

REVISTA N.º 28**Ano 15, junho de 1994**

A validade das normas jurídicas

Tércio Sampaio Ferraz Jr. ()*

AS TEORIAS DA VALIDADE

O conceito de validade tem a ver com a noção de VALOR, cuja origem é econômica, não filosófica. Na filosofia ela entra por meio da chamada filosofia dos valores, para a qual estes são entidades (objetos) diferentes dos objetos reais, dos quais se dizem que são (no sentido de forma essencial e existência), ao passo que os valores VALEM (sua forma essencial não é um ser, mas um dever-ser, e sua existência se expressa por sua validade). O ser é, o valor vale, é sua fórmula consagrada. Por sua origem econômica, valores são, em princípio, relacionais: como o dinheiro para os valores econômicos, também os valores em geral são medidos, submetidos a padrões, valem mais ou menos. Dai, a princípio, sua relatividade (o que trouxe para a filosofia o problema da afirmação de valores absolutos, noção em si contraditória e cuja busca gera a angústia que antes mencionamos ao falar do direito natural _ item 4.2.6.). De algum modo, porém, desta relatividade segue o caráter relacional da validade: valer é sempre valer-para algo (medidas valem para, padrões valem para, os próprios valores valem para algum outro _ cf. Lask, 1923).

Em conseqüência, se dizemos de uma norma que ela vale, isto significa que ela existe EM RELAÇÃO A. A questão é saber em relação a que.

Alf Ross (1970), por exemplo, entende que a validade das normas jurídicas está relacionada com o comportamento da autoridade aplicadora (Ross fala, genericamente, nos tribunais). Validade é pois um conceito relacional que manifesta a experiência social de uma conduta como obrigatória: dizer que uma norma vale é dizer que ela é aplicada pelos tribunais com a consciência de sua obrigatoriedade. Pode-se dizer, num certo sentido, que Ross tem uma concepção semântica de validade: a norma é um signo que prescreve uma realidade comportamental e sua validade se verifica por uma relação signo/objeto, norma/comportamento de aplicação por parte dos tribunais.

Kelsen levanta uma objeção contra essa concepção: se a validade de uma norma só pode ser verificada pelo confronto do seu enunciado com a experiência de sua aplicação, então só poderíamos saber se uma norma vale DEPOIS de ocorrida a experiência. Ora, como dizer de uma norma que acaba de ser promulgada e da qual não se tem ainda nenhuma experiência de aplicação, que ela vale? Ross responde que validade expressa uma relação de PROBABILIDADE que cabe à ciência jurídica, como qualquer ciência empírica, demonstrar. Assim, a partir da investigação do comportamento usual dos tribunais e da sociedade em que atuam, da ideologia prevalecente e do sentimento de obrigatoriedade das condutas por ela gerado, é possível dizer também da norma recém promulgada que ela vale, isto é, que é alta a probabilidade social de que venha a ser aplicada. Esta explicação de Ross, no entanto, diz Kelsen, não é fecunda para a ciência (dogmática) do direito, que tem de informar se um norma vale ou não vale e não que um norma vale em certo grau de probabilidade. Que seria da decisão de um juiz, diríamos nós, que tivesse de condenar um réu pela primeira vez, após a promulgação de norma impondo a

pena de morte, com base numa probabilidade que, no correr do tempo, viesse a ser desmentida?

Na verdade, se admitimos que a sociedade estabiliza as expectativas de comportamento contra desilusões ou de modo cognitivo ou de modo normativo e que este último é, por definição, contrafático, a probabilidade não é uma boa explicação para a validade. Por exemplo, quando dirigimos, altas horas da noite, numa cidade como São Paulo, sabemos que a chance de os semáforos serem desrespeitados pelos motoristas é grande. Nossa expectativa de respeito a eles é estabilizada, socialmente, de forma cognitiva, quando aumentamos nossa cautela; normativamente, quando, apesar da probabilidade de desrespeito, dirigimos a noite na certeza de que, em face da norma que disciplina a conduta diante dos semáforos, é obrigação de todos parar diante do sinal vermelho. Espera-se a manutenção da expectativa de respeito independentemente da probabilidade de desrespeito. O motorista sabe que à noite muitos atravessam com o sinal vermelho, mas não faz daí a ilação de que à noite a norma vale menos que de dia; ele pode pensar que ela é, à noite, menos eficaz, mas não menos válida; se houver um acidente, à noite, ele poderá lastimar-se por não ter sido mais cauteloso, mas exigirá o cumprimento da norma do mesmo modo que de dia. Estabilização contrafática de expectativas significa estabilização sobre o não evidente: por mais que seja evidente que, à noite, semáforos sejam com certa probabilidade desrespeitados, isto é por mais que seja não-evidente a expectativa de respeito, esta é mantida normativamente. Neste sentido, normas garantem expectativas contrafáticas, o direito é expectativa estabilizada sobre o não-evidente (Luhmann, 1972).

