras epistemológicas do Direito enquanto ciência positiva.

Com efeito, uma análise em profundidade do assunto nos revela que a idéia de efetividade, no sentido estritamente jurídico (e a efetividade só possui relevância para a ciência jurídica, nesse sentido exclusivo), não constitui fato que é somente “factum”, situado no mundo do “ser”, mas compõe, “ab initio”, um “factum juridicum”, algo já de “construído, de “qualificado”, possuidor de “estrutura categorial”, fato-no-sentido-da-norma, vale dizer, um “Sosein”.

Partindo-se desta idéia, chega-se à conclusão de que as ordens do “ser” e do “dever-ser” guardam entre si relação essencialmente dinâmica (dialética). Uma norma poderá nascer, assim, de um fato, não através de processo de causalidade, mas como diz a corrente culturalista, mediante processo valorativo. Fica definitivamente afastada, por isso, a hipótese de contradição lógica, ao assegurar-se que o fundamento último da validade de uma norma se encontra em sua própria efetividade. A força obrigatória, que possui, se origina, pois, de sua efetividade e na medida desta efetividade.

O nosso pensamento, no que diz respeito à fundamentação da ordem jurídica positiva, coloca-se em ponto de equilíbrio entre as duas concepções extremas de que fala MIGUEL REALE, a do direito-norma (racionalidade abstrata, expressão de atividade lógica, técnico-formal, desencarnada) e a do direito-conduta (esforço de captação de plenitude do “jus vivens”), porquanto toda uma gama de posições doutrinárias desenvolve-se nesse domínio conforme uma maior ou menor polarização do elemento validade ou do fator efetividade.

As considerações feitas acima levam-nos, finalmente, a concluir, secundando eminentes autores, que, na ordem jurídica internacional, ordem de certa maneira ainda primitiva, descentralizada, tecnicamente imperfeita, a regra “ex injuria jus non oritur” encontra, as mais das vezes, os limites de sua atuação na regra oposta “ex factis jus oritur”.

#### As considerações de existência da norma jurídica.

Acreditamos que a maneira mais segura para determinar o ser específico do Direito consiste em observá-lo tal como ele se nos apresenta intuitivamente, sem a utilização de nenhum processo técnico especial. Ou, no dizer de HUSSEL, lançando como que um “regard naïf” sobre o que ele possui de *geral*, e colocando “entre parênteses” tudo o que aparecer de *particular, acidental, provisório*, para não senão o que existe de *essencial*.

Ora, nessa tentativa de evitar os preconceitos de falsa construção intelectual, verificamos formar o Direito, antes de tudo, um *sistema de normas*, cujo conteúdo é sempre um “dever-ser”, as quais ordenam a conduta dos homens na sociedade. Entre as várias ações possíveis aos indivíduos que compõem determinado Estado, o Direito, mediante processo, valorativo que obedece às necessidades de convivência social, indica as que são obrigatórias à comunidade em questão.

Mais: esse “dever-se”, expresso pela norma jurídica, possui conotações essenciais, distinguindo, por isso, o Direito de outros sistemas normativos: *a sua natureza imperativo-atributiva, tendo por corolário a possibilidade de coação organizada pela própria ordem jurídica da sociedade em questão, na hipótese de ser infringida.* Em outros termos, significa que a norma jurídica implica sempre duas ou mais pessoas, dando a cada uma delas o poder de exigir da outra certo comportamento.

Pelo exposto, observamos que o Direito, ordem normativa por excelência, não constitui algo de pura abstração, que possa existir além das categorias de tempo e de espaço. Muito ao contrário, existe enquanto encarnado numa sociedade determinada. Fruto da criação humana, seu conteúdo é pleno de historicidade.

Entretanto, esse mundo real e objetivo, onde a norma jurídica se efetua, é de natureza diferente do mundo do “dever-se-”: neste, imperam nexos de finalidade; naquêle (o mundo do “ser”), nexos de causalidade. São esferas que se complementam, através de nossa mente, no seu esforço de captação da realidade em tôda plenitude de suas significações. No caso particular do fenômeno jurídico, torna-se, desta maneira, totalmente impossível romper os laços essenciais e indestrutíveis que ligam a ação especificamente humana ao campo social e histórico, onde êle se objetiva; em outros termos: entre a norma jurídica *Sollen* e o fato da conduta humana se manifesta na realidade (Sein).

“Ser” e “dever-ser” formam, por isso, as duas janelas do espírito, em que nos debruçamos para observar a realidade.

*Os conceitos de validade e efetividade.*

Considerando que todo “dever-ser” tende, por natureza, a realizar-se no “ser”, o Direito, ordem normativa da conduta humana, sempre se concretiza numa sociedade

determinada. Cabe-nos, então, descrever as *condições* dessa realização, o que significa constatar, agora em plano menos abstrato, a mesma correlação dialética existente entre aquelas duas ordens; ou em outras palavras: equacionar, de maneira objetiva, o problema da relação entre a validade e a efetividade da norma jurídica.

A êsse respeito, faremos, inicialmente, considerações de ordem geral, dentro ainda das categorias kelsianas, porquanto ninguém mais do que o eminente professor da Escola de Viena, definiu, de maneira tão compactamente lógica, o assunto em estudo.

Assegurar, pois, 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 êle 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 pauta jurídica em questão.

