

VALIDADE DA NORMA JURÍDICA: ENTRE O DIREITO VIVO DE EHRlich E O NORMATIVISMO JURÍDICO DE Kelsen



José Raul Cubas Júnior¹

O presente artigo busca investigar a validade da norma jurídica em Eugen Ehrlich e Hans Kelsen, o vitalismo jurídico do Direito Vivo e o normativismo jurídico da Teoria Pura do Direito, respectivamente, com o cotejo analítico de uma norma jurídica – expedida por autoridade judicial – à luz dos elementos colhidos no plano teórico. Para tanto, com o objetivo de descrever os principais contributos de cada autor [no plano da validade da norma jurídica] e estabelecer um diálogo entre eles, ao longo da pesquisa foram utilizados os métodos descritivo, comparativo e dialético. A principal conclusão alcançada revela a possibilidade da autoridade judicial, ao expedir uma norma jurídica válida e entregar a prestação jurisdicional, considerar — ao lado da lei escrita e sem atentar contra o ordenamento jurídico pátrio em sua presente conformação — a observação do agir humano e extrair o direito que, embora não positivado, emana com naturalidade da vida em sociedade.

Palavras-Chave: direito; vitalismo; normativismo; Ehrlich; Kelsen

¹ Doutorando e Mestre em Direito Empresarial pelo UNICURITIBA. Advogado e professor no Curso de Direito do UNIBRASIL. E-mail: cubasjunior@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5782955471150469>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4819-7274>.

VALIDITY OF THE LEGAL NORM: BETWEEN EHRILICH'S LIVING LAW AND KELSEN'S LEGAL NORMATIVISM



Demetrius Nichele Macei²

This article seeks to investigate the validity of the legal norm in Eugen Ehrlich and Hans Kelsen, the legal vitalism of the Living Law and the legal normativism of the Pure Theory of Law, respectively, with the analytical comparison of a legal norm - issued by a judicial authority - to the light of the elements collected at the theoretical level. To this end, with the objective of describing the main contributions of each author [in terms of the validity of the legal norm] and establishing a dialogue between them, descriptive, comparative and dialectical methods were used throughout the research. The main conclusion reached reveals the possibility of the judicial authority, when issuing a valid legal norm and delivering the jurisdictional provision, to consider — alongside the written law and without attacking the national legal system in its present conformation — the observation of human action and extract the right that, although not positive, emanates naturally from life in society.

Keywords: Law; Vitalism; Normativism; Ehrlich; Kelsen

² Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, com Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo – USP. Advogado e professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do PPGD/UNICURITIBA. E-mail: demetriusmacei@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8913796337992460>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7635-3668>.

INTRODUÇÃO

Se de um lado, para o Direito Vivo a validade da norma jurídica reclama a adequação do seu comando normativo com aquilo que o homem respeita, não em decorrência da ameaça de coação estatal oficial, assentada na letra da lei ou nas decisões judiciais, mas por imposição do regramento social [e não legal] derivado com naturalidade da vida em sociedade; de outro, para o Normativismo Jurídico a conduta humana só importa na medida em que prescrita, positivada. É nesse contexto de aparente antagonismo [ao menos aparente], em reconhecer ou não a importância da observação do agir humano para a produção do direito e formulação da norma jurídica, que se justifica a presente pesquisa, pois como afirmara Ehrlich, há mais de um século, no Natal de 1912, “também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade” (EHRlich, 1986, s.n).

O presente artigo, em capítulo propedêutico, busca extrair os pressupostos de validade da norma jurídica em que se assentam a Teoria do Direito Vivo, desenvolvida por Eugen Ehrlich na obra “Fundamentos da Sociologia do Direito”, e o Normativismo Jurídico de Hans Kelsen, exposto na obra “Teoria Pura do Direito”.

Na sequência, com objetivo de superar o plano puramente teórico, a pesquisa confronta os fundamentos de validade da norma jurídica – apurados em Ehrlich e Kelsen – e os coteja à luz de um caso concreto, ilustrativo, qual seja uma sentença expedida por uma autoridade judicial, em busca de responder se é possível, ou não, uma norma jurídica encontrar conformação de validade, simultaneamente, nos pressupostos do Direito Vivo e do Normativismo Jurídico, sem que um eclipse o outro.

A pesquisa segue estruturada em 6 seções, incluindo esta introdução.

Nas duas seções seguintes, mediante uso do método descritivo, com revisão bibliográfica das obras “Fundamentos da Sociologia do Direito”, “Teoria Pura do Direito” e demais livros e artigos científicos, são expostas as credenciais e as teorias desenvolvidas por Ehrlich e Kelsen.

A quarta seção, pelo método comparativo, traz o cotejo comparativo entre os principais conceitos divergentes apurados entre os autores supracitados.

Na quinta seção, que se vale do método dialético, é realizado o cotejo analítico de um caso concreto à luz dos pressupostos de validade da norma

jurídica sustentados por Ehrlich e Kelsen, confrontando-os.

Na última seção são apresentados, resumidamente, os resultados obtidos com a pesquisa e a sua conclusão. A importância de investigar o reconhecimento de validade da norma jurídica – seja pela lente estruturalista do direito ou pela ótica da sua eficácia social – para o adequado tratamento da crescente complexidade das relações sociais que o direito busca regular, faz ver que há muito ainda o que se avançar nessa seara, daí que o presente artigo representa a continuidade de uma pesquisa científica principiada no ano de 2018, com escritos vestibulares submetidos à crítica da comunidade acadêmica e publicados¹ nos anos de 2018 e 2019.

1 EUGEN EHRlich

Eugen Ehrlich [1862-1922] nasceu na região denominada Czernowitz [Ducado de Bukowina, uma província do então Império Austro-húngaro], atualmente denominada Chernivtsi, uma cidade situada às margens do rio Prut, no sudoeste da Ucrânia. Estudou direito em Viena, onde também lecionou direito e era advogado. Ao retornar para a sua cidade natal, assumiu como professor e Reitor da Universidade de Czernowitz. Durante a Primeira Guerra Mundial, quando Czernowitz foi ocupada diversas vezes por forças russas, mudou-se para a Suíça. Após o desmembramento do Império Austro-húngaro e a cessão da Bukowina para a Romênia, Ehrlich retornou a Czernowitz e morreu em Viena [Áustria]. Jurista e sociólogo austríaco, Ehrlich se destacou na pesquisa jurídica e foi considerado “pai” da “Sociologia do Direito”, sendo motivado aos estudos pela experiência adquirida no contato que teve com a cultura Bukowina, no período em que as leis austríacas contrastavam com os costumes locais, mas com elas coexistiam, fato que o fez questionar as noções hierárquicas do direito (FEBRAJO; LIMA, 2022. SPAREMBERGER, 2003).

Entre as suas principais obras, destaca-se “Grundlegung der Soziologie des Rechts” [Fundamentos da Sociologia do Direito], publicada originalmente em 1913, na qual sustenta a Sociologia do Direito como a ciência do direito, porque este não é estático e deve considerar as mutações que impactam a sociedade (SPAREMBERGER, 2003, p. 119-120). E essa preocupação de Ehrlich com o olhar para a sociedade já vem expressa no prefácio de sua obra:

“Afirma-se, com frequência, que deve ser possível resumir o sentido de um livro em uma única frase. Caso o presente

¹ Estudos publicados nos anos de 2018 e 2019, na Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica [v. 4, n. 2, p. 59-79, jul./dez.2018] e nos Anais do II Congresso de Filosofia do Direito

para o Mundo Latino [2019, p. 260-274], respectivamente, ao final referenciados.

escrito devesse ser submetido a tal prova, a frase seria mais ou menos esta: também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade. Talvez se resuma nesta frase o sentido de todo o fundamento de uma sociologia do direito." (EHRlich, 1986, s.n)

Em resumo, Ehrlich inovou "[...] na compreensão do Direito como ciência e como fenômeno social" (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

1.1 VITALISMO JURÍDICO: O DIREITO VIVO

Ao considerar as relações que se desenvolvem entre os homens no seio de dada sociedade e os fenômenos sociais que delas derivam [e não apenas as regras prescritas pelo direito posto/positivado], Ehrlich propõe a chamada "Teoria do Direito Vivo" [ou "Vitalismo Jurídico"], uma construção teórica decorrente das respostas que obteve em relação ao autoquestionamento sobre "De onde surgem as regras jurídicas, quem lhes dá vida e eficiência?" (EHRlich, 1986, p. 16).