Podemos entender, neste sentido, a explicação Kelseniana da validade: uma norma vale em relação a outra norma, que a antecede hierarquicamente. Pode-se dizer que sua concepção é sintática: a norma é um signo, meio para outro signo, e a relação signo/signo, norma/norma, é uma relação de validade. Identificar a validade de uma norma significa pois verificar sua relação de subordinação em face de outra norma. Por exemplo, a validade de uma norma legal se verifica por sua conformidade de subordinação em face da norma constitucional, das normas procedimentares para a sua edição etc. Validade nada tem a ver com a regularidade empírica dos comportamentos prescritos. O senso comum percebe isto intuitivamente: quando garotos estão jogando futebol e um deles, apanhado em impedimento, não obstante vai na direção do gol e chuta a bola nas redes, os demais gritam _ não valeu! Isto é o fato ocorrido (a bola na rede) não se confunde com a validade da ocorrência. Há uma distância entre validade e faticidade que até podem coincidir, sem que a segunda determine a primeira. Ou seja, quando dizemos que normas valem, que têm validade, estamos exprimindo relações que não se reduzem a relações com os fatos por elas normados.

Levanta-se contra Kelsen a objeção de excesso de formalismo. Ross (1970) acusa-o de reduzir a validade a uma categoria formal do pensamento. Para encontrar a validade das normas, diz ele, é preciso recorrer a uma hierarquia de normas, o que conduz Kelsen a uma norma básica _ GRUNDNORM _ acima da própria constituição, cuja função é outorgar-lhe validade, validando, assim, todo o conjunto. A norma básica ou norma fundamental é mera hipótese (do pensamento dogmático), desprovida de qualquer conteúdo ético ou empírico. Uma norma é válida no interior de um ordenamento válido, cuja validade repousa no postulado de que esta ordem possui validade. A explicação é idealista e formal: o ordenamento é válido porque teoricamente o postulamos como válido!

A posição Kelseniana revela, porém, um interessante aspecto da validade. Não é possível dizer, tomando-se isoladamente uma norma, se ela é ou não válida. Se validade é conceito relacional, ela só pode ser identificada num contexto de normas denominado ordenamento. Para escapar do formalismo de Kelsen, sem cair na posição de Ross, podemos recorrer a uma explicação pragmática, entendendo-se por isso a relação de um signo com seus usuários, ou seja, a validade da norma em relação ao seu emissor _ autoridade _ e seu receptor _ sujeito. Como vimos anteriormente, do ângulo pragmático, normas são entendidas como uma forma de comunicação, comunicação normativa. Como qualquer comunicação, também a normativa ocorre em dois níveis. Quem

comunica, envia uma mensagem consistente num conteúdo ou relato (não pisar na grama) e, simultaneamente, uma mensagem consistente na expectativa de como receptor recebe o relato: relação ou cometimento (PROIBIDO pisar na grama, isto é, veja isto como ordem). Esta relação, no caso da norma jurídica, é uma relação de autoridade, isto é, que espera confirmação, da autoridade descaracteriza a autoridade como tal. Ora, quando uma possível desconfirmação da parte do sujeito é por sua vez desconfirmada pela autoridade, que a ignora como desconfirmação e a toma como simples negação, dizemos que a norma ou comunicação normativa é válida. Para ser válida, porém, é preciso que a relação de autoridade esteja de antemão IMUNIZADA, isto é, é preciso que a autoridade esteja IMUNE contra a possível desconfirmação do sujeito. Esta IMUNIZAÇÃO se funda em outra instância, o que decorre da própria noção de autoridade. Afinal, nenhuma autoridade é autoridade em si, mas em razão de algum fundamento (reconhecimento social, inspiração divina etc). A imunização de uma norma jurídica repousa em outra norma. Portanto, uma norma é válida se imunizada por outra norma. VALIDADE expressa, pois, uma RELAÇÃO DE IMUNIZAÇÃO.