Todavia, vale ressaltar, desde logo, que essa obediência à norma pelos seus destinatários não pode ser absoluta ou de caráter necessário. Como Kelsen assinala, com muita razão, uma norma, por exemplo, que prescreve algo que todos sabem de antemão que vai acontecer necessariamente, em virtude de lei natural, não poderia ser considerada como norma jurídica. Conseqüentemente, faz-se mister que haja possibilidade de contrariedade entre o que a norma prescreve como devendo ser e o que se passa na realidade. Uma “tensão” existirá constantemente entre a *norma* e o *fato* real da conduta humana.

Por outro lado, um mínimo de *efetividade* é exigido a fim de que a norma jurídica seja *válida*. Uma norma que não seja jamais aplicada ou obedecida, não pode ser válida; é praticamente inexistente.

Validade e efetividade formam, assim, a roupagem, através da qual a norma jurídica se manifesta.

Embora guardando, cada um, a sua especificidade, os dois elementos se exigem mutuamente, para que a *situação jurídica* possa criar-se. Com efeito, esta poderá formar-se ou a partir do *polo estático* do Direito, isto é, da ordem jurídica enquanto puro esquema *interpretativo* da conduta humana, técnico formal, vazio de conteúdo fático (*hipótese em que a norma, definida de maneira abstrata, tenda efetualizar-se*), ou do seu *polo dinâmico*, constituído da massa de certos fatos susceptíveis de serem amoldados ao esquema interpretativo mencionado (*hipótese em que o fato se regulariza*).

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. Daí a importância decisiva que nela exerce a efetividade, opinando vários autores, como já dissemos, pela existência de um verdadeiro *princípio*, a reger todos os aspectos do Direito Internacional.<sup>3</sup>

---

3. A importância da efetividade e suas condições de existência no Direito Internacional podem inclusive ser facilmente verificadas, através de análise interpretativa da *jurisprudência internacional*, valendo a consulta sobretudo das seguintes decisões:

- a) *Affaire de l'île de Clipperton*, in: *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pp. 1109 e 1110.
- b) *Island of Palmas Case*, in: *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pp. 838, 839 e 840.
- c) *Tinoco Case*, in: *Recueil des sentences Arbitrales*, vol. I, p. 369.
- d) *Affaire du Groeland Oriental*, in: *Cour Permanente de Justice Internationale* (C. P. J. I.), série A/B, n.º 53, pp. 63-64 e ainda pp. 46 e 51.
- e) *Affaire du droit d'asile*, in: *Cour International de Justice* (C. I. J.), Recueil, 1950, p. 277 e 309.
- f) *Affaire des pêcheries*, in: C. I. J., *Recueil*, 1951, pp. 131, 139 a 192.

Vale ainda ressaltar que, na ordem jurídica internacional, há, de certo modo, um traço de união entre os chamados *polo dinâmico* e *polo estático* do Direito, a fim de que uma situação jurídica criada a partir da efetividade se *regularize*: o instituto do reconhecimento.

Podendo afirmar que, de maneira geral e em casos normais, uma “situação de fato” se *legitima* juridicamente, através da roupagem do *reconhecimento*.

Entretanto, em virtude da natureza primitiva da comunidade internacional, nem sempre os fatos se apresentam de forma tão lógica. Com efeito, existem casos de *reconhecimento sem efetividade*, como de *efetividade sem reconhecimento*. E, no estudo dessas hipóteses, observa-se haver uma *polarização do fator efetividade*, no que se refere à regularização das “situações de fato”. Na verdade, o reconhecimento prematuro de situações de fato, as quais não dispuseram de uma duração suficiente para consolidar-se de maneira efetiva, perde valor, não conseguindo manter-se juridicamente. E, por outro lado, situações de fato, não seguidas de reconhecimento, mas *constantes e efetivas*, produzirão efeitos jurídicos.

A respeito, ainda, da hipótese de efetividade sem reconhecimento, podemos imaginar o caso delicadíssimo de uma situação de fato, realmente constante e efetiva, mas que se manifesta, violando norma do direito internacional vigente.

GUGGENHEIM, estudando semelhantes situações, escreve: “*O Direito das Gentes, que é um direito primitivo, não dispõe de técnica bastante evoluída para poder contestar*”

- 
- g) *Minquiers and Ecrehos Case*, in: C. I. J., *Recueil*, 1953, p. 65.
  - h) *Affaire Nottebohm*, in: C. I. J., *Recueil*, 1955, p. 3 e ss., p. 22.
  - i) *Case Concerning right of passage over Indian territory*, in: C. I. J., *Recueil*, 1960, pp. 39 a 40.



