

VALIDADE, PARA QUE?

A VALIDADE KELSENIANA, UM CONCEITO PROBLEMÁTICO

VALIDITY. WHAT FOR?
THE KELSENIAN VALIDITY, A PROBLEMATIC CONCEPT

Samuel Moreira Gouveia* **

RESUMO: O PRESENTE TRABALHO PRETENDE TRATAR DO INTERESSE CIENTÍFICO POR DETRÁS DO CONCEITO DE “VALIDADE” NA FORMA ELABORADA DO KELSEN. PARA TANTO, PRIMEIRAMENTE PROPÕE-SE UMA DESCRIÇÃO DO APARELHO TEÓRICO ELABORADO POR KELSEN NO QUE TANGE A VALIDADE DAS NORMAS, EM SEGUIDA, MOSTRAR-SE-Á A RELAÇÃO ENTRE VALIDADE E OBRIGATORIEDADE DAS NORMAS COMO CRITÉRIO DE INTERESSE CIENTÍFICO, E POR FIM, TENTARÁ SE DEMONSTRAR A INCAPACIDADE DA RELAÇÃO ENTRE VALIDADE E OBRIGATORIEDADE EM RESPONDER AS QUESTÕES PRETENDIDAS NA ELABORAÇÃO DA REFERIDA TEORIA.

PALAVRAS-CHAVE: KELSEN. VALIDADE. APLICAÇÃO. NORMA. TEXTO.

ABSTRACT: THIS PAPER INTENDS TO DEAL WITH SCIENTIFIC INTEREST BEHIND THE CONCEPT OF "VALIDITY" IN THE WAY IT WAS ELABORATED IN KELSENIAN THEORY. TO DO SO, FIRST WE PROPOSE A THEORETICAL DESCRIPTION OF THE APPARATUS DEVELOPED BY KELSEN REGARDING THE VALIDITY OF THE NORMS, THEN IT WILL SHOW THE RELATION BETWEEN VALIDITY AND ENFORCEABILITY OF NORMS AS A CRITERION OF SCIENTIFIC INTEREST, AND FINALLY IT WILL ATTEMPTED TO DEMONSTRATE THE INABILITY OF THIS RELATION TO ANSWER THE QUESTIONS EXPECTED UPON THAT THEORY.

KEYWORDS: KELSEN. VALIDITY. APPLICATION. NORM. TEXT

Sumário: 1. Introdução. 2 O sistema jurídico e a validade. 3 O interesse científico pela noção de validade. 4 Mais do mesmo: sobre validade e vigor. 5 À guisa de uma conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com o critério sistemático do Direito e com a validade de seus elementos constituintes é típica da escola analítica¹. Entre todas as elaborações teóricas desta escola, as de maior relevo no ambiente pátrio são, indubitavelmente, aquelas

* Doutorando pela Université Paris Ouest Nanterre La Defense em cotutela com a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Público Aprofundado pela Université Grenoble II – Pierre Mendés France. E-mail: samuel_gouveia@yahoo.com.br

** Gostaria de agradecer a Amanda Velasco Trindade, Basilio Teodoro R. Caruso e Nuria López Cabaleiro Suárez pela atenta leitura do presente trabalho e pertinentes indicações.

¹ Segundo Alf Ross (2012, p. 01), a escola analítica do direito é aquela fundada por John Austin e que se preocupa principalmente com a análise e definição de conceitos que envolvem diretamente o conceito de direito tais como fontes do direito, sujeito de direito, obrigação legal, norma legal, sanção...

construídas por Hans Kelsen. É bem conhecida a estrutura teórica criada pelo mestre de Viena e a relação que engendra entre o ordenamento (sistematizado), normas e validade.

Considerada como paradigma científico na forma descrita por Thomas Kuhn (1999, p. 148), a teoria kelseniana é fonte de delimitação de métodos, de domínios de pesquisa e do campo de possíveis soluções aceitas. De fato, adotado o positivismo-analítico-normativo de Kelsen, o âmbito de perguntas e respostas possíveis – e a forma de buscá-las - se restringe ao campo normativo. No entanto, deve-se observar, que tal restrição no âmbito de problemas e soluções observada na Teoria Pura não é, de forma alguma, uma falha de seu autor. Ora, quem pergunta já delimita de antemão, para além da própria pergunta, a esfera de respostas possíveis a serem dadas.