A validade ou relação de imunização de uma norma por outra norma não é, porém, como em Kelsen, uma relação formal ou sintática, mas uma relação pragmática. Envolve os usuários, suas possíveis reações e contra-reações. Também não é uma relação semântica, como em Ross, pois não exige uma correspondente probabilidade de aplicação, ou seja, para ser válida não depende desta probabilidade: ao contrário, sua probabilidade de aplicação é que depende de sua validade (se a norma não é válida, se não está imunizada por outra norma, sua probabilidade de aplicação pode ser mínima e até nula). A questão é, então, como ocorre a imunização e em que contexto.

Tomemos, por exemplo, os dispositivos constitucionais referentes às emendas à Constituição (Constituição de 1988, art. 60). Ali se diz que "A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal" e no parágrafo 4º está disposto que "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado". Suponhamos que MENOS DE UM TERÇO do Senado proponha uma emenda, acabando com a divisão do Estado brasileiro em estados federados. Admitamos que o Congresso delibere sobre esta proposta e a aprove e que a emenda seja promulgada. O jurista dirá que a norma constitucional resultante desta emenda não é válida. A invalidade resultaria, primeiro, de um vício formal (desrespeito ao quorum e segundo, de um vício material (desrespeito a matéria forma federativa). Ora, do ângulo pragmático, diríamos que a norma em questão não está imunizada pelas normas do art. 60. Isto porque a imunização de uma norma por outra ocorre quando a norma imunizante, por meio de seu conteúdo ou relato, neutraliza o cometimento ou relação de autoridade da norma imunizada contra uma possível desconfirmação, conferindo, dentro de certos limites, uma competência formal e material, os quais, no caso, foram desrespeitados. Pragmaticamente diríamos, pois, que a imunização da relação autoridade/sujeito de uma norma (cometimento), donde a sua validade, se dá, inicialmente, de modo CONDICIONAL. A imunização condicional tem a ver com a relação MEIO/FIM. Quando a norma imunizante, pelo seu relato ou conteúdo, neutraliza a relação autoridade/sujeito (cometimento) da norma imunizada, ao estabelecer, formal e materialmente, uma competência, o exercício da competência nestas condições é meio para atingir certos fins. Esta neutralização, isto é, este fazer com que eventuais desconfirmações do cometimento não sejam levadas em conta, torna a vinculação da autoridade aos meios independente do atingimento dos fins. Basta que ela se atenha aos meios para que a norma seja válida. Ou seja, a imunização pela condição desvincula meios e fins. Por exemplo, ainda que fossem justificáveis as intenções do Congresso, alcançadas ao promulgar a emenda, suas normas não seriam válidas. E, ao contrário se a as normas da emenda tivessem respeitado as condições (autoridade competente, procedimentos corretos, conteúdo conforme etc.) - digamos, uma emenda proposta por no mínimo um terço do Senado, reforçando a forma federativa ao garantir maior autonomia aos estados federados, embora este reforço não fosse atingido (os estados continuariam com a mesma autonomia), - as normas seriam, não obstante, válidas.