*validade jurídica a um poder político criado em violação do direito, mas permanente e efetivo*".<sup>4</sup>

Pelo que expusemos acima, vale ressaltar, por último, que a efetividade é *noção eminentemente jurídica*, não se confundindo com a *força bruta*, porquanto exprime, no dizer de alguns, algo que já reflete, de certa maneira, as tradições e a ética do meio social onde se produziu. Mediante análise interpretativa da jurisprudência internacional, principalmente dos casos já referidos, e da doutrina, podemos verificar a sua qualidade "categorial", de "constituído" jurídico, exigindo certas conotações para sua completa caracterização. Assim, o problema relativo à *duração* das situações de fato, exigindo os caracteres de *permanência e estabilidade*, vale dizer, situações de fato *constantes e ininterruptas*, que afastam, em consequência, a noção de fato *isolado ou provisório*, embora não haja *prazo fixo* para que a constância da situação de fato possa transformar esta última em situação efetiva, o que demonstra que a duração, em si mesma, *não cria* a efetividade, mas constitui, tão-somente, a sua *prova*. Diferentemente do instituto da prescrição aquisitiva no Direito Civil, o Direito Internacional jamais estabeleceu prazo determinado, a fim de caracterizar as situações efetivas.<sup>5</sup>

Entretanto, o aludido princípio de efetividade não exerce função primordial apenas em relação aos variados aspectos do Direito Internacional, a que fizemos alusão,

---

4. *Le droit des gens, qui est un droit primitif, ne dispose pas d'une technique assez évolué pour pouvoir contester toute validité juridique à un pouvoir politique créé en violation du droit, mais durable et effectif.* (P. Guggenheim: *Traité de Droit International Public*, Genève, Georg, 1953, t I., p. 443).

5. Estamos convencidos também de que um exame atencioso da jurisprudência internacional mostra que o instituto da prescrição aquisitiva do Direito Civil é *desnecessário e supérfluo*, no domínio do Direito Internacional Público. O princípio de efetividade é *suficiente* para resolver os problemas em que a hipótese de prescrição aquisitiva é concebida.

os quais aparecem tão bem analisados nos trabalhos recentes de CHARLES DE VISSCHER<sup>6</sup> e de JEAN TOUSCOZ<sup>7</sup>, mas, como demonstramos adiante, constitui o *fundamento* da própria ordem jurídica internacional.

*O problema do fundamento da norma jurídica.*

Feitas as considerações dos parágrafos anteriores, temos possibilidade de procurar traçar, com rigor, as fronteiras epistemológicas da *ciência* do Direito, o que vale tentar encontrar os fundamentos da ordem jurídica positiva. E nesse sentido, é imprescindível, em primeiro lugar, a análise das linhas básicas do pensamento jurídico de HANS KELSEN.

Acreditamos que nenhuma corrente jurídica contemporânea poderá ser bem compreendida sem o exame, em profundidade, das fecundas contribuições oferecidas por esse verdadeiro Kant da Filosofia do Direito, porquanto a sua doutrina, de uma precisão lógica excepcional, revolucionou as bases do pensamento jurídico de nossa época.

Ora, para o celebrado mestre da Escola de Viena, o fenômeno jurídico se manifesta essencialmente como *ordem normativa*. Estudando a relação que se estabelece entre as normas, ele concebe a imagem espacial da hierarquia, da chamada “relação de superioridade-subordinação” (Stufenbau). Por conseqüência, a ordem jurídica não seria um sistema de normas situadas todas elas no mesmo plano, mas, ao contrário, constitui uma espécie de pirâmide, onde cada norma jurídica de *ordem inferior* encontra o fundamento de sua validade em outra norma de *ordem superior*; esta, por sua vez, pode, ora determinar o processo mediante o qual a norma inferior deverá ser criada, ora indicar, até certo limite, o seu conteúdo. E a unidade da

---

6. CHARLES DE VISSCHER: *Les effectivités du Droit International Public*, Paris, Pedone, 1967.

7. JEAN TOUSCOZ: *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

*ordem jurídica*, cuja estrutura é, assim, de caráter hierárquico, resulta de uma *norma suprema*, considerada “suposta” ou “hipotética”, que é de natureza puramente lógica, e cuja função primordial consiste em dar o fundamento de validade suprema ao sistema jurídico em sua totalidade.<sup>8</sup>

O Direito Internacional Público, em virtude de seu caráter ainda primitivo, embrionário, de ordem tecnicamente descentralizada, oferece condições excelentes para um estudo aprofundado acerca da relação entre a *validade e a efetividade* da norma jurídica.

Nesse ramo da ciência jurídica, existe também, embora de maneira menos rígida em comparação com o direito interno de cada país, a mesma relação de “superioridade-subordinação”. Com efeito, observamos a existência de normas criadas pelos tribunais internacionais ou por órgãos análogos, cujo fundamento de validade se encontra numa ordem imediatamente superior, isto é, no direito internacional *convencional*; este, por sua vez, extrai sua força jurídica da regra “*pacta sunt servanda*”, que está colocada na ordem superior do direito internacional *costumeiro*. Esta regra situa-se, pois, no *primeiro plano* da hierarquia das normas jurídicas e possui caráter de norma totalmente *positiva*, porquanto constitui ainda produto do costume<sup>9</sup>.