Para Ehrlich, quaisquer respostas ao questionamento formulado poderiam produzir conclusões opostas, do monismo ao pluralismo jurídico, da análise do abstrato à investigação do concreto, do normativismo positivista ao sociologismo, da dedução à indução.

Segundo Ehrlich, no passado, grande parte do direito não tinha sua origem no Estado e ainda hoje boa parte não é por ele concebida (EHRlich, 1986, p. 16). A lei positivada, produto da tarefa do legislador, não é e nem pode ser tida como origem do direito. Aliás, conceber o direito como mera regra do agir humano demandaria negar ao princípio de que ele compromete/obriga as pessoas, porque não se pode agir de acordo com algo do qual nem sempre se tem conhecimento, mesmo que se admitisse a presunção de que uma vez publicada a lei se reputa conhecida (EHRlich, 1986, p. 16).

Para Ehrlich o agir humano não encontra vinculação direta à ameaça de coação oficial imposta pelos tribunais. Pelo contrário, considera que a todo tempo o homem está submetido à coação psicológica situada fora do campo do direito, decorrente das relações estabelecidas pelo regramento social [e não legal] no qual está inserido:

"A própria intuição lhe ensina que cada pessoa se encontra numa infinidade de relações jurídicas e que, com muito poucas exceções, ela faz aquilo que estas relações lhe determinam. Ela cumpre suas obrigações como pai e filho, como esposo ou esposa, não prejudica seus vizinhos no gozo de sua propriedade, paga suas dívidas, [...]. O jurista naturalmente pode replicar que todos cumprem seus deveres somente porque sabem que podem ser obrigados a cumpri-los através dos tribunais. Mas se ele se desse ao trabalho de observar as pessoas em seu agir no dia a dia, facilmente se convenceria de que estas pessoas nem pensam numa coação que lhes possa ser imposta por tribunais. Via de regra agem como que por instinto e, quando este não é o caso, suas justificativas são bem outras: poderiam ter problemas com seus parentes, perder seu posto, perder sua clientela, ser estigmatizados como encrenqueiros, desonestos, irresponsáveis. [...] o que as pessoas nesta situação fazem ou deixam de fazer, mesmo que seja por obrigação jurídica, frequentemente é bem outra coisa, e em geral muito mais do que consegue a coação oficial" (EHRlich, 1986, p. 23).

Ehrlich (1986, p. 16) admite que, na maioria das vezes, o homem se vê compelido ao cumprimento de suas obrigações como curso natural da ordem imposta no seio da sua comunidade, nas relações jurídicas estabelecidas com seus pares, nas associações das quais faz parte, sendo que "a ordem na sociedade humana se apoia no fato de que obrigações jurídicas em geral são cumpridas, não no fato de que podem ser levadas a juízo", porque maior do que a ameaça de coação estatal — prescrita em lei — é o receio dos reflexos negativos [v.g. reprovação social] que uma conduta moralmente abjeta pode resultar (EHRlich, 1986, p. 55):

"Quem depende do respaldo de seu grupo — e quem não necessitaria dele? — faz

bem em observar, ao menos grosso modo, as normas do grupo. Todo recalcitrante deve saber que seu comportamento abalará a coesão com os seus; quem insiste em resistir, rompe os laços que o unem aos seus companheiros e estes começam a evitá-lo, até excluí-lo. É, portanto, das associações sociais que emana a força coativa de todas as normas sociais, sejam elas jurídicas, morais, religiosas ou outras. [...]. Desta maneira, o homem age de acordo como direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto. [...] O Estado não é a única associação coativa; há na sociedade, inúmeras associações que são muito mais rígidas que ele. Uma delas é, até hoje, a família."

Comunidade, organização ou associação podem ser a família, a igreja, o clube, o ambiente de trabalho, e tantas outras quanto possíveis, que se caracterizam por formar um conjunto de pessoas que, ao se relacionarem mutuamente, não só reconhecem determinadas regras como decisivas para seu agir em geral, como de fato agem em sua conformidade. Essas regras, das mais variadas formas [regras do direito, da religião, da moral, do costume, da honra, do bom comportamento, entre outras], formam a realidade social e devem ser analisadas no contexto em que são vigentes (EHRlich, 1986, p. 37).

A "sociologia do direito é a doutrina científica do direito" (EHRlich, 1986, p. 23) que, como qualquer ciência social, tem suas bases no conceito de sociedade humana, caracterizada pelo conjunto de organizações de tipos diversificados que estão em constante interação. As relações que se desencadeiam nessas organizações e suas interações são reguladas pelo direito, conquanto este seja entendido não como mero produto de prescrições jurídicas, mas ordem jurídica interna e independente do direito legislado/positivado (EHRlich, 1986, p. 36):

"A ordem interna das associações humanas não só é a primeira forma do direito, mas é, até hoje, a fundamental. A prescrição jurídica não só aparece bem mais tarde, como também continua sendo derivada da

ordem interna das associações. Para explicar as origens, o desenvolvimento e a essência do direito, deve-se pesquisar sobretudo a ordem das associações. [...].

A ordem interna das associações é determinada por normas jurídicas. Normas jurídicas não devem ser confundidas com prescrições jurídicas. A prescrição jurídica é a redação de uma determinação jurídica em uma lei ou um código. Norma jurídica, ao contrário, é a determinação jurídica transformada em ação, [...]."

Assim, para Ehrlich, as prescrições jurídicas criadas em determinada sociedade, quando admitidas por seus membros como ordem jurídica, passarão à condição de normas jurídicas. Já, quando positivadas (legisladas), podem ser consideradas prescrições jurídicas.

A normas jurídicas independem de positivação. São eficazes e existem em maior número que prescrições jurídicas, porque estas derivam daquelas e não o contrário. Seja qual for a sociedade, "[...] há muito mais normas jurídicas que prescrições jurídicas, porque sempre há mais direito para condições específicas que para condições similares e também existe mais direito do que os juristas tomam conhecimento, quando procuram fixá-lo em palavras." (EHRlich, 1986, p. 36)

Ao considerar que, de regra, o homem respeita as ordens emanadas da sociedade [porque tidas como obrigatórias por força da moral, do medo de repressão interna no caso da sua subversão, da coação psicológica no grupo] sem reclamar previsão em lei [prescrições jurídicas], Ehrlich, diferentemente de Kelsen [como será visto em capítulo próprio], entende que a ciência jurídica está adstrita ao conceito de sociedade e a resposta para seu conceito necessariamente repousa na análise da sociedade humana, uma verdadeira reflexão sociológica em contraposição ao normativismo jurídico (MOREIRA, 2013, p. 228):

"A teoria de Ehrlich está atada ao conceito de Sociologia como ciência, dentro do qual se incorporam, entre outras relações sociais, as relações jurídicas. Seu método, portanto, está ligado ao método sociológico, mais precisamente, à concepção metodológica dominante, da qual fazem parte Auguste Comte e Émile Durkheim. É a

sociologia, tal como definida por estes autores, que estrutura e define o direito como ciência social."

Moreira (2013, p. 235) afirma que, para Ehrlich, "[...] o estudo das normas aplicadas pelos juízes não preenchia a totalidade do fenômeno jurídico, pois as pessoas, no dia a dia, não agem levando em conta as regras do direito formal estatal", mas as regras do agir humano, aquilo que estão acostumadas e que admitem como algo que deve ser obedecido, respeitado.

A força que impulsiona o agir do homem, o cumprimento das ordens previstas no direito legislado/positivado — prescrições jurídicas —, em normas jurídicas não escritas ou mesmo aquelas decorrentes da moral, costumes, tradições e tantas outras previstas na sociedade têm, para Ehrlich, substancial importância para a ciência jurídica.

Assim, a ciência jurídica reclama a análise do direito que se desenvolve no seio da sociedade, que advém das relações estabelecidas entre os indivíduos e que estão em constante mutação, pois "o direito estatal, em todos os sentidos significativos, apenas acompanha a evolução social" (EHLICH, 1986, p. 122) e ainda assim o faz de maneira lenta e, por vezes, quando a norma jurídica é positivada [legislada, prescrita] já se encontra desatualizada.