Em canhestro paralelo, se perguntado “*Qual a cor do livro que se encontra em minha frente?*”, o conjunto das respostas possíveis já se encontra pré-formado na ocasião da formulação da pergunta e, neste caso, equivale ao conjunto de cores que compõe – ao menos idealmente - o repertório de uso comum dos utentes da linguagem. Mesmo que haja dúvida em relação ao livro que se encontra em frente do emissor da pergunta, uma resposta do tipo “*quente*”, “*duro*” ou “*cinco*” já estaria descartada de antemão, pela forma com que a pergunta fora elaborada. Se tal resposta fosse formulada pelo receptor da pergunta, a dificuldade que surgiria então não seria relativa ao critério de acerto ou erro da resposta, mas primeiramente, sobre a compreensão da pergunta pelo interlocutor.

Da mesma forma ocorre com o Direito. A formulação kelseniana se preocupa – e se limita a responder – com questões relacionadas ao âmbito normativo do direito, como a determinação do elemento básico do ordenamento jurídico, a existência e determinação do ordenamento, etc. Dito de outra forma, a Teoria Pura é formulada com o intuito de questionar o direito como ele é, ao menos na visão kelseniana. Neste paradigma, questões sobre a justiça do Direito – o direito como deve ser - não são passíveis de serem trabalhadas pelo instrumental teórico de outra forma que aquela que equivalha a justiça à legalidade. Não que outras questões a respeito da justiça não existam ou não devam ser perquiridas, o que acontece é que o recorte científico da realidade determinada pela Teoria Pura não se interessa em responder questões deste teor. Uma mudança no âmbito das perguntas e respostas necessitaria de uma mudança anterior de paradigma científico.

Assim, o presente trabalho pretende tratar do interesse científico por detrás do conceito de “validade”. Para tanto, primeiramente propõe-se uma descrição do aparelho teórico elaborado por Kelsen no que tange a validade das normas (A), em seguida, se analisará a relação entre validade e obrigatoriedade das normas como critério de interesse científico (B), e por fim, tentará se demonstrar a incapacidade da relação entre validade e obrigatoriedade em responder as questões pretendidas na elaboração da referida teoria (C).

2 O SISTEMA JURÍDICO E A VALIDADE

Como teoria que se vê como normativista, a elaboração de um ordenamento ou sistema jurídico² nos moldes kelsenianos desempenha três funções principais. A elaboração do conceito científico de sistema se justifica ora na delimitação da existência de normas jurídicas, ora para identificação destas normas, ora para estruturá-las entre si.

Segundo Kelsen (1999, p. 54), uma norma particular só pode ser considerada como norma jurídica na medida que pertence ao sistema jurídico. O sistema jurídico nada mais seria do que um conjunto de normas escalonadas que possui um mesmo fundamento – a norma fundamental. O pertencimento ao sistema é alçado como critério de existência da norma (KELSEN, 1999, p. 18). Não há norma jurídica sem sistema, como será frisado em desenvolvimentos posteriores da teoria kelseniana. Neste tocante, a existência da norma é associada à “validade” deôntica, em paralelo com a “verdade” apofântica.

Bem que o assunto da validade será tratado em momento oportuno no presente trabalho, se levada em consideração a classificação de Kelsen, pode-se vislumbrar que seria uma contradição em termos a existência de uma eventual “norma inválida”. Se a norma só existe dentro do sistema, o que está fora do sistema pode ser qualquer coisa menos uma norma em relação aquele sistema, o que equivale dizer que toda norma é válida. Pelo princípio do *tertium non datur*, ou a norma está no sistema e é válida, ou não existe, não havendo espaço para uma eventual terceira possibilidade.

² A diferença de outros autores, Kelsen equipara ordenamento e sistema jurídico : « *Un 'ordre' est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement : et le fondement de la validité d'un ordre normatif est, comme nous le verrons, une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre.* » (KELSEN, 1999, p. 39).