Vejam os um outro exemplo. O proprietário de uma casa, por estar irritado com seu vizinho, resolve construir uma falsa chaminé (pois é apenas ornamental) apenas para projetar, sobre a piscina daquele, uma sombra em certas horas do dia. A edificação do que lhe é inútil esta conforme os regulamentos administrativos e, em princípio, não fere o direito de vizinhança. O tribunal, no entanto, o condena a demolir a chaminé, argumentando que, embora não tenham sido ultrapassados os limites objetivos de seu direito, um direito não pode ser exercido com aquela finalidade. Teria ocorrido o chamado ABUSO DE DIREITO (cf. François Terré, 1991;355). A norma individual de condenação é válida. Sua validade decorre da suposição de que a norma legal que garante o direito de construir (v. Código Civil Brasileiro, art. 572) não tem por finalidade a maldade, a proteção do mero espírito vingativo. Nesse caso, a norma imunizante, por seu relato, neutraliza a relação autoridade/sujeito de uma norma imunizada contra possíveis desconfirmações, ao prescrever que, no conteúdo desta, certas finalidades sejam alcançadas (um objetivo moralmente legítimo, donde a condenação do abuso de direito). Ao contrário, seria inválida a norma individual se o abuso fosse acatado e a norma individual acabasse por proteger a maldade objetivada. Do ponto de vista pragmático falamos então de **IMUNIZAÇÃO FINALÍSTICA**.

Ocorrendo a relação de imunização de dois modos, condicional e finalístico, a validade será também condicional ou finalística. Na validade condicional, a norma imunizante, pelo seu relato ou conteúdo, neutraliza diretamente o cometimento (relação de autoridade) da norma imunizada, de tal modo que o relato ou conteúdo desta independe de fins a ser atingidos (o importante é que meios sejam respeitados, ainda que fins não sejam alcançados). Já na validade finalística, a norma imunizante, pelo seu relato ou conteúdo, imuniza a relação de autoridade ou cometimento da norma imunizada por meio da prescrição de fins que o conteúdo ou relato da norma imunizada devam atingir. Ao contrário da primeira, nesta se estabelece uma solidariedade entre meios e fins (é importante que os meios estejam adequados aos fins, no sentido de que estes sejam alcançados). Isto tem uma consequência importante para a verificação ou controle da validade das normas. A validade condicional exige uma técnica retrospectiva, isto é, para saber se uma norma vale condicionalmente, deve-se remontar à sua norma imunizante e à norma imunizada desta, até chegar à primeira norma ou norma origem. Já a validade finalística é prospectiva: para saber se uma norma vale, finalisticamente, é preciso verificar se os fins foram atingidos conforme os meios prescritos. De certo modo, o controle da validade condicional é mais formal e automático, enquanto o da validade finalística demanda uma consideração mais cautelosa de aspectos empíricos (verificação de se os fins foram atingidos). No direito contemporâneo, prepondera a validade condicional, embora ocorram também casos de validade finalística. Na medida, porém, em que se reconheçam íntimas relações entre direito e moral, deve-se reconhecer também que as duas formas de validade, na prática, ocorrem simultaneamente. Deste ângulo, por exemplo, uma constituição exige, como condição de validade, o respeito às competências estabelecidas para o ato de legislar (imunização condicional), entendendo-se o elenco dos direitos fundamentais como limites a essas competências conferidas ao legislador ordinário. Tais direitos, no entanto, também podem ser vistos como fins a ser alcançados por toda e qualquer norma legislada (validade finalística). Assim, por exemplo, a Constituição brasileira, no seu art. 5, prescreve: "Todos são IGUAIS perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à IGUALDADE, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: "(grifamos). Note-se que a expressão IGUALDADE é usada duas vezes. Na primeira, ela é condição, limite para o legislador ordinário. Na segunda, objetivo a ser atingido na implementação do Estado Democrático de Direito. Num caso, tem a ver com validade condicional das normas legisladas. No outro, com a validade finalística (sobre estes dois usos da IGUALDADE ver Ferraz Jr. 1989:31). Em suma, na prática analítica do direito, o jurista pode dar maior relevância a uma ou a outra forma de validade, mas não ignora a sua interpenetração. Por exemplo, quando o Direito Administrativo examina a validade dos chamados ATOS VINCULADOS, tende a pôr em relevo a validade condicional, entendendo-se por vinculado aquele que a lei impõe à autoridade sem lhe deixar margens de escolha ou opção; quando se trata de ATOS DISCRICIONÁRIOS, o relevo é dado à validade finalística, entendendo-se por discricionário o ato que a lei regula, conferindo à autoridade margens de liberdade diante do caso concreto. Exemplo de ato discricionário, a

autorização de porte de arma; de ato vinculado, a aposentadoria (sobre estes conceitos, cf. Bandeira de Mello, 1993:203).