As prescrições jurídicas, o direito posto, vigente, produto e obra do legislador "não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida" (EHLICH, 1986, p. 377). Assim, a ciência jurídica e a evolução do conhecimento jurídico reclamam a análise daquilo que Ehrlich denominou Direito Vivo, que "oriundo das organizações sociais" (VIEIRA, 2015, p. 110) "trata das regras que efetivamente são reconhecidas e praticadas nas relações sociais em cada localidade, cultura e período histórico" (MOREIRA, 2013, p. 225), que "independente do Direito legislado [...] domina a vida" (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

À vista do Direito Vivo, para que se possa encontrar a norma válida e eficaz em determinada comunidade [quaisquer organizações sociais], deve-se, ao contrário de análises abstratas, do geral para o particular, partir de induções, pois "também a sociologia, incluindo aí a sociologia do direito, deve ser uma ciência da observação" (EHLICH, 1986, p. 362).

A tese de Ehrlich vem assentada na premissa de que a ciência do direito tem o papel de "conhecer e descrever o concreto e não o abstrato, os fatos, não as palavras" (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171), pelo que não deve tomar como objeto "somente o direito 'válido para os tribunais e órgãos de autoridade', mas também, e especialmente, o direito vigente que, 'não formulado em proporções jurídicas', regula toda a vida social" (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171).

O Direito Vivo pode ser encontrado no conteúdo de um documento, mas nele não se limita, por isso "ao jurista não cabe apenas ficar restrito aos códigos, às leis, enfim, à legislação. O material de trabalho do jurista não está nos documentos legais, mas nas relações jurídicas propriamente ditas, nos documentos jurídicos, no Direito como ele é, como ele se dá" (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

Em outras palavras, "a maior parte do direito origina-se imediatamente da sociedade, sendo a regulação jurídica formal posterior, pelo que a norma jurídica seria condicionada pela sociedade, aplicável se e na medida em que observe seus pressupostos sociais" (TREVES, 2004, p. 121 apud SGARBOSSA, 2016, 171).

O Direito Vivo não é aquele posto pelos tribunais ou pelo legislador, mas é vivido, observado pelo homem, decorre do agir humano no dia a dia e é cumprido independentemente de coação estatal (EHLICH, 1986, p. 378):

"Este, portanto, é o direito vivo em contraposição ao apenas vigente diante de tribunais e órgãos estatais. O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia a dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente constituídas quanto as ignoradas e até ilegais."

A norma jurídica, vigente e eficaz em determinada organização social, quando pelo trabalho do legislador for prescrita em lei se torna prescrição jurídica. A sua origem [fonte], nesse caso, não é o Estado, pois embora ainda não tivesse sido positiva, a norma já era vigente e eficaz independentemente de qualquer coação estatal. Ehrlich se opõe ao monismo jurídico de que a única fonte do direito seria o Estado: "[...] fica delineada a concepção de direito vivo de Ehrlich, de caráter pluralista e que não nega a existência do Estado, mas rejeita a matriz unívoca do monismo jurídico e seu paradigma formalista" (VIEIRA, 2015, p. 109).

Na teoria desenvolvida por Ehrlich, fundado na sociologia, o direito não está aprisionado nos códigos, nem se resume na mera prescrição jurídica ou no chamado direito legislado/posto/positivado. O direito surge do agir humano, cuja eficácia pode ser verificada todos os dias e independe da coerção estatal, pois "Direito Vivo no conteúdo de um documento não é aquilo

que os tribunais no caso de uma disputa jurídica declaram como obrigatório, mas somente aquilo que as partes, na vida real, de fato observam" (EHRlich, 1986, p. 381).

Foi na Teoria do Direito Vivo que Ehrlich encontrou as respostas para as indagações que havia formulado². As normas não se confundem com prescrições jurídicas, não reclamam positividade, previsão expressa em lei, pois elas surgem da sociedade, das relações estabelecidas entre os homens, cujos regramentos são aceitos, observados e cumpridos [eficácia] mais em decorrência de uma coação que situada fora do campo do direito do que da ameaça de uma coação estatal prevista em lei e decorrente da técnica legislativa: "É, portanto, das associações sociais que emana a força coativa de todas as normas sociais, sejam elas jurídicas, morais, religiosas ou outras. [...] o homem age de acordo como direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto" (EHRlich, 1986, p. 55). Conforme Alberto Febrajo e Fernando Rister de Souza Lima (2022, p. 917), Ehrlich "possui um olhar para a eficácia social. Preocupa-se com a força social do direito sobre as pessoas."

Ao monismo jurídico se opôs Ehrlich, com sua concepção de Direito Vivo que possui caráter pluralista, em que o Estado seria mais uma das organizações que compõem a sociedade, tal como a família, igreja, clube, entre outros (EHRlich, 1986, p. 286; MALISKA, 2001, p. 45-46 apud VIEIRA, 2015, p. 109).

Em resumo, Ehrlich "escapa à visão estatalista e reducionista do jurídico" (SGARBOSSA, 2016, p. 171). Ele não nega a necessidade do estudo da jurisprudência, do direito posto, das prescrições jurídicas, mas exige que o verdadeiro jurista também tenha os olhos voltados para as ações humanas derivadas com naturalidade da vida em sociedade.

2 HANS KELSEN

Hans Kelsen [1881-1973] nasceu na Cidade de Praga, na região da antiga Checoslováquia, atual República Tcheca, então pertencente ao Império Austro-Húngaro. Em 1900 iniciou o curso de graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Viena, concluído em 1906, sendo que no ano de 1911 passou a lecionar na mesma Faculdade e publicou seu primeiro livro, intitulado "Problemas Capitais da Teoria do Direito Estatal". Em 1917 foi convidado a servir como assessor jurídico do Ministério da Guerra. A partir de 1918 colaborou para a elaboração da Constituição da Áustria de 1920, ano em que passou a ser conselheiro permanente da Suprema Corte Constitucional da

Áustria, na qual atuou como juiz entre os anos de 1921 e 1930. Em 1940 emigrou para os Estados Unidos e no ano de 1941 ingressou na Universidade de Harvard. Em 1943 assumiu como professor a cadeira de Ciência Política da Universidade de Berkeley, onde permaneceu até o seu falecimento em 1973. Considerado um dos maiores juristas e filósofos do século XX, com produção bibliográfica extensa, dedicou-se a construção de um método científico para produção do conhecimento jurídico livre de ideologias, ao que ele denominou de "verdadeira ciência do Direito", destacando-se entre as suas principais obras a "Teoria Pura do Direito" e a "Teoria Geral das Normas" (FEBRAJO; LIMA, 2022. SPAREMBERGER, 2003).

2.1 NORMATIVISMO JURÍDICO

Ao ingressarmos no estudo da norma jurídica, à luz da obra Teoria Pura do Direito, é de se destacar, inicialmente, que diante da "afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica", de tal maneira que a conduta humana importaria apenas a partir do momento em que estabelecida no conteúdo da norma (KELSEN, 2009, p. 79).

A ciência jurídica, para Kelsen, é uma ciência normativa, porquanto toma a norma como seu objeto. Significa afirmar que estamos no plano do dever-ser, "porque a norma pode ser conceituada como o sentido de um ato por meio do qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada, não se confundindo com o ato de vontade cujo sentido constitui" (SPAREMBERGER, 2003, p. 118).

O normativismo jurídico, sustentado por Kelsen, refere que proposição jurídica não se confunde com norma jurídica, do mesmo modo que ciência jurídica se distingue do Direito.

Proposição jurídica, como produto da ciência jurídica, tem por escopo descrever, enunciar o Direito prescrito nas normas jurídicas. Equivale dizer, a proposição jurídica se distingue da norma jurídica tal como a produção do conhecimento jurídico se distingue da função da autoridade jurídica.

Cabe à ciência jurídica "conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica" (KELSEN, 2009, p. 81).

Nas palavras de Cunha (2008, p. 281):

"A norma jurídica seria um imperativo posto pela

² "De onde surgem as regras jurídicas, quem lhes dá vida e eficiência?" (EHRlich, 1986, p. 16)

autoridade competente, um comando por ela estabelecido, uma permissão, ou ainda uma atribuição de competência. Ainda que se tenha em mente que tais imperativos sejam expressos por meio de fórmulas linguísticas, certo é que não se trata de um mero enunciado, uma mera proposição, mas de um comando, de um ato produtor do Direito, seja ele um ato posto pelo legislador, pela Administração Pública, seja pelo juiz [...].

Por sua vez, a proposição jurídica é um enunciado formulado pela Ciência do Direito visando à descrição do seu objeto. Portanto, trata-se de uma distinção qualitativa (prescrição/descrição), em que a norma jurídica é um ato da autoridade que produz o Direito e a proposição jurídica, um juízo hipotético da ciência jurídica que descreve o sistema posto, [...]."