---

8. H. KELSEN: *Théorie Pure du Droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 299.

9. É necessário esclarecer, desde logo, que a norma costumeira “*pacta sunt servanda*”, segundo KELSEN, não se confunde com a chamada “*norma fundamental*”. Ao contrário, são elas bem distintas. Diz ele a esse respeito: “*Si on doit considérer le droit international coutumier et le droit international conventionnel, deux complexes de normes juridiques constitutionnellement différents, et même deux degrés différents de l'ordre juridique international, il faut également écarter la tentative de voir la norme fondamentale du droit international dans la règle “pacta sunt servanda”.* (*Théorie du droit international coutumier*, in: *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1939, p. 273). E mais

Entretanto, qual é o fundamento de 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 encontrado no campo específico do direito positivo*. Com efeito, na ordem hierárquica do Direito Internacional, a norma manifesta-se como sendo a base do edifício *positiva*, manifesta-se como sendo a base do edifício jurídico. 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 não existe. Onde encontrar, assim, o fundamento da validade do costume? 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<sup>10</sup>. Conseqüentemente, o fundamento da validade da norma costumeira deve encontrar-se numa *ordem puramente lógica*, pois esta ordem lógica pode ser situada na esfera do “dever-ser”. Com efeito, há, segundo KELSEN, 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 vali-

---

adiante: La théorie selon laquelle la règle “pacta sunt servanda” est la norme fondamentale du droit international, n’est que la nouvelle édition d’une théorie, abandonnée depuis longtemps en droit interne, de la théorie du contrat social” (*op. cit.*, p. 274).

10. *De l’énoncé que quelque chose existe, il ne s’ensuit pas et ne peut pas s’ensuivre que quelque chose devrait être, de même que de l’énoncé que quelque chose devrait être il ne s’ensuit et ne peut s’ensuivre que quelque chose est. Dans la nature nous constatons le fait que le gros poisson mange le petit, mais il ne s’ensuit pas que le gros poisson devrait manger le petit, ou que le gros poisson ne devrait pas manger le petit”* (KELSEN: “*Positivism juridique et doctrine du droit naturel*”, in: *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*. Paris, 1963, I, pp. 142-143).

dade do costume, é impossível que essa procura *continue ao infinito*: 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*, “posita”, 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-se” e não numa ordem de “ser”, o que demonstra uma perfeita coerência lógica.

Entretanto, qual é precisamente a significação desta “norma fundamental”? Esta norma, 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”<sup>11</sup>. Seu conteúdo é assim o de instituir “.. l'état de fait de la coutume comme acte de création de droit”<sup>12</sup>.

Esta referência à significação da norma fundamental, que consiste em instituir o “factum” do costume como ato criador de direito manifesta claramente 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 entretanto a relação necessária que existe entre a *validade* e a *efetividade* da norma.

---

11. KELSEN: *Théorie Pure du Droit*, Paris, Dalloz, 1962, pág. 425.

12. *Theorie du droit international coutumier*, in: “Revue Internationale de la théorie du droit”, 1939, p. 259.

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, “en gros et de façon générale”. 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”, de que falamos no princípio deste trabalho. 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 gnoseológico fundamental que forma o embasamento de sua “Teoria Pura do Direito”, a saber: o paralelismo irreduzível 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 num *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, não só desembaraçá-la de elementos subjetivos, mas também distingui-la de outros domínios especulativos como a Sociologia, a História, a Psicologia, 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, as quais são criadas e aplicadas pelos órgãos jurídicos, têm sentido *prescritivo*, 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 consequências determinadas poderão surgir, se certas condições definidas pela ordem jurídica se realizam; 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, vale dizer, *descrevê-lo, analisá-lo*.

Pelo exposto, pode-se averiguar a importância da “norma fundamental”. Por ser uma norma “simplesmente pensada”, ela continua 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 e sistemático em virtude da “norma fundamental” que existe como a condição lógica transcendental do fenômeno jurídico em sua totalidade.

#### Por uma nova solução do problema.

Como vimos, o pensamento kelseniano é de uma precisão lógica excepcional. A sua doutrina desdobra-se, a partir de determinados postulados, de forma harmoniosa e coerente, não deixando margem para interpretações duvidosas ou verificação de afirmações contraditórias, quando se tomam pontos da doutrina, em certas fases de sua evo-

lução. O seu grande mérito, reconhecido por todas as correntes, consiste em ter repensado os conceitos da linguagem jurídica, tentando delimitar, com exatidão absoluta, o campo *específico do Direito*, enquanto ciência, distinguindo-o, com bastante clareza, de outros domínios especulativos, como os da Sociologia, da História, da Psicologia e da Moral.

Entretanto, observamos também que o mestre da Escola de Viena elaborou a sua “Teoria Pura do Direito”, seguindo as grandes linhas do criticismo kantiano.

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<sup>13</sup>. E a hipótese da “norma fundamental” (Grundnorm), que evita uma procura de ordem infinita da “validade da validade” 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.<sup>14</sup>

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 deter-

---

13. KELSEN: *Théorie Pure du Droit*, p. 144.

14. KELSEN: op. cit., p. 267 — A analogia com o pensamento Kantiano é perfeita. Vejamos, por exemplo, o que diz EMANUEL KANT: “*Un besoin de la raison pure dans son usage spéculatif ne conduit qu'à des hypothèses; le besoin de la raison pure pratique conduit à des postulats. Car, dans le premier cas, je m'élève du dérivé aussi haut que je veux dans la serie des principes (Gründe) et j'ai besoin d'un premier principe (Ugrundes), non pour donner à ce dérivé (par exemple à la liaison causale des choses et des changements dans le monde) de la réalité objective mais seulement pour satisfaire complètement ma raison dans ses recherches sur ce sujet (Critique de la Raison Pratique, Livre II, Ch. II, § VIII*” — Tradução francesa de François Picavet, P. U. F., 1965).



minar 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 senão enquanto 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”.