No mesmo sentido, a relação entre validade e o critério de verdade merece uma rápida análise. Segundo Kelsen, a norma como significação de ato de vontade, não poderia ser examinada pelo critério apofântico de verdade e falsidade. A norma seria avaliada pelo critério de validade ou invalidade, da mesma forma que uma proposição descritiva – ou *enunciado*, nos termos kelsenianos - seria avaliada pelo critério de veracidade. Uma norma válida equivaleria a uma proposição verdadeira. Se isto parece certo, o caso contrário é ao menos nebuloso. Ao passo que uma “norma” sem validade não é uma norma, uma proposição falsa continua portando natureza proposicional. Por fim, o uso da lógica se torna menos relevante na Teoria Pura, como demonstra as correspondências entre Kelsen e Klug (1984), bem como sua obra póstuma (KELSEN, 1986), onde adota uma postura eminentemente voluntarista.

Como critério de identificação, o sistema formulado por Kelsen trabalha com as ideias de cadeia de validade³ (*validity chains*) e de norma fundamental. Todo sistema normativo possui um ponto comum – norma fundamental - de onde derivam, direta ou indiretamente, todas as demais normas. Segundo a Teoria Pura, há duas formas de derivação de normas: a estática e dinâmica. Enquanto os sistemas estáticos derivam suas normas, através de cadeias de validade em razão do conteúdo veiculado, os sistemas dinâmicos derivam a validade da norma pressuposta através do processo de criação de normas inferiores – nomogênese. O primeiro tipo possui, pois, uma derivação material ou semântica e os sistemas do segundo grupo derivariam de maneira formal ou sintática – ao menos em parte. Tais concepções supõem que haja a possibilidade de derivar – formal ou materialmente – a norma fundamental de qualquer norma do sistema, criando uma estrutura normativa arborescente.

Se Kelsen não desconhece a possibilidade de normas jurídicas limitarem o conteúdo de outras normas jurídicas (KELSEN, 1999, p. 232) - de onde pode se distinguir o direito material do direito processual - o critério último por ele adotado é o dinâmico. Em última análise, a juridicidade de uma norma é derivada pela forma com que foi criada através da imbricada rede de competência e capacidades jurídicas. Pode-se dizer que o direito é um sistema de derivação misto de validade, com predominância do tipo dinâmico, como afirma Bobbio (1998, p.135).

³ Expressão utilizada por Joseph Raz (2003)

A dificuldade da concepção da norma fundamental, como é cediço, reside no fato de que, como norma não posta mas pressuposta, é incapaz de derivar sua validade de outra norma superior. A norma fundamental não é válida, assim não se encontra no sistema do direito positivo. As tentativas de derivação só postergam o momento em que há uma norma sem derivação de validade, dito de outra forma, uma norma que não possui fundamentação – conforme o teorema de Gödel (NAGEL; NEWMAN, 2012). De fato, ao que tudo indica, a elaboração da norma fundamental, como escolha epistemológica, é uma ficção, nos termos de Hans Vahinger (2011), como próprio Kelsen tratará em um momento posterior⁴. Diz-se que a norma fundamental é hipotética, mas tal “hipótese” não se confunde com uma hipótese científica; a norma hipotética fundamental não pode ser verificada e serviria tão somente para assegurar o estatuto normativo das normas constitucionais, segundo Troper (2008, p.60).

Por fim, se o sistema é um conjunto de normas, este não é constituído de forma “desordenada”. A ideia de cadeia de validade e o próprio conceito de existência normativa como pertencimento a um sistema jurídico trazem em si a ideia de organização dos elementos constituintes do ordenamento jurídico. Uma norma é considerada “superior” se é a fonte de criação de outra norma, dita inferior. A norma inferior criada deriva sua validade da norma superior. Ao fim, seguindo de forma ascendente a cadeia de validade de todas as normas do sistema encontra-se a norma fundamental deste sistema. É, enfim a norma fundamental que dá a unidade ontológica para o objeto de estudo da Ciência do Direito.