As proposições normativas, formuladas pela ciência jurídica, descrevem o Direito e não atribuem quaisquer direitos ou deveres, de tal forma que podem ser verdadeiras ou inverdadeiras. O contrário ocorre com as normas jurídicas, que só podem ser consideradas válidas ou inválidas (KELSEN, 2009, p. 82).

Ou seja, as proposições representam juízos enunciativos de determinado objeto posto ao seu conhecimento, tal como faz, por exemplo, um Tratado de Direito Civil ou uma obra que busca abordar qualquer outra área do Direito. Elas não trazem um comando, uma ordem, de modo que a sua confirmação se situa no campo da veracidade.

A ciência jurídica, ao descrever a norma jurídica [seu objeto], formula a proposição jurídica. O cotejo entre a proposição jurídica formulada e a norma jurídica descrita permite ao jurista emitir o juízo de conformação de veracidade daquela em razão desta.

Para Kelsen a norma jurídica, por não representar um enunciado [descrição], mas um comando [que prescreve], apenas pode ser válida ou inválida. Será válida se seguiu o regramento legal de sua elaboração, porquanto de uma norma superior que extrai seu fundamento de validade.

O Direito tido como ciência normativa, um sistema de normas que limita a ciência jurídica ao

conhecimento e descrição de normas jurídicas, difere-se das outras ciências que buscam o conhecimento pela "lei da causalidade, de processos reais". As leis naturais demandam o estabelecimento da relação entre causa e efeito, causalidade. As proposições jurídicas são orientadas por outro princípio, qual seja imputação (KELSEN, 2009, p. 84-87).

Kelsen (2009, p. 87) assim descreve: "Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, então B é, mas que, quando A é, B então deve-ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja".

Ricardos Almagro Cunha afirma que Kelsen indica, ainda, outro elemento para distinguir causalidade de imputação:

"Uma outra distinção apontada por Kelsen (1999) é que, na relação de causalidade, os elos que unem os eventos se desdobram em uma cadeia infinita, ou seja, a consequência produzida por uma determinada causa é, por sua vez, causa produtora de outro evento e assim sucessivamente. Da mesma forma, se percorrermos esse trajeto em sentido inverso, a causa de um determinado evento é, por sua vez, consequência provocada por uma causa mais remota e assim sucessivamente. Com o princípio da imputação, tal não ocorre, já que a regra de "causação" é fruto da vontade humana, pelo que a série de imputação é limitada, existe um ponto terminal." (CUNHA, 2008, p. 283)

Causalidade revela uma cadeia infinita, relações de causas e efeitos sucessivos. Toda "causa concreta pressupõe, como efeito, uma outra causa, e todo efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito, por tal forma que a cadeia de causa e efeito [...] é interminável nos dois sentidos" (KELSEN, 2009, p. 101).

Diferentemente da natureza, orientada pela causalidade, "O número de elos de uma série putativa não é, como o número de elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado" (KELSEN, 2009, p. 101). Ocorre que, se a série putativa [diferentemente da causalidade] é finita, como a validade de uma norma seria dada por uma que lhe é superior e assim sucessivamente? A resposta para tal indagação foi assim resumida por Cunha (2008, p. 283):

"[...] a norma posta deve ter o seu fundamento de validade alicerçado em uma outra norma que lhe é, portanto, superior.

Por sua vez, a norma que confere validade a outra pode ter a sua própria validade questionada, reclamando um substrato de validação em outra norma superior a ela e assim sucessivamente. Se, como vimos, o sistema normativo está fundado em um princípio da imputação, que não se sujeita a uma cadeia infinita, certo é que devemos pressupor um limite, sob pena de termos que recorrer a uma noção metafísica para sustentar o nosso sistema, o que, por óbvio, é repudiado pelo mestre de Viena.

Para conferir uma unidade ao ordenamento jurídico, Kelsen (1986) então recorre a uma norma que já não é mais posta, mas pressuposta. Ela é algo abstrato, cujo questionamento de validade não é mais possível e à qual ele denominou norma fundamental."

Embora a norma retire seu fundamento de validade de outra que lhe é superior, não haverá cadeia infinita, pois ao sistema é dada a validade por uma norma superior a todas, qual seja a chamada norma fundamental.

Nas palavras de Baracho (1979, p. 39), a norma fundamental não representa uma norma do direito positivo. Antes, pelo contrário, é pressuposta pela Ciência do Direito, de tal maneira que "a ordem jurídica é um sistema de normas que estão ligadas entre si, pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por outra norma do mesmo sistema, e, em última etapa, pela norma fundamental."³

Como descreve Carlotti (2015, p. 2.290), "A norma fundamental seria a norma hierarquicamente superior a todas as outras normas e, desta forma, seria a garantia de validade do ordenamento jurídico".

A Teoria Pura do Direito se enquadra na categoria de doutrina avaliativa, normativa e legalista,

³ A norma fundamental é aqui considerada não como uma hipótese, assentada num ato real de vontade emanado de autoridade, mas pressuposta de um ato fictício de vontade que a cria. Trata-se de uma ficção que tem por escopo reconhecer que ela confere

busca "descrever o próprio objeto e não a lhe atribuir um entendimento tido por melhor que outros, propondo-se a fazer ciência e não se apresentando como uma filosofia, um credo, uma ética". Trata-se de uma teoria que considera "como próprio objeto somente o direito positivamente existente, especialmente o direito que assumiu a forma da lei [...]" (LOSANO, 2014, p. 32).

Assim, se fosse necessário resumir a pureza defendida por Kelsen, Carlotti (2015, p. 2.296) afirma que para ele "não é possível discutir nada além do direito existente em determinadas sociedades, ao menos não no âmbito de uma ciência do direito".

Em resumo, considerar o Direito como ciência normativa, ciente de que a norma não representa um juízo enunciativo/descritivo, mas prescritivo, importa reconhecer que a ciência do direito não deve tomar como objeto aquilo que não está previsto nos diplomas normativos. As externalidades [comportamento dos indivíduos, valores morais ou éticos, convicções políticas, entre outras], que podem ser aferidas pela observação do agir humano, não importam para a ciência jurídica: "Hans Kelsen propõe o estudo exclusivamente do dever-ser. Uma ciência do direito que se preocupa exclusivamente com as prescrições de conduta inseridas no direito positivo" (FEBRAJO; LIMA, 2022, p. 918).

A pureza defendida por Kelsen não nega a importância da investigação dos fenômenos sociais, mas tal tarefa deve ficar reservada para outro campo do conhecimento, como a sociologia – que não pode reclamar para si a ciência do direito.

3 EHRlich X Kelsen

Ehrlich se opôs ao normativismo jurídico, sustentou que a sociologia do direito é ciência do direito e sofreu severas críticas de Hans Kelsen, "[...] que afirmou ocorrer um sincretismo metodológico, decorrente da confusão estabelecida por Ehrlich entre ser e dever-ser" (SPAREMBERGER, 2003, p. 116).

Embora isso, como ensina Robles, "se Ehrlich reivindica para a Sociologia do Direito o caráter de verdadeira Ciência do Direito, o mesmo faz Kelsen com a Jurisprudência normativa" (ROBLES, 2012, p. 6).

Dedicar-se ao estudo da ciência jurídica e para ela desenvolver uma teoria limpa, despida de quaisquer ideologias, foi o grande objetivo de Kelsen. Como acentua Daniela de Lima (2010), a sua Teoria Pura do Direito não deve representar o nome de uma obra, mas um projeto de Kelsen em busca de elevar o direito à

validade ao primeiro ato do legislador no campo do direito positivado, sendo que, na estrutura escalonada da ordem jurídica, o nível mais elevado em termos de direito positivo é representado pela constituição.

condição de verdadeira ciência jurídica. Tal pode ser a explicação para a acentuada divergência entre Ehrlich e Kelsen ter principiado antes mesmo da publicação da mais conhecida obra deste [Teoria Pura do Direito].

Forte no objetivo de refutar a teoria de Ehrlich, revelada em 1913 na obra "Grundlegung der Soziologie des Rechts" [Fundamentos da Sociologia do Direito], Kelsen escreveu, ainda em 1915, no Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik [Revista Arquivo para Ciências Sociais e Política Social], a crítica Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. Contra as incisivas acusações de Kelsen, "[...] Ehrlich respondeu no mesmo periódico com seu Entgegnung (1916), à qual sucedeu a Replik (1916) de Kelsen, a esta a Replik (1916) de Ehrlich e, finalmente, o Schlusswort (1916)" (ROBLES, 2012, p. 2).