Ora, por motivos que mostraremos a seguir, não podemos aceitar essa visão do fenômeno jurídico, como algo de exclusivamente abstrato, simples expressão de uma atividade lógica, técnico-formal, desencarnada, ou em outros termos, segundo o enfoque do “direito-norma”, porquanto é de mediana clareza que o Direito existe não para satisfazer as necessidades da “razão pura”, mas às necessidades do *meio social* que ele tem por finalidade ordenar. Vale ressaltar que toda fenomenologia da conduta humana mostra que o agir do homem sempre se projeta no sentido de um determinado meio social, o qual, por sua vez, surge como limitação à sua liberdade criadora. O homem é um “jeté-là”, intensamente envolvido pela trama das múltiplas relações sociais; é um ser concreto, vivo, palpitante, que traz consigo “o peso de suas circunstâncias”. Seu existir é necessariamente um *co-existir*. Impossível romper esses laços essenciais, indestrutíveis.

Observamos, deste modo, o problema, segundo outras perspectivas, exatamente em virtude de serem também outros os pressupostos de nosso pensamento filosófico. Não nos situamos no campo do “idealismo” Kantiano, mas numa linha estritamente “realista”. Partimos do princípio de que a inteligência humana é feita de tal maneira que ela tende necessariamente para o que existe de modo *objetivo, real*, como algo que é situado *fora* dela e que se

“opõe” a ela (ob-jectus). Entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido existe uma *correlação dialética de completamentaridade*. E o ser humano utiliza a inteligência para transformar esse mundo objetivo (“um-naturalmente-dado”) às suas necessidades primordiais, criando, por isso, uma outra ordem de coisas, que é reflexo de seu espírito: *o mundo cultural*.

Não resta dúvida de que a ordem jurídica forma um todo coerente e hierarquizado: cada norma, conforme a esfera de ação, encontra o fundamento de sua validade em outra norma de ordem superior. Assim na ordem jurídica interna, as leis ordinárias, os decretos e os regulamentos têm o fundamento de sua validade na lei constitucional.

No plano do Direito Internacional, existe também, como vimos, semelhante ordem hierárquica de normas, embora de maneira menos rígida. O costume aparece na base da pirâmide jurídica. Entretanto, é no momento mesmo da tentativa de fundamentar a validade do direito internacional costumeiro que nos distanciamos do mestre de Viena. Com efeito, para KELSEN, a fonte primordial da validade de todas as normas que compõem a ordem jurídica é a chamada *norma fundamental* (Grundnorm). Ela constitui a “condição lógica transcendental” que possibilita a existência mesma da Ciência do Direito. Não possui caráter de norma jurídica *positiva*, mas de uma norma eminentemente *lógico-formal*.

O grande interesse, segundo KELSEN, da justificação do fenômeno-jurídico mediante a “norma fundamental” é que esta última não só evita uma procura de ordem infinita, da “validade da validade”, não apenas dá unidade e coerência sistemática à ordem jurídica, mas sobretudo fundamenta a *última* norma de caráter *positivo* (o direito costumeiro), que é um “dever-ser”, em outro “dever-ser” (a norma fundamental). Dessa maneira, evita-se a incoerência lógica daqueles que tentam fundamentar o “dever-ser”

do costume, não em outro “dever-ser”, mas no mundo do “ser”, como é o caso dos teóricos do sociologismo jurídico.

Isto posto, podemos verificar que a questão primordial, numa perspectiva essencialmente teórica, é a relação entre a esfera do “ser” e a do “dever-ser”.

Evidentemente, “ser” e “dever-ser” constituem duas ordens de natureza distinta, não se podendo, conseqüentemente, passar da primeira ordem à segunda, *mediante o simples princípio de causalidade*. Entretanto, isto não significa que as duas ordens acima citadas existam de maneira apenas superposta, sem possibilidade de comunicação entre elas.<sup>15</sup> Ao contrário, elas guardam entre si uma relação essencialmente dinâmica, pois, como já tivemos ocasião de ver, todo “dever-ser” tende necessariamente a realizar-se no “ser”. E é precisamente no estudo dos chamados *objetos culturais* que podemos verificar a relação dinâmica supra mencionada.

Com efeito, os objetos culturais são o fruto da atividade especificamente humana, representando, por isso, a tentativa de realização de um valor (esfera do “dever-ser”), no mundo da natureza (esfera do “ser”). A estrutura desses objetos apresenta, geralmente, dois elementos: um “natural” e o outro “espiritual”, o qual nada mais é do que a *significação* de que estão revestidos. São, pois, objetos, como diz CARLOS COSSIO, que têm *existência*, que estão *na experiência* e que são *valiosos* positiva ou negativamente<sup>16</sup>. Manifestam-se em conseqüência, como objeto *derivados* e *complexos*, expressando a integração dialética

---

15. O problema da relação entre a ordem do “ser” e a ordem do “dever-ser”, merece, sem nenhuma dúvida, um estudo bastante aprofundado. Mas, tendo em vista a natureza do presente trabalho, somos obrigados a limitar a exposição do assunto a pontos que julgamos essenciais à nossa dissertação.

16. CARLOS COSSIO: *La teoria egológica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, pp. 55-56.

das duas ordens mencionadas. Caracterizam-se exatamente por constituírem objetos que “são enquanto devem ser”<sup>17</sup>.