3 O INTERESSE CIENTÍFICO PELA NOÇÃO DE VALIDADE

⁴ Com efeito, em sua obra póstuma, Teoria Geral das Normas, Kelsen revê seu conceito de “norma fundamental”: “A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. Pois a suposição de uma norma fundamental – como porventura a norma fundamental de uma ordem : « Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição » - não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade ; ela também é contraditória em si mesma ; porque descreve a conferição de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está acima dessa autoridade. (...) Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei -, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade.” (KELSEN, 1986, pp. 238 e 329).

Como visto, as três funções da modelização do Direito em sistema se relacionam, cada uma à sua maneira, com a questão da validade. A concepção de validade é, como se viu, o traço (de)limitador de todos os elementos que devem compor o objeto de estudo da Ciência do Direito. O Direito, como ciência normativa, estuda as normas “válidas” – e aqui o adjetivo “válido” se constitui como tautologia, visto que um dos elementos da existência da norma é a própria validade, como sustentado alhures.

Ultrapassando esta análise e deslizando do campo dogmático para um conjunto de questionamentos de matiz zetético (FERRAZ JUNIOR, 2013), poderia ser questionar sobre o interesse científico em descobrir ou determinar a “validade” de determinada norma. Em outras palavras, qual seria o interesse em estabelecer que uma norma existe, que pertence a determinado sistema e que se encontra em certo ponto de determinada hierarquia normativa?

Para esta questão, a resposta de Hans Kelsen (1999, p. 191) é bem conhecida: uma norma jurídica válida é uma norma obrigatória, que os indivíduos devem segui-la e as autoridades devem aplicá-la no âmbito de sua validade espacial e temporal. A resposta kelseniana iguala existência, validade e obrigatoriedade da norma. Normas válidas são normas obrigatórias em determinado âmbito espacial e temporal.

Tal posição valeu a Kelsen a alcunha de “quase-positivista” – o que significa, por via transversa, jusnaturalista - por Alf Ross (1961, 2008, p.215). O autor dinamarquês sustenta que, se uma norma exprime um “dever ser”, a obrigatoriedade da norma significaria que um “dever ser” deve ser. A obrigatoriedade da norma – o “dever ser” da norma - não se relacionaria com a obrigação expressa pela norma – o “dever ser” na norma - em questão, não sendo esta uma qualidade inerente do sistema jurídico, mas algo que derivaria do direito natural.

Em defesa da tese kelseniana da relação entre obrigatoriedade e validade, Troper afirma que a crítica de Ross é injustificada, visto que ela repousaria em uma confusão entre obrigação moral (que pode ser absoluta) e obrigação jurídica (sempre relativa). A norma jurídica é válida somente em relação a um determinado ordenamento jurídico (TROPER, 2008, p. 61 e ss.). É a cadeia de validade que determina a obrigatoriedade de uma norma jurídica e esta norma jurídica só é válida em referência à norma que fundamenta o sistema jurídico. A validade, para Kelsen, é uma questão de significação objetiva, significação conforme o direito.

A crítica de Ross ao conceito kelseniano de validade como obrigatoriedade proporciona, ao menos, uma interessante distinção operacional. A diferença entre a validade das normas jurídicas e a obrigatoriedade do sistema como um todo não se resolve apenas através de um critério quantitativo, mas revela uma questão qualitativa. Uma coisa é descrever que uma determinada norma prescreve uma obrigação jurídica, outra coisa é a descrição de que aquela obrigação jurídica é obrigatória. Seguindo a mesma linha de raciocínio, se a validade é tratada como sinônimo de obrigatoriedade, esta distinção poderia muito bem ser posta diferentemente em relação às normas jurídicas e ao sistema jurídico. A validade do sistema jurídico seria uma meta-validade, em relação as normas que compõe este sistema. Há um curioso paralelo na Teoria Pura sobre a necessidade de distinção entre o ponto de vista normativo e sistêmico. Segundo Kelsen, enquanto uma ação não conforme à uma norma não possui o condão de retirar-lhe o caráter normativo, o reiterado conjunto de ações em não conformidade com o sistema jurídico – revolução, no sentido jurídico - dá aso a “invalidade” do sistema em questão. Por isso a famosa afirmação kelseniana de que a norma fundamental que constitui o fundamento de validade de uma ordem jurídica só se relaciona com uma constituição que é a base de uma ordem jurídica eficaz (KELSEN, 1999, p. 54 e 96).