Embora o esboço da Teoria Pura do Direito tenha aparecido ainda no ano de 1911, na obra denominada "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssätzen" [Principais Problemas da Teoria Jurídica do Estado Desenvolvidos com Base na Doutrina da Proposição Jurídica] e a despeito de nela já se encontrar traçada a matriz filosófico-jurídica da Teoria Pura do Direito, foi somente em 1934 que se deu a publicação da primeira edição da "Reine Rechtslehre" [Teoria Pura do Direito], representando uma revisão de um ensaio publicado por Kelsen em 1933, denominado "Methode und Grundbegriff der Reine Rechtslehre" [O método e os conceitos fundamentais da Teoria Pura do Direito]. Em 1960 veio a segunda edição, que incorporou resultados de outras investigações, mas manteve praticamente intacto o núcleo da doutrina (SILVA; DAMASCENO, 2016, p. 330).

Ainda que a divergência entre Ehrlich e Kelsen possa ser retratada a partir da análise do debate estabelecido entre eles nos anos de 1915 e 1916, esta não é a opção adotada no presente artigo⁴. A descrição do normativismo jurídico de Kelsen [partindo da obra "Teoria Pura do Direito"] e do vitalismo jurídico de Ehrlich [do qual resultou a formulação da sua "Teoria do Direito Vivo" na obra "Fundamentos da Sociologia do Direito"] tem por escopo estabelecer os referenciais teóricos e o recorte temporal adotados na presente pesquisa.

3.1 DIREITO VIVO X NORMATIVISMO JURÍDICO

Como afirma Castro (2016, p. 53-54), em Kelsen o objeto da ciência do direito é a norma jurídica, sendo que a realidade social/econômica [ou de maneira genérica tudo aquilo que se refiro ao comportamento/conduita dos indivíduos] só podem interessar a ciência do direito quando estiver prescrita, ou seja, não deve se preocupar com a análise realidade,

dos fatos como eles acontecem. Diferentemente, para Ehrlich a ciência do direito deve se valer da observação, das experiências empíricas, da forma como o homem se comporta na sociedade, mesmo porque esses fatos aderem ao reconhecimento de validade das normas jurídicas.

Analisar o comportamento das pessoas em dada sociedade, a maneira como cumprem ou não as normas estabelecidas, fazia Ehrlich se opor ao "direito estatal que parecia criar um mundo alternativo ou um mundo ideal de 'deveres' que não correspondia aos comportamentos regulares observáveis quase que empiricamente" (CARLOTTI, 2015, p. 2.293).

Conforme Castro (2016, p. 54), enquanto em Kelsen "a ciência do direito opera por deduções a partir de um objeto ideal, resultado de uma operação intelectual: a norma jurídica", para Ehrlich "opera por generalizações das experiências empíricas". A ciência do direito, para Ehrlich é descritiva e indutiva; para Kelsen é normativa e dedutiva.

Ao tratar da pureza axiológica proposta e defendida por Kelsen, Larenz (1997, p. 93 apud SPAREMBERGER, 2003, p. 117-118) afirma, resumidamente, que a ciência do direito "não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de fatos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que é ou o que acontece, mas sim um complexo de normas".

Purificar a ciência do direito foi o objetivo de Kelsen na obra "Teoria Pura do Direito", depurando-a "de qualquer elemento estranho ao seu objeto" (CUNHA, 2008, p. 280), "uma pureza epistemológica (corte que exclui da ciência jurídica qualquer objeto a ela estranho) e também uma pureza valorativa (corte axiológico)" (CUNHA, 2008, p. 282).

Nas palavras de Kelsen (2009, p. 118), a ciência do direito, como ciência, "não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura", sendo que a Teoria Pura do Direito, por surgir em forte contradição com a ciência jurídica tradicional, revestida de um caráter ideológico, revela-se "como verdadeira ciência do Direito".

Os pressupostos que fundam a Teoria Pura e o Direito Vivo podem ser assim resumidos:

"A pureza proposta por Kelsen é uma delimitação da atividade de descrição do direito, entendido como um sistema de signos que se relacionam. O conceito fundamental para a

⁴ Alberto Febrajo e Fernando Rister de Sousa Lima, em artigo publicado sob o título "O Debate Hans Kelsen x Eugen Ehrlich: A formação de duas disciplinas", referenciado ao final deste estudo,

descrevem o confronto argumentativo estabelecido entre os citados autores.

estruturação do direito, segundo ele, é a validade. Ehrlich se propõe a descrever a realidade social tendo objeto de estudo regularidades de comportamento e abstrair, a partir destes comportamentos observados, regras que comporiam o direito "vivo", conceito central de sua teoria, de certa sociedade" (CARLOTTI, 2015, p. 2.288).

Oposto ao que se vê em Ehrlich, sociologia como ciência do direito e necessidade da observação empírica do comportamento humano, em Kelsen o "direito seria um conjunto de regras abstratas que se determinam mutuamente e, portanto, não teria nenhum tipo de correspondência com a realidade empírica, nem com comportamentos regulares observáveis" (CARLOTTI, 2015, p. 2.291).

Se de um lado o Direito Vivo não se limita ao texto legislado, positivado [fruto do trabalho do legislador], mas pode ser encontrado pela observação empírica do comportamento humano, do agir das pessoas independentemente da ameaça de coação estatal e que, por isso, permite reconhecer a existência de normas jurídicas não prescritas, mas observadas/cumpridas; de outro o normativismo jurídico, depurado de quaisquer ideologias, dita uma ciência do direito cujo conhecimento se limita à análise de sua própria estrutura em busca de desvendar seu objeto.

De acordo com as teorias desenvolvidas por cada autor [Ehrlich e Kelsen], acima resumidamente expostas, o desafio que se apresenta conduz à problemática do presente artigo, qual seja a existência de matrizes opostas para a conformação de validade da norma jurídica: Haveria a possibilidade de uma norma jurídica ser válida, simultaneamente, à luz do Direito Vivo [vitalismo jurídico] e do normativismo jurídico, a despeito dos pressupostos destes se fundarem em argumentos aparentemente antagônicos?

4 UM ESTUDO DE CASO

No Direito Vivo a validade da norma depende da observação do agir humano, daquilo que o homem respeita por imposição da comunidade, dos costumes, entre outros, e não em decorrência de prescrições jurídicas [direito positivado]. O homem cumpre a norma não por ameaça de coação estatal, mas porque sua

observância é tida por obrigatória perante a comunidade e dele não se pode exigir conduta diversa.

Para o normativismo jurídico, a conduta humana só importa na medida em que prescrita, positivada, cabendo ao jurista partir do texto normativo para formular a norma jurídica, livre de valores axiológicos, depurado de ideologias. A validade de uma norma jurídica não se mede pela régua da eficácia social, mas deve ser verificada na adequação de sua conformidade com outra que lhe seja superior. Nas palavras de Eber Zoehler Santa Helena e Breno de Andrade Zoehler Santa Helena (p. 54.452), no sistema Kelseniano "a norma é válida porque outra a validou em um silogismo normativo onde uma norma superior constitui a premissa de outra inferior".

E nesse contexto de aparente [ao menos aparente] antagonismo, seria possível a expedição de uma norma jurídica, válida, revestida daquilo que o melhor dos dois mundos pode oferecer? Evidentemente, tratar-se-ia de uma norma jurídica que, sem desprezar o seu destinatário, o ser humano e a eficácia social que dela se espera, respeita o sistema de direito positivo brasileiro em sua presente conformação.

Em outras palavras, a validade de uma mesma norma jurídica poderia ser aferida/confirmada, simultaneamente, pelo Direito Vivo e pelo normativismo jurídico, sem que um eclipse o outro? Para ilustrar o problema proposto e a conclusão alcançada, a presente pesquisa segue para a investigação de um caso concreto, uma norma jurídica expedida por uma autoridade judicial⁵.

Em junho de 2015 o Ministério Público Estadual de Santa Catarina ofertou, perante a Vara Criminal da Comarca de Joaçaba - Estado de Santa Catarina, denúncia⁶ contra 3 (três) pessoas pela prática do crime de "porte ilegal de arma de fogo", tipificado no artigo 14 da Lei Federal nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 [popularmente conhecida como "Estatuto do Desarmamento"].

Recebida a denúncia pelo magistrado, os autos tiveram regular curso processual e a prestação jurisdicional se encerrou com a prolação de sentença de absolvição, em janeiro de 2018 [da qual não recorreu o Ministério Público], na qual o magistrado expôs as razões de seu convencimento, ancoradas em fundamentos de fato e de direito que reputou relevantes para a interpretação dos dispositivos legais aplicáveis ao caso.