É necessário ressaltar ainda que fazem parte dêste mundo cultural não só os *produtos* que o homem deixa criados, como também *sua própria atividade, enquanto especificamente humana*. Daí a descrição do mundo cultural em dois planos, como fez CARLOS COSSIO: o constituído pelos *produtos* do fazer humano, os quais permanecem subsistindo com autonomia ôntica em face de seu criador (“objetos mundanales”), e o formado pela “vida plenária viviente” isto é, pelo fazer humano enquanto tal, o que constitui *o próprio Ego atuante* (objetos egológicos)<sup>18</sup>.

Ora, o Direito forma um objeto cultural, pois é produto da liberdade criadora do espírito humano. Suas normas exprimem justamente o resultado de uma *opção*, de uma *escolha* entre as ações possíveis aos indivíduos constituintes de uma sociedade determinada, implicando, por isso, em *juízo de valor*. Ao exprimir a “tensão” contínua existente entre o dever-se dos valores jurídicos e o ser de uma sociedade humana historicamente determinada, precisa, concreta, a norma jurídica representa uma *integração* entre “Sein” e “Sollen”. Ela 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 MIGUEL REALE, o “momento” relevante de todo um “processus” cuja origem se encontra na relação entre a atividade valorativa do espírito humano e uma determinada realidade factual.

Diremos, em razão do que foi exposto acima, que o fundamento de validade da norma costumeira e, conseqüen-

---

17. MIGUEL REALE: *Filosofia do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 1962, vol. I — p. 169.

18. CARLOS CÔSSIO: *Problemas escogidos de la Teoria Pura del Derecho*, Buenos Aires, Kraft, p. 107.

temente, de todas as normas que formam o Direito Internacional, não se baseia sobre uma “norma fundamental”, condição lógico-transcendental que possibilita a existência da ciência jurídica. Ele deve encontrar-se na *realidade social mesma* que forma a trama das relações internacionais<sup>19</sup>.

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

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

Sem admitir o *princípio de efetividade*, aquelas noções vagas de “necessidade e exigência da vida internacional”, as quais, em última análise, repousam em dados *subjetivos*, não oferecem, como escreve JEAN TOUSCOZ, critério *objetivo*, a fim de que um determinado estado possa contestar a conformidade a elas de uma suposta regra costumeira e, por consequência, de seu caráter obrigatório.

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

---

19. Situamo-nos, assim, no que se refere à Teoria do Conhecimento, nos caminhos de certos filósofos contemporâneos, como HUSSERL, SCHELER e HARTMANN, os quais revalorizam o “objeto”, ao analisarem o ato do conhecimento. Ademais, todo conhecimento *está condicionado por fatores sociais e históricos*. Ver nesse sentido, G. GURVITCH: *Les cadres sociaux de la connaissance*, Paris, P. U. F., 1966.

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 com 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”<sup>20</sup>.

### O princípio de efetividade como fundamento da Ordem Jurídica Internacional.

Vimos, nos parágrafos anteriores, que as normas *costumeiras* aparecem como sendo o *primeiro degrau* desse edifício jurídico. O problema surge precisamente no momento em que se procura indagar dos fundamentos desse direito costumeiro.

As duas soluções mais lógicas dadas ao problema foram apresentadas por Kelsen, através da “norma fundamental”, e pela corrente do sociologismo jurídico que vê a razão da obrigatoriedade do costume nas “necessidades e exigências das relações internacionais”.

Ora, é fácil verificar que as aludidas teorias, como também a do Direito Natural, apesar de seu grande esforço lógico, apresentam soluções *metajurídicas*, isto é, soluções que não mais se colocam *no campo específico da ciência do direito*. Com efeito, a chamada “norma fundamental” é de

---

20. “ .. pour la science du droit, comme pour l'histoire, les valeurs ne comptent qu'autant qu'elles animent les mouvements sociaux. A ses yeux, celles qui l'emportent ne sont pas les plus élevées, mais celles qui ont été imposées à la société par ceux qui combattaient en son nom” (MICHEL VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L. G. D. J., 1960, p. 219).

caráter puramente lógico-formal, norma “suposta”, “hipotética”, e não uma norma jurídica positiva. E o sociologismo jurídico, quando se refere aos conceitos de “necessidade e exigências das relações internacionais” coloca a solução do problema no domínio exclusivo da ciência sociológica e não da ciência jurídica.

Mostramos também que a “teoria pura do direito” de HANS KELSEN parte de um postulado *discutível*, que não podemos aceitar: o paralelismo irreduzível entre a ordem do “ser” e a ordem do “dever-ser”. Ora, tentamos demonstrar que, se é certo que não podemos passar da ordem do “ser” para a ordem do “dever-ser”, obedecendo-se exclusivamente a um processo de *causalidade*, podemos, entretanto, fazê-lo, mediante um *processo valorativo*. A norma jurídica não se manifesta, pois, na frieza de esquemas puramente lógico-formais, abstratos, vazios de conteúdo fático, mas, ao contrário, ela traz, na sua roupagem, a marca indestrutível de historicidade das “situações” humanas. Entretanto, não queremos, com isso, aceitar uma posição sociológica, 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. Como poderia um Estado, por exemplo, negar obediência à 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 consequência, 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 basear-se uma análise essencialmente científica.