Nota-se, todavia, que sempre que a validade do sistema é posta em termos normativos, dever-ser, e não como uma questão de fato - isso é, como um direito que deve ser obrigatório e não como um direito que é obrigatório - a teoria do direito dificilmente se desvencilhará do fantasma jusnaturalista⁵.

3 MAIS DO MESMO: SOBRE VALIDADE E VIGOR

Mesmo que ultrapassadas as dificuldades acima, o interesse científico pelo conceito de validade não se encontra imune. Desta vez a questão é de observar a relação entre o instrumento científico elaborado e os fenômenos que este instrumento tenta descrever. Focando tão somente na questão da validade das normas jurídicas, da forma observada por Kelsen, a questão que se impõe é a seguinte: Mesmo que a validade das normas jurídicas corresponda à sua obrigatoriedade, pode-se afirmar que todas as normas jurídicas são obrigatórias?

⁵ Uma solução dada a esta questão é aquela elaborada por Hart (2012), que distingue a validade das regras de um sistema como uma questão tratada pelo ponto de vista interno (normativo) e a existência do sistema jurídico como questão relacionada ao ponto de vista externo (de fato), visto que a existência das regras de reconhecimento – que possuem como função o “reconhecimento das regras do sistema” não podem ser nada além do que um fato.

Como foi visto, uma norma é válida quando criada na forma prescrita – formal e materialmente - por outra norma jurídica. Deve-se, entretanto, adicionar mais um elemento a esta definição. Uma norma é válida quando criada na forma prescrita por uma norma, até o momento em que não for retirada do sistema por outra norma. Além da possibilidade *intrassistêmica*⁶ mencionada, pode-se observar outra hipótese de invalidade da norma: no caso de revolução no sentido jurídico do termo, ou seja, a troca da norma fundamental de um sistema, por outra norma fundamental. Ora, se uma norma só existe dentro de um sistema, o desaparecimento do sistema equivale indiretamente ao desaparecimento de todas as normas que o compõe. Esta modalidade de desaparecimento normativo, pode-se chamar de *extrassistêmica*, visto que o desaparecimento do sistema independe de fatores de dentro do próprio sistema jurídico⁷. A validade de uma norma, nesse sentido, é pois, uma questão de lapso temporal: não há norma válida tanto antes de sua criação quanto após sua retirada do sistema ou desaparecimento do sistema como um todo.

Ocorre, que na experiência jurídica, percebe-se que a obrigatoriedade das normas não segue a lógica formulada por Kelsen. As normas podem ser obrigatórias tempos após a sua criação no sistema como podem continuar a serem obrigatórias após a sua derrogação. Ao contrário do que Kelsen (1999, p. 53, 78, 79, 200) entendia, o âmbito de validade não é idêntico ao âmbito da vigência ou aplicabilidade da norma.

O antigo Código Civil brasileiro de 1916 é um exemplo claro da diferença entre o âmbito de validade e vigor - ou aplicabilidade. Publicado no diário oficial de 05 de janeiro de 1916, as normas com fundamento nas disposições do Código Civil de 1916 só puderam ser aplicadas a partir de 1º de janeiro de 1917, ou seja, quase um ano depois de seu ingresso na ordem jurídica brasileira. Apesar do ingresso na ordem jurídica, as disposições do Código Civil não eram hábeis a criar obrigações jurídicas ou a serem aplicadas até o decurso da *vacatio legis* determinada pelo artigo 1.806 do próprio

⁶ Consideram-se tais hipóteses como intrassistêmicas pelo fato de que, nestes casos, a norma é retirada do sistema através de procedimentos definidos dentro do próprio sistema, em analogia com o procedimento de criação de normas.