Para o magistrado, ainda que comprovadas autoria e materialidade, a tipicidade da conduta deve ser analisada sob os aspectos formal e material. O primeiro trata da pura e simples subsunção do fato ao dispositivo legal, mas o segundo reclama a presença de

⁵ A norma jurídica referida no caso concreto vem externalizada em sentença judicial proferida por autoridade legalmente constituída

e não se confunde com diploma normativo – texto de direito positivo.

⁶ Autos de Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037.

ameaça ou lesão a “bem jurídico de forma inadmissível” (SANTA CATARINA, 2018, p. 345).

Os fundamentos colacionados na sentença, quanto à análise da tipicidade da conduta, revelam que, no caso concreto, a validade da norma [expedida pela autoridade judicial – sentença] pode ser confirmada tanto à luz dos pressupostos dados pela Teoria do Direito Vivo [o vitalismo jurídico de Ehrlich] quanto pela Teoria Pura do Direito [normativismo jurídico de Kelsen]. Mais do que isso, sua confirmação de validade poder ser aferida individualmente, seja qual for a teoria adotada, mas também simultaneamente por ambas, sem que a adoção de uma anule [eclipse] a outra.

4.1 A NORMA JURÍDICA À LUZ DO DIREITO VIVO

A primeira conformação de validade da sentença analisada [norma jurídica], que adere às lições de Ehrlich, encontra-se no seguinte excerto colhido da sentença: “Assim, é possível dizer que somente serão materialmente típicas aquelas condutas que afetarem de maneira substancial valores tidos como essenciais por determinada sociedade” (SANTA CATARINA, 2018, p. 346).

A observação do agir humano [do dia a dia e da forma como os homens se comportam na sociedade e os motivos/razões que impulsionam suas condutas] aparece em vários trechos da norma jurídica expedida pelo magistrado [sentença], como aponta, na sua ótica, alguns dos reflexos produzidos pelo Estatuto do Desarmamento na contemporaneidade:

“[...] percebe-se do dia a dia forense que a política desarmamentista do governo brasileiro, iniciada no ano de 1997, brutalmente fortalecida no ano de 2003 e continuamente difundida, não tem auxiliado na diminuição da violência, que cresce a cada ano, pois parece já bastante óbvio que o necessário é desarmar e prender criminosos perigosos, desarticular cartéis de tráfico de entorpecentes e reprimir com rigor os crimes contra a vida, e não dificultar a posse pacífica de armas de fogo para a defesa da vida, da

família e da propriedade, por trabalhadores, homens e mulheres de bem, que é o que, lamentavelmente, tem sido feito na prática” (SANTA CATARINA, 2018, p. 346).

Não bastasse a observação pela autoridade judicial, a norma traz elementos que indicam a observação do agir humano também pelos demais “atores” envolvidos no processo judicial, como afirmou o magistrado ao dizer que a postura por ele adotada é acompanhada, naquela Comarca, pelo Ministério Público Estadual e autoridades policiais, que realizam “verdadeiro exercício de equidade perante o caso concreto” (SANTA CATARINA, 2018, p. 347), invocando ensinamentos de Aristóteles e S. Tomás de Aquino: “se emergir um caso em que a observância da lei seja danosa ao proveito comum, não deve ela ser observada” (apud SANTA CATARINA, 2018, p. 347).

A passagem acima citada revela, na forma sustentada por Ehrlich, a diferença entre prescrição jurídica [lei] e norma jurídica. Da sentença, como produto do trabalho do magistrado, extrai-se a norma jurídica⁷, cuja validade pode ser verificada a partir da sua conformação com o agir humano. Em outras palavras, a norma jurídica expedida encontra sua validade se, a despeito de sua inconformidade com o texto puro/literal da lei, for aceita e cumprida pelo homem, pois não se pode exigir do seu destinatário algo para além daquilo que ele possa cumprir.

Se o Direito Natural, diversamente do Direito Positivo, orienta-se pelo princípio da causalidade [se A, então B], a autoridade não pode expedir norma jurídica que imponha comando contrário à conduta humana minimamente exigida. Nesse sentido a autoridade judicial invocou novamente as lições de S. Tomás de Aquino e consignou na sentença:

“A lei escrita, assim como não dá força ao direito natural, assim não lhe pode diminuir nem tirar a força, pois, não pode a vontade do homem mudar-lhe a natureza. E, portanto, se a lei escrita contiver alguma disposição contrária ao direito natural, será injusta, nem tem força para obrigar. Pois o direito positivo se aplica quanto ao direito natural não importa

⁷ Conforme advertiu o Ministro Eros Grau, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 29/04/2010, “todo texto normativo é obscuro até o momento da interpretação. Hoje temos como assentado o pensamento que distingue texto normativo e norma jurídica, a dimensão textual e a dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a

partir dos textos e da realidade. [...] A interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão.”

que se proceda de um ou de outro modo, [...]. E, por isso, tais leis escritas não se chamam leis, mas, antes, corrupções da lei, [...]. E, portanto, não se deve julgar de acordo com elas." (SANTA CATARINA, 2018, p. 347-348).

Ao reconhecer a força motriz dos costumes e a impossibilidade de sobrepujar o Direito Natural pelos textos de Direito Positivo [legislado], a sentença novamente se aproximou do Direito Vivo: "Aliás, o direito natural à legítima defesa substancial, um daqueles mais afetados pelo Estatuto do Desarmamento, também sempre foi reconhecido pelas tradições humanas mais diversas, constituindo parte do Cânone jurídico da humanidade há muito" (SANTA CATARINA, 2018, p. 348).

Como em Ehrlich, para quem o direito não se aprisiona em códigos, a norma jurídica expedida confere substancial importância aos costumes, tradições e demais elementos que impulsionam o agir humano e que só podem ser extraídos a partir da observação do dia a dia, o magistrado considerou os costumes da comunidade local e a realidade social dos réus:

"[...] aqueles que residem ou laboram em locais distantes e desabitados, como em sítios e fazendas, estão, em virtude da política desarmamentista, tão ou mais suscetíveis à criminalidade do que os também desprotegidos habitantes dos centros urbanos, [...]. Ademais, é incontestável que a atuação dos órgãos policiais para garantir a segurança destes indivíduos é dificultada frente a distância que devem percorrer para chegar aos locais, o que deixa, muitas vezes, os moradores rurais à total mercê de bandidos, considerando que o Estado retirou destes cidadãos o direito primordial e inerente ao ser humano de legítima defesa, não suprindo-lhes esta necessidade (o que seria não apenas impertinente como impossível). Diante disso e para garantir tal direito, diversos moradores rurais optam por possuir armas de fogo em desacordo com as determinações legais, desrespeitando uma

legislação que tolhe seus direitos naturais e em nada lhes assiste." (SANTA CATARINA, 2018, p. 351-352).

Na Teoria do Direito Vivo, para encontrar a norma válida e eficaz em determinada comunidade é preciso partir de induções. A ciência jurídica, para descrever a norma jurídica, precisa "conhecer e descrever o concreto e não o abstrato, os fatos, não as palavras" (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171), pelo que não deve tomar como objeto "somente o direito 'válido para os tribunais e órgãos de autoridade', mas também, e especialmente, o direito vigente que, 'não formulado em proporções jurídicas', regula toda a vida social" (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171). Nesse sentido, destaca-se o cotejo realizado pela autoridade judicial entre o caso concreto e a conduta exigível [no plano do regramento social] na comunidade local onde os fatos ocorreram:

"Atendendo ao requisito de reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, cito como razões adicionais de decidir as recentes moções de repúdio ao Estatuto do Desarmamento aprovadas pelas Câmaras de Vereadores dos municípios de Joaçaba e Água Doce (SC), demonstrando que, em termos regionais, a conduta dos réus possui baixíssimo grau de reprovabilidade, com embasamento na posição local quanto à política desarmamentista. As pessoas da comunidade estão fartas de serem tratadas como ovelhas rumo ao abatedouro, nas mãos de um Estado opressor e mentiroso, que as desarmou injustamente e sob os mais farsantes pretextos. O Poder Judiciário, que, como os demais poderes da República, também emana do povo (CF, Art. 1º, Parágrafo Único) e em seu nome em seu favor deve ser exercido, não pode ser exercido ao clamor popular que, em especial nesta região sob minha jurisdição, tem sido mais que um mero ruído disforme e inconstante, mas, ao contrário, um brado público firme, justo, digno, um

reclame de homens e mulheres corajosos, que querem ser os responsáveis por suas vidas, segurança e destinos" (SANTA CATARINA, 2018, p. 353).