Ao nosso ver, o único critério realmente objetivo, vale dizer, *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 *meta-jurídica*.

Isto posto, cabe-nos agora aprofundar a natureza do princípio de efetividade e sua função enquanto fundamento último da ordem jurídica positiva.

### O conceito de efetividade como “Sosein”.

Acreditamos ser necessário fazer, desde logo, uma distinção fundamental entre a noção de *conduta efetiva* e a da *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*, vale dizer, um “Sosein”.

Essa verificação revela, sem dúvida, novo enfoque do problema que diz respeito às condições de realização do



Direito enquanto ordem normativa da conduta humana, isto é, uma nova perspectiva rica em sugestões para a solução do problema consistente na relação entre *validade* e *efetividade*. Atingimos, desta maneira, as fronteiras que dividem o domínio daquilo que é *metajurídico* (ou *antejurídico*) do campo daquilo que é *especificamente jurídico*.

Além disso, o conceito de norma jurídica efetiva enquanto “Sosein” possibilita, como dissemos anteriormente, fundamentar o direito positivo *dentro da própria ordem jurídica positiva*, o que não acontece com as teorias existentes. Vejamos.

Na linha do formalismo kelsiano, a efetividade é um mero *fato*, situado inteiramente no mundo de “Sein”. Dai, segundo ele a impossibilidade de fundamentar nela a *validade* da norma jurídica, pois esta participa da natureza de um “dever-ser”<sup>21</sup>.

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

---

21. “*Ces faits extérieurs* (as ações humanas) *qui représentent, selon leur signification objectives, des actes de droit* (Rechtsakte) — *ou des actes contre le droit, des actes illicites*) (Unrechtsakte) — sont toujours des événements perceptibles par le sens, qui se déroule dans le temps et dans l’espace: ils appartiennent donc au règne de la nature et sont comme tels régis par le principe de causalité. *Seulement en tant qu’événements, c’est-à-dire considérés comme des éléments du système nature, ils ne sont pas objet d’une connaissance spécifiquement juridique et, par suite, ne sont en aucune manière quelque chose de juridique*”. (H. KELSEN: *Théorie Pure du Droit*, pp. 4-5).

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 nenhuma *faciendum*, o outro um *factum* que nasceu de um *faciendum*, pois não teria ocorrido se um *factor* não o houvesse sentido como *faciendum*”<sup>22</sup>.

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 afirmamos 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 da 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 “*opinião juris*”, entendida como a convicção de que determinado uso corresponde à execução de uma obrigação jurídica. Entretanto, como escreve MICHEL VIRALLY, 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.

---

22. Apud MIGUEL REALE: *O Direito como experiência*, S. Paulo, Saraiva, 1968, p. 203, in fine.

A questão só poderá ser solucionada, mediante uma análise fenomenológica. Com efeito, se observarmos atentamente a formação do costume, verificaremos que ele resulta de *duas práticas*, que convergem uma em direção à *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 acima 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*.

E 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”<sup>23</sup>.

### O conceito de efetividade na ordem jurídica interna e na ordem internacional.

As nossas considerações estariam ainda incompletas, se não analizássemos os aspectos da *efetividade* comparativamente no *Direito interno* e no *Direito 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*. Dessa ordem jurídica, *necessariamente efetiva*, extraem sua qualidade de normas efetivas *em potência*, vale dizer, de normas simplesmente em vigor, porquanto *sua natureza é de tornar-se realmente efetivas*.

---

23. “La validité d'une norme doit correspondre à son effectivité, son ineffectivité à sa nullité”. (Guggenheim, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux” in: Academie de Droit International, Recueil, 1949 — I, p. 231.

Ora, o Direito Internacional Público, 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 manifestam *realmente efetivas*, isto é, efetivas “e mato”. Aliás, não é demais lembrar que os atos humanos são revestidos de significação *subjéctiva* (a que é associada pelo individuo ao próprio ato) e *objectiva* (a que lhe é dada pelo direito). Apenas a significação de natureza objectiva 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 objectivo* 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. Através, assim, da efetividade, conseguimos fundamentar a norma de direito no “*factum juridicum*”, sem entretanto cair no simplismo de certas posições do Sociologismo Jurídico, o qual tenta sustentar que a norma costumeira extrai sua força obrigatória das necessidades e exigência da vida social. A solução só pode, ao 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 a *efetividade* da norma costumeira, por ser a integração de uma conduta determinada (um “*Sein*” em si) e de uma “*significação*” (um “*Sollen*” em si), 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 validade da norma costumeira, e, por via de consequência, da própria ordem jurídica positiva enquanto tal.

### Conclusão .

O objetivo do presente trabalho consistiu em demonstrar que podemos encontrar o fundamento da ordem jurídica *positiva, nela mesma*, sem ter necessidade de recorrer a princípios que estão colocados *fora* de suas fronteiras epistemológicas, como é o caso do Sociologismo Jurídico, do Normativismo Lógico-formal de KELSEN, ou da doutrina do Direito Natural.

Vimos também que a chave do problema se encontra no estudo da natureza dos *objetos culturais*. As *coisas* criadas pelo homem e a *sua própria ação criadora* são objetos culturais, isto é, objetos derivados e complexos, sínteses de “ser” e “dever-ser”.