⁷ Na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é bem clara a ideia de que o ambiente só influencia diretamente no sistema através da destruição: “*Não existe nenhuma intervenção direta dos processos físicos, químicos e biológicos, sobre a comunicação, a não ser no sentido da sua destruição. O ruído, a subtração de ar, ou a distância espacial, podem impedir que a comunicação verbal se realize; os livros podem ser queimados, mas nenhum fogo pode chegar a escrever um livro.*” (2009, p. 135)

Código Civil de 1916⁸. Com o advento do Código Civil de 2001, publicado no Diário Oficial de 11 de janeiro de 2002, há a revogação do Código Civil anterior⁹. Segundo Kelsen, com a revogação do código anterior, as normas fundamentadas nele se retirariam do sistema jurídico e passariam a não terem o caráter normativo obrigatório. Sabe-se que não foi isso o que ocorreu, visto que o novo Código Civil somente entraria em vigor um ano após a sua publicação, conforme seu artigo 2.044¹⁰.

O que se sucedeu foi a real regulamentação de fatos jurídicos e aplicação de normas fundamentadas pelo texto revogado por até um ano após a data de revogação. Observa-se que, mesmo após a entrada em vigor do Código Civil de 2001, várias decisões judiciais foram elaboradas com base no código antigo, visto se referirem a fatos jurídicos ocorridos antes da entrada em vigor do novo código. Assim, a aplicação do direito escapa por entre os dedos da validade da norma¹¹.

Bulygin (2006) teoriza esta diferença de âmbitos normativos em um texto intitulado “*Système juridique et ordre juridique*”. Segundo o professor argentino, a distinção entre pertencimento no sistema¹² – validade – e força obrigatória – aplicabilidade – das normas jurídicas pode ser observada lançando mão dos conceitos de “tempo interno” e “tempo externo”.

O tempo externo (*external time*) é aquele conjunto de todos os momentos pelo qual uma norma existe em uma ordem jurídica. Que faz parte de algum sistema desta ordem jurídica. Já o tempo interno (*internal time*) é o conjunto de todos os momentos

⁸ “Art. 1.806. O Código Civil entrará em vigor no dia 1 de janeiro de 1917” (BRASIL, 1916). A situação causa um aparente paradoxo: se o Código Civil entra em vigor a partir do dia 1º de janeiro de 1917, a própria disposição que tem como sentido tal prescrição não poderia ser hábil a ter efeitos, visto que ela também faz parte do Código Civil que ainda não se encontra em vigor.

⁹ “Art. 2.045. Revogam-se a Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei no 556, de 25 de junho de 1850.” (BRASIL, 2002)

¹⁰ “Art. 2.044. Este Código entrará em vigor 1 (um) ano após a sua publicação.” (BRASIL, 2002)

¹¹ Pela limitação do objeto do presente trabalho, não se tratará da possibilidade de variação de força normativa a que está sujeita a norma jurídica entre o espaço de tempo em que ela ingressa no sistema e aquele em que ela é retirada. Contudo, são conhecidos e estudados os importantes fatores do fenômeno de modificação do poder obrigatório de uma determinada norma no interregno de sua validade, conforme Catherine Thibierge (2009).

¹² Ao contrário de Kelsen, Bulygin distingue “sistema” de “ordenamento” jurídico. Para o autor argentino, há duas possibilidades quanto a identidade de um conjunto de elementos: (a) onde toda mudança de um elemento acarreta a mudança na totalidade do conjunto; e (b) em que fala-se de um mesmo conjunto m mesmo se houve a mudança de certos elementos constitutivos. Bulygin chama de “sistema jurídico” os conjuntos identificados pelo primeiro conceito e de “ordem jurídica”, os identificados pelo segundo conceito. Então, percebe-se que neste ponto de vista, um sistema jurídico é um conjunto de normas referentes a um determinado momento, como uma fotografia, enquanto que a ordem jurídica é uma continuação temporal ordenada, um conjunto de conjuntos, tal como um filme. (BULYGIN, 2006, p. 224).

nos quais uma norma é aplicável (BULYGIN, 2006, p. 226 e 227). Segundo Bulygin, a validade é um conceito descritivo do tipo “*N pertence a S*”, onde N é uma norma e S é um sistema que pertence a um ordenamento O; já a aplicabilidade é um conceito normativo do tipo “*N deve ser aplicado no caso C*”, onde N é uma norma e C é um fato jurídico ocorrido no curso do tempo em que a norma N é aplicável.