Na produção da norma jurídica a observação do agir humano e a eficácia social do direito assumem vital importância. No exercício da atividade judicante o julgador não deve fechar os olhos para o destinatário da prestação jurisdicional, pois "à medida que se limita ao mundo dos juristas deixa de lado a essência de sua existência, o povo" (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 74).

A argumentação lançada na sentença parece ter evitado que o magistrado, em sua atividade judicante, sucumbisse ao velho problema do juiz tradicional, a "estrita subordinação à figura do legislador, vez que este é uma figura mítica, distante das massas e próximo dos grupos economicamente determinantes" (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 59).

Não significa que, no exercício da atividade judicante, o julgador pode substituir o legislador, mas é preciso que considere, como sustenta Ehrlich, a eficácia social do comando normativo de modo que não despreze a quem ele de fato se dirige, já que "as relações do direito são muito mais amplas do que as postas pelo direito positivo e reduzir tais relações aos códigos é de uma monstruosidade gigante" (FEBRAJO; LIMA, 2022, p. 917).

À luz do Direito Vivo, a validade da norma jurídica que ilustra a presente pesquisa se funda na premissa de que, embora a conduta do porte ilegal de arma de fogo esteja tipificada penalmente [prevista em lei], a absolvição dos réus veio motivada no cotejo entre a ação humana e a realidade social em que vivem, encerrando norma jurídica que não impôs comportamento contrário aquele que se entendeu minimamente exigível na comunidade.

A título ilustrativo, no contexto da observação do agir humano e da eficácia social do direito, é possível citar o entendimento exposto pelo Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 120.678/PR, de 24 de fevereiro de 2015, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Naqueles autos se discutiu a manutenção da persecução penal do paciente pela prática dos crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo de uso proibido. As informações lançadas no julgado indicam que o paciente havia sido ameaçado de morte pela vítima, chegando a sofrer atentado, o que teria motivado a aquisição da arma de fogo. Em primeiro grau o magistrado considerou que o réu [que no habeas corpus figura como paciente], como medida necessária para fazer cessar a agressão e após já ter recebido um disparo no pescoço, fez um único disparo contra a vítima, ensejando reconhecer a legítima defesa [excludente de ilicitude] e sua absolvição sumária em relação à imputação de homicídio, mas com o

prosseguimento da persecução criminal, em juízo competente, em relação aos crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo de uso proibido, ponto que fora objeto de recurso pelo réu. No recurso de apelação o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná considerou, para lhe negar provimento, que o réu poderia ter procurado, como medida de proteção, os agentes de segurança pública. O Ministro Luiz Fux, embora vencido no julgamento do Habeas Corpus nº 120.6748/PR, votou pela concessão da ordem, com o trancamento da ação penal, consignando em seu voto que a ausência de busca da proteção do Estado [agentes de segurança pública] "não afasta, de maneira alguma, o fato de que o paciente vivia sob permanente ameaça e medo de ser alvejado, dentro de sua própria residência" (STF, 2015), arrematando no sentido de que, mesmo acaso tivesse levado ao conhecimento da autoridade policial as ameaças sofridas, "o paciente certamente não poderia contar com uma proteção contínua dos agentes" (STF, 2015). Ou seja, a prescrição jurídica [tipo penal previsto no texto de direito positivo], no ponto, foi interpretada à vista da observação da realidade social.

4.2 A NORMA JURÍDICA À LUZ DO NORMATIVISMO JURÍDICO

A despeito de se ter a conformação de validade pela Teoria do Direito Vivo, a construção do comando normativo que encerra a sentença prolatada nos autos da Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037 também pode ter sua validade aferida no plano do normativismo jurídico.

Para Kelsen o direito é ciência normativa, sendo válida a norma jurídica que, para seu ingresso no mundo jurídico, seguiu os procedimentos legais para a sua expedição, retirando seu fundamento de validade de uma norma que lhe é superior. Ao sistema jurídico é dada a validade e unidade, em última análise, pela chamada norma fundamental, aquela que, embora não escrita, lança luz sobre todo o sistema e orienta principiologicamente todas as demais, sem olvidar que, na estrutura escalonada da ordem jurídica, em termos de direito positivo, o nível mais elevado é representado pela constituição.

Ainda que fossem eliminados da sentença todos os fundamentos adstritos à observação do agir humano, descritos no item anterior, que trazem a conformação de validade da norma jurídica pela teoria do Direito Vivo, sua validade restaria afirmada pelo normativismo jurídico [Teoria Pura do Direito].

No curso da fundamentação lançada na sentença, após consignar elementos que denotam a observação do agir humano, da forma como o homem se comporta na sociedade, os costumes locais, entre outros, que impuseram reconhecer a ausência de tipicidade, a autoridade judicial passou a fundamentar

a norma em dispositivos inseridos no Texto Constitucional:

"Assim, visando salvaguardar direitos maiores e mais relevantes, a tônica que venho adotando ao julgar fatos similares ao em tela tem sido a correção da absurda e iníqua norma que penaliza aquela pessoa decente que pretende, com a arma de fogo, garantir os próprios (e daqueles que o cercam) direitos fundamentais à vida, segurança, propriedade e, porque não dizer, dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III, e 5º, caput, da Constituição Federal), frente às barbaridades que o cidadão pode estar sujeito ao ser subjugado por criminosos." (SANTA CATARINA, 2018, p. 348)

Para conferir validade à norma jurídica expedida, a autoridade judicial se valeu de interpretação de acordo com o Texto Constitucional, subsumiu os fatos ao disposto na letra da Lei Federal [Estatuto do Desarmamento], interpretando-a de tal maneira a lhe atribuir um alcance balizado pelos valores encartados na Constituição Federal [o que não se confunde com a admissão de valores axiológicos], harmonizando a legislação infraconstitucional "[...] em especial com os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à segurança e ao bem estar [...]" (SANTA CATARINA, 2018, p. 359).

Ao tomar como pressupostos alguns princípios constitucionais [v.g. direito vida], definiu o alcance da Lei Federal [Estatuto do Desarmamento] aos casos em que não se vislumbra, da sua aplicação, a violação de garantias fundamentais.

Conforme afirma o magistrado, se o Texto Constitucional garante o direito à vida, não pode a lei, que por óbvio é hierarquicamente inferior, proibir que o cidadão defenda a sua vida, pois "[...] ainda é possível interpretarmos as formalidades legais impostas por leis e normas iníquas sob a luz da Constituição e do Direito Natural, universal por definição e inalienável de todo homem, de defender sua vida, sua família e sua propriedade" (SANTA CATARINA, 2018, p. 357).

Neste contexto, a aplicação pura do texto da lei, a depender do caso concreto, como cita o magistrado, seria "[...] incompatível com os princípios que ela própria (a Lei) deveria, em tese, proteger, com violação, inclusive, de preceitos maiores,

constitucionais, e mesmo de direito natural" (SANTA CATARINA, 2018, p. 353-354).

Assim, também pelo normativismo jurídico, a validade da norma expedida restaria confirmada, porquanto do Texto Constitucional é que retira seu fundamento de validade. Na sentença o magistrado consignou, expressamente, que "[...] a todos os Juízes, em seus níveis de atuação, competência e jurisdição, é atribuída a missão de analisar o caso concreto à luz da Constituição Federal [...]" (SANTA CATARINA, 2018, p. 357).

O excerto transcrito acima revela que, para além de entregar a prestação jurisdicional, a autoridade judicial exerceu a função social que dela se espera, atribuindo eficácia social ao direito, pois "é necessário que se incremente a postura hermenêutica do juiz no intuito de aproximá-lo dos ideais constitucionais" (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 65-66).

Ao buscar fundamentos no Texto Constitucional, entre eles as garantias fundamentais encartadas em Cláusulas Pétreas, a autoridade judicial tratou de conformar a norma jurídica [inserta na sentença] com o ordenamento jurídico pátrio, validando-a pela Constituição Federal e aproximando-a "da sociedade, quando em sua essência, alinham-se aos princípios constitucionais a consciência social do julgador" (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 74).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, é preciso destacar que a presente pesquisa não buscou investigar o acerto [ou não] da conclusão alcançada pela autoridade judicial na expedição da norma jurídica [inserta na sentença prolatada nos autos da Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037], mas sim extrair os fundamentos, de fato e de direito, em que ela se assenta.