Na corrente do culturalismo, aproveitamos, para a elaboração de nossa tese, as contribuições fecundas do Egoísmo de CARLOS COSSIO e do Tridimensionalismo de MIGUEL REALE, embora não aceitando inteiramente todas as consequências implícitas nas doutrinas dos eminentes jusfilósofos.

Para atingir o objetivo mencionado, tivemos que partir da análise do conceito de efetividade, porquanto o estudo da relação entre *validade e efetividade da norma jurídica* nos conduz ao núcleo do problema que consiste na passagem daquilo que é *metajurídico* (ou ante-jurídico) àquilo que é *especificamente jurídico*. Assim fazendo, chegamos à conclusão de que a efetividade não se confunde com a pura força material, mas é uma idéia cujas conotações são fornecidas pelo próprio Direito Internacional.

Com efeito, uma análise aprofundada do problema nos revela que a *efetividade da norma não* é um puro fato de “Sein”, situado no mundo do “ser” e regido unicamente

pelo princípio de causalidade, mas, ao contrário, constitui, “ab initio”, um “factum juridicum”, algo já de “qualificado, de “construído”, vale dizer, um fato de estrutura *categorial* ou *significativa*, integração dialética de “ser” e “dever-ser”. Ou, em outras palavras: a efetividade, para a Ciência do Direito, é um *fato-no-sentido-da-norma*, isto é um “Sosein”. E, em sendo assim não existirá contradição lógica, se afirmamos que, em última análise, o *fundamento de validade* da norma jurídica é a sua própria efetividade, 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*. E demonstramos isto, inclusive mediante um estudo comparativo entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional.

O direito positivo não comporta a noção de *validade* puramente abstrata, sem realização efetiva. 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 pertence, *a qual deve necessariamente ser efetiva*. Formam, assim, normas cuja natureza é de tornar-se “efetiva em ato”.

Neste sentido (e tão-sòmente neste sentido), podemos também afirmar que a *positividade* do Direito se confunde com sua *efetividade*.

### Bibliografia

- AGO, R. *Il requisito dell'effettività nell'ordinamento internazionale*, in: Annuário di diritto comparato e di studi legislativi, vol. XXVII, 3.º fasc., p. 72.
- idem: *Il requisito dell'effettività dell'occupazione in diritto internazionale*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1934.

- AMSELEK, P.: *Methode phénoménologique et théorie du Droit*, Paris L. G. D. J., 1964.
- BELLINI, V.: *Il principio generale dell'effettività nell'ordinamento internazionale*, in: *Annuário di diritto comparato*, Roma, 1951, p. 225.
- CARBONNIER: *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, in: *L'Année Sociologique*, 1957, 1958, 3.<sup>a</sup> série, p. 3.
- CAVAGLIERI, A.: *Il decorso del tempo, suoi effetti sui rapporti giuridici internazionali*, in: *Rivista di diritto internazionali*, 1926, p. 169.
- COSSIO, C.: *La teoria egologica del Derecho y el concepto juridico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- idem: *Problemas escogidos de la Teoria Pura del Derecho*, Buenos Aires, Kraft, 1952.
- GUGGENHEIM, P.: *Traité de Droit International Public* (2 vols), Geneva, Georg, 1953.
- idem: *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, in: *Académie de Droit International, Recueil*, 1949 I, pp. 195 — 268.
- idem: *Les deux éléments de la coutume en droit international*, in: *Mélanges en l'honneur de G. Scelle*, t. I, p. 257.
- idem: *L'origine de la notion de l'opinio juris sive necessitatis comme deuxième élément de la coutume, dans l'histoire du droit des gens*, in: *Mélanges en l'honneur de J. Basdevant* p. 258.
- idem: *Contribution à l'histoire des sources du Droit des Gens*, in: A. D. I., *Recueil*, 1958 — II, pp. 5 — 84.
- GURVITCH, G.: *Les cadres sociaux de la connaissance* Paris, P. U. F., 1967.
- idem: *Dialectique et Sociologie*, Paris, Flammarion, 1962.
- KELSEN, H.: *Théorie Pure du Droit* (Trad. da 2.<sup>a</sup> ed. da Reine Rechtslehre, por Ch. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962.
- idem: *Positivisme juridique et doctrine du droit naturel*, in: *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 140.
- idem: *Théorie du droit international coutumier*, in: *Revue Internationale de la théorie du Droit*, 1936, p. 253.
- Idem: *La transformation du droit international en droit interne*, in: R. G. D. I. P., 1936, t. 43, p. 1.
- idem: *Principles of International Law*, New York, 1952.
- KUNZ, J.: *The nature of Customary international law*, in: *The American Journal of International Law*, 1953, p. 662.
- REALE, M.: *Filosofia do Direito* (2 vols.), S. Paulo, Saraiva, 1962.



- idem: *O Direito como experiência* (Introdução à Epistemologia Jurídica), S. Paulo, Saraiva, 1968.
- TUCKER, R. W.: *The principle of Effectiveness in International Law*, Berkeley, 1953.
- VERDROSS: *Le fondement du Droit International*, in: A. D. I., 1927.
- VIRALLY: *La pensée juridique*, Paris, L. G. D. J., 1960.
- VISSCHER, Ch.: *Théories et réalités en Droit International Public*, Paris, Pedone, 1960.
- idem: *Les effectivités du Droit International Public*, Paris, Pedone, 1967.