Mas como saber se uma norma é aplicável? Bulygin (2006, p.228) responde a esta pergunta com a identificação de certas normas que determinam a aplicação de outras normas: as normas de aplicação. Estas normas, que poderiam ser classificadas como “regras secundárias” no vocabulário hartiano, determinam quais normas devem ser aplicadas, estipulando momentos em que as normas devem ser observadas e estabelecendo relações hierárquicas entre elas. Contudo, a adoção das normas de aplicação na teoria normativista enseja uma revisão nos ensinamentos kelsenianos pelo fato que possibilitam que normas não mais existentes – visto que provêm de textos que foram revogadas – possam servir de base para decisões jurídicas. Se assim o é, a noção de “cadeia de validade” deve ser relativizada, haja vista a impossibilidade de derivação de validade da norma fundamental do sistema para a “norma” aplicável, mas eventualmente revogada. A cadeia de validade se quebra e não se pode percorrê-la, de uma norma inferior até a norma fundamental da ordem jurídica.

Não havendo identidade entre os momentos de existência e o caráter obrigatório de uma norma, qual seria a relação entre estes dois dados? Se de fato, uma “norma” fora do sistema pode ser base para a criação de outra norma, através da aplicação, Bulygin sublinha que, ao menos para as normas de aplicação, a validade e a obrigatoriedade se identificam. As normas de aplicação só podem ser aplicadas se forem válidas, ou seja, pertencentes ao sistema. Somente em relação às normas de aplicabilidade, a validade, existência e obrigatoriedade das normas jurídicas convergiriam.

Se a validade é um dos elementos da aplicabilidade das normas de aplicação, deve-se notar que não é o único. Para que uma norma de aplicação seja aplicável, deve haver outra norma que ordene a aplicação da norma anterior. Na forma kelseniana, pode-se dizer que Bulygin (2006, p.229) cria uma cadeia de aplicabilidade, que encontra em seu cume uma norma de aplicação que não pode ser nem aplicável e nem não-aplicável – uma *Grundnorm* da aplicabilidade.

4 À GUIZA DE UMA CONCLUSÃO

O deslocamento da validade como obrigatoriedade – ou aplicabilidade – de todas as normas para as normas de aplicação traz um certo desconforto em relação às concepções criadas por Kelsen. O esboço trazido pelo presente trabalho, tenta demonstrar que um conceito tão arraigado no senso comum teórico do jurista (WARAT, 1994), como o de validade, não se encontra imune à uma problematização. Se consideradas as variáveis apresentadas e as sugestões dadas, o conceito de validade se esvaziaria como eixo para a estruturação da unidade do objeto de estudo da Ciência Jurídica, dando lugar a um novo paradigma, ainda a ser desenvolvido.

É interessante sublinhar que o vocabulário utilizado pela teoria do direito não é o mesmo utilizado na elaboração dos textos legais. Quando o legislador ou o juiz tenciona a retirada de um elemento do sistema, não se vale do termo “invalidade”, mas sim de termos como “ilegalidade”, “inconstitucionalidade”, “revogação” ou “ab-rogação”, o que enseja uma relação entre textos. Ainda, o conceito mesmo de validade imbrica, não só uma relação entre normas, mas também uma relação entre normas e textos. Uma norma revogatória, antes de retirar a validade de outra norma, retira a “autoridade” ou “força” que um determinado texto tem de ser a base para a produção de novas normas. A revogação afastaria, assim, o caráter de normatividade de um dispositivo legal. Neste interim, a retirada de determinada norma, vista como produto de interpretação de um dispositivo, parece ser apenas um efeito indireto da retirada de circulação do próprio dispositivo legal – do texto. A exceção a esta regra, no direito pátrio, seria a “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, em que se trata exclusivamente da limitação do significado – da norma - que um texto pode fornecer.