À luz do Direito Vivo, o direito não se encontra aprisionado em códigos, nos tribunais, nas decisões judiciais, mas emana da sociedade como normas que, embora não positivadas, são observadas independentemente de coerção estatal, pelo que a observância da norma decorre da coação inserta na própria organização da qual o homem participa [v.g. reprovação moral perante o grupo]. Posicionando-se contrário ao monismo jurídico, Ehrlich admite que o direito não tem origem apenas no Estado, mas advém de fontes heterônomas e, por isso, defendia o pluralismo jurídico. A eficácia social do direito impõe a necessidade de observar a realidade social, o concreto, descrever os fatos. O direito não deve ser buscado unicamente na jurisprudência ou na letra da lei, mas também na observação da conduta humana, naquilo que o homem admite, aceita e cumpre como regra que lhe é imposta pela sociedade [e todas as organizações das quais faça parte], o que denominou de Direito Vivo.

Em Kelsen, forte no normativismo jurídico, para o direito a conduta humana só importa na medida em que prescrita, positivada, devendo o jurista partir do texto normativo para formular a norma jurídica, sem questionar valores axiológicos que antecedem sua elaboração e, por isso, a validade está ligada ao processo de sua formação, notadamente se cumpriu as formalidades previstas no ordenamento jurídico, sem perquirir se ela é certa ou errada, se é eficaz ou ineficaz, de modo que, com o empírico, com o agir humano como ele é, a ciência do direito não deve se preocupar.

Descritos os pressupostos de validade da norma à luz de cada teoria exposta [Teoria do Direito Vivo e Teoria Pura do Direito], fora realizado, a título ilustrativo, o cotejo de um caso concreto — uma norma jurídica [sentença] expedida por autoridade judicial — à luz dos referidos pressupostos, limitando o alcance da análise à investigação dos fundamentos utilizados pelo julgador e se estes poderiam [ou não] justificar a conformação de validade da norma pela teoria do Direito Vivo [vitalismo jurídico] e/ou pela Teoria Pura do Direito [normativismo jurídico].

Extraídos alguns dos elementos que fundamentaram a sentença prolatada, entre eles a acentuada descrição da conduta humana exigível na comunidade em que o homem está inserido, os costumes locais e práticas habituais, os valores encartados em princípios e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, foi possível concluir, ilustrando no caso tratado, que uma norma jurídica pode encontrar conformação de validade tanto pelo vitalismo jurídico quanto pelo normativismo jurídico, em conjunto ou individualmente. No caso analisado, a autoridade judicial não negou vigência à lei, mas a aplicou nos limites exigíveis da realidade social e, especialmente, com respeito às garantias constitucionais.

Não cabe ao julgador, ainda que tomado pela boa intenção de conferir eficácia social à norma jurídica que encerra a prestação jurisdicional, desprezar o direito positivo e tomar um caminho singular, ao seu prazer, da observação do agir humano. Mas o contrário também parece verdadeiro, já que o magistrado não deve ser mero aplicador da letra pura da lei, desprovido de valores morais, indiferente aos anseios da sociedade e aos direitos fundamentais, pois a atividade judicante, à medida em que se limita ao texto puro da lei escrita, “deixa de lado a essência de sua existência, o povo” (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 74).

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da Teoria de Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Imprensa: Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 9–50, maio, 1979. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/823/768>. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADFP n. 153/DF, do Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Ministro Eros Grau, julgado em 29 de abril de 2010. Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico [DJe] 05 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120.678/PR, da Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Redator para acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 24 de fevereiro de 2015. Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico [DJe] 05 abr. 2015.

CARLOTTI, Danilo Panzeri. O debate entre Ehrlich e Kelsen: a convergência filosófica entre positivismo jurídico e sociologia do direito no começo do século XX. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, p. 2287–2303, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/20928/15309>. Acesso em: 13 maio 2023.

CASTRO, Jonathas Ramos de. Direito e modernidade: estudo sobre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. *Convenit Internacional (USP)*, v. 22, p. 51–60, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.hottopos.com/convenit22/51-60Jonathas.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

CUBAS JÚNIOR, José Raul. CELLA, José Renato Gaziero. Direito Vivo e Normativismo Jurídico: A ciência do direito e a validade das normas em Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. In: *II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino*, 2019, Rio de Janeiro (RJ). *Anais do II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino*. Florianópolis (SC): Conpedi, 2018. v. 1. p. 260–274. Disponível em <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/kshuec3y/p3284hyn/kN1MOE3yfl3Xev55.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

CUBAS JÚNIOR, José Raul; MACEI, Demetrius Nichele. Estatuto do Desarmamento: Um estudo de caso a partir de Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 59–79, 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/download/4809/pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

CUBAS JÚNIOR, José Raul; TEIXEIRA, Iverlei de T. M. Leitura Crítica do Papel do Juiz no Processo Penal. In: COSTA, Margarete Terezinha de Andrade (Coord). Direito e Sociedade: o paradigma do acesso à justiça. Curitiba: Ponto Vital, 2017, p. 55-77.

CUNHA, Ricarlos Almagro. Hermenêutica Jurídica em Kelsen. Apontamentos Críticos. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 180, p. 279-291, out. / dez. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176576>. Acesso em: 29 abr. 2023.

EHRlich, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Tradução de René Ernani Gertz; revisão de Vamireh Chacon. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986. Disponível em: <https://fiquesursis.files.wordpress.com/2011/09/eugen-ehrllich-fundamentos-da-sociologia-do-direito-1986.pdf>. Acesso em: 12 maio 2023.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Souza. O Debate Hans Kelsen X Eugen Ehrlich: A formação de duas disciplinas. Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 71, p. 913-928, dez.2022. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6171>. Acesso em: 27 maio 2023

HELENA, Eber Zoehler Santa; SANTA HELENA, Breno de Andrade Zoehler Santa. Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito: O jurista do século XX. Brazilian Journal of Development, v. 6, n. 8, p. 54436-54465, 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/14379>. Acesso em: 19 jun. 2023.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMA, Daniela de. Hans Kelsen: breve incursão biográfica e literária. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov. 2010.

LOSANO, Mario G. O Valor da Justiça na Obra de Kelsen. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 59, n. 2, p. 31-45, ago. 2014. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37561>. Acesso em: 25 mar. 2023.

MOREIRA, Júlio da Silveira. O Método na Sociologia do Direito: Ehrlich visitado por Pachukanis. Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, Ciudad de México, n. 35, p. 215-249, jan./jun. 2013. Disponível em:

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/40806>. Acesso em: 20 maio 2023.

ROBLES, Gregório. A polêmica entre Kelsen e Ehrlich sobre a natureza da ciência jurídica. Revista Panoptica, Vitória, v. 7, n. 1, p. 1-14, jul. 2012. ISSN 1980-7775.SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Vara Criminal da Comarca de Joaçaba. Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037. Porte ilegal de arma de fogo. Autor: Ministério Público de Santa Catarina. Julgador: Juiz de Direito Marcio Humberto Bragaglia. Joaçaba, julgado em 16 de janeiro de 2018. Diário da Justiça Eletrônico [DJe] 17 jan. 2018, n. 2739, p. 458-459. Extrato disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/dje-consulta/rest/diario/caderno?edicao=2739&cdCaderno=3>. Acesso em: 26 mar. 2023

SGARBOSSA, L. Reflexões Ontológicas e Epistemológicas sobre o campo jurídico. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ - Rio de Janeiro, n. 29, p. 158-174, jun. 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/14107>. Acesso em: 27 maio. 2023.

SILVA, Evanuel Ferreira; DAMASCENO, Epifânio Vieira. A classificação das ciências segundo Hans Kelsen: os princípios de causalidade e imputação. Revista de informação legislativa: RIL, Brasília, v. 53, n. 209, p. 329-342, jan./mar. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p329.pdf. Acesso em: 16 jun. 2023.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A natureza da ciência jurídica: a polêmica entre o normativismo de Hans Kelsen e o sociologismo (hermenêutica do direito vivo) de Eugen Ehrlich. Revista Direito em Debate, Ijuí: Ed. Unijuí, v. 12, n. 20, p. 115-135, jul./dez. 2003. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadir_eitoemdebate/article/view/740. Acesso em: 12 maio 2023.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. Pluralismo jurídico clássico: a contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch. Revista Direito, Estado e Sociedade - PUC-Rio, Rio de Janeiro, v. 47, p. 108-127, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo05n47.pdf>. Acesso em: 12 maio 2023