Mesmo a relação entre significante e significado, entre dispositivo e norma, é complicada pelo fato de que a norma aplicada perde seu caráter de significado e passa a ser significante. Ora, para Kelsen a relação entre normas é uma relação hierárquica em que a aplicação de uma norma, dita superior, sempre produz uma norma inferior¹³. Quando aplicada, a norma não pode mais ser um significado e somente no status de

¹³ É certo que a relação entre aplicação de normas e criação de outras normas comporta ao menos duas exceções para Kelsen. De um lado, as normas superiores de um ordenamento positivo, as normas constitucionais por exemplo, não foram criadas através do processo de aplicação de outra norma. Por outro lado, a aplicação de normas individuais e concretas, advindas das sentenças, por meio de sua execução não possui em tese o condão de criar novas normas jurídicas. Assim, as exceções em relação à obrigatoriedade da cópula aplicação/criação do direito se encontrariam tanto no topo quanto na base da estrutura escalonada proposta por Kelsen.

significante ela pode ser interpretada para a continuidade da cadeia de criação – ou positivação - do direito. Para tanto, a “norma superior” deve-se tornar *texto*¹⁴, por isso interpretável nos termos kelsenianos. Como dito, tornando-se texto, a “norma” escapa pela porta do significado e entra pela janela da significação, em um movimento de tipo sintagmático. A norma como significado é, pois, este elemento fugidio: quando encontrada, ali já não está.

De outra forma, não se pode estabelecer um sentido para a norma, como quer Kelsen (1999, p. 335), visto esta já ser um sentido - um significado de ato de vontade. Assim, a norma como significação jamais é interpretável; ao contrário, ela é o ponto culminante do processo de interpretação - de significação - que possui como base um texto. Texto e norma se implicam. Contudo, esta tensão entre significante e significado - entre dispositivo legal e norma - tende a se obscurecer quando se focaliza somente na “norma jurídica”- caso da Teoria Pura de Kelsen.

As dificuldades encontradas com o esvaziamento do conceito de validade, parecem guiar a ideia da necessidade de um aumento de objeto da Ciência Jurídica, para além da norma jurídica. Como afirma Kuhn (1999, p. 148), à medida que os problemas mudam, se vê também mudar a norma que distingue uma solução realmente científica de uma simples especulação metafísica, de um jogo de palavras ou de uma distração matemática.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Essais de théorie du droit**. Paris: Bruylant - L.G.D.J, 1998.
- BULYGIN, Eugenio. *Système Juridique et Ordre Juridique*. In: BÉCHILLON, Denys de et al (Org.). **L'Architecture du Droit** : Mélanges en l'honneur de Michel Troper. Paris: Economica, 2006. p. 223-229.
- BRASIL. Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

¹⁴ O termo “texto” é aqui compreendido em seu sentido lato, como sendo algo capaz de ser lido, e compreende tanto o texto escrito, quanto o oral, a linguagem simbólica, as obras humanas não verbalizadas e mesmo o mundo natural, conforme Robles (2005, p. 21 a 22).

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KELSEN, Hans. **Théorie Pure du Droit**. Paris: Bruylant - L.G.D.J, 1999.

_____, Teoria **Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. **Normas jurídicas e Análise Lógica**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KHUN, T. S. **La Structure des Révolutions Scientifiques**. 2. ed. Paris: Champs Flammarion, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

NAGEL, Ernest; NEWMAN, James R. **A prova de Gödel**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

RAZ, Joseph. **The Concept of a Legal System**: An Introduction to the Theory of Legal System. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ROBLES, Gregorio. **O Direito como Texto: Quatro estudos de teoria comunicacional do Direito**. Barueri: Manole, 2005

ROSS, Alf. El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. **Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, n. 12, p.199-220, 2008.

_____, **On Law and Justice**. Clark: The Lawbook Exchange, 2012.

THIBIERGE, Catherine et al. **La force normative**: Naissance d'un concept. Paris-Bruxelles: LGDJ-Lextenso-Bruylant, 2009

TROPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VAIHINGER, Hans. **A filosofia do como se**. Chapecó: Argos, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.