NORMA FUNDAMENTAL OU NORMA ORIGEM, UNIDADE OU COESÃO DO ORDENAMENTO

Validade, do ângulo pragmático, enquanto relação de imunização do cometimento de uma norma pelo relato de outra (respectivamente, norma imunizada e norma imunizante) implica a neutralização da indiferença. Isto é, a indiferença não conta. Entende-se, nestes termos, o sentido da conhecida máxima jurídica: a ninguém é dado ignorar a lei (a ignorância da lei pode ser até um fato - quantas são as leis que o cidadão comum, de fato, ignora - não obstante, isto não conta, pois, em princípio, o cidadão não pode alegá-la para desculpar-se pelo seu descumprimento). A neutralização jurídica da indiferença não é um processo lógico, isto é, a validade de uma norma não se deduz da validade de outra. Como a relação de imunização condicional e finalística tem a ver com a relação meio/fim, desvinculados na primeira, solidários na segunda, o processo de validação é simultaneamente retrospectivo e prospectivo: ao mesmo tempo exige que se remonte regressivamente à origem e, progressivamente, que, da origem, se proceda ao desdobramento dos princípios nela contidos. No primeiro caso, a questão é: como se formam as hierarquias? No segundo: como atuam os princípios? Ora, nem a formação de hierarquias nem a atuação de princípios obedecem a critérios lógicos. Afinal, uma relação hierárquica é uma relação de superioridade e inferioridade, que a lógica não explica: as inferências lógicas se dão entre antecedentes e consequentes, mas antecedência não significa superioridade, nem consequência, inferioridade. Do mesmo modo, a atuação de um princípio não significa tomá-lo como antecedente para daí tirar consequências, mas sim projetá-lo como fim e direcionar-se para ele. Isto, obviamente, não exclui a possibilidade de uma lógica formal das normas. Significa, apenas, que a metodologia jurídica não é estritamente lógico-formal.

De um ponto de vista pragmático, é preciso considerar validade e imperatividade como conceitos diferentes, não redutíveis um ao outro, e o conceito de ordenamento como um sistema que admite não uma, mas várias hierarquias, o que elimina a hipótese de uma (única) norma fundamental e a correspondente concepção de unidade. A posição pragmática é de que uma norma pode ser válida e, não obstante, não ter império, isto é, força de obrigatoriedade, e vice-versa, ter império e não ser válida. Assim, uma norma tem imperatividade na medida em que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento independentemente do concurso ou da colaboração do destinatário, portanto, a possibilidade de produzir efeitos imediatos, inclusive sem que a verificação de sua validade o impeça. Por exemplo, pode ocorrer, como ocorreu no Brasil dos planos econômicos heterodoxos, que uma norma imponha, a partir de sua vigência, um índice de reajuste de salários que ignora parte do índice inflacionário do mês imediatamente anterior (caso da URP) o que será impugnado pelos trabalhadores por inconstitucionalidade, depois acatada pelos tribunais, sem que as empresas que cumpriram a norma venham a poder responsabilizar o legislador por eventuais prejuízos: para elas, trata-se de uma norma inválida que terá tido império. Ademais, a posição pragmática é de que o sistema do ordenamento, não se reduzindo a uma (única) unidade hierárquica, não tem a estrutura de uma pirâmide, mas uma estrutura circular de competências referidas mutuamente, dotada de COESÃO. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal recebe do PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO sua competência para determinar em última

instância o sentido normativo das normas constitucionais. Deste modo, seus acórdãos são norma cuja validade decorre de uma norma constitucional de competência, configurando uma subordinação do STF ao PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. Mas, como o STF pode determinar o sentido de validade da própria norma que lhe dá aquela competência, de certo modo, a validade da norma constitucional de competência do STF também depende dos seus acórdãos (norma), configurando uma subordinação do PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO ao STF.

A questão da distinção entre validade e imperatividade das normas e a questão da coesão do sistema, cuja estrutura é circular, estão relacionadas. As relações de validade, pragmaticamente, implicam a formação de séries normativas de subordinação, portanto hierarquias normativas, em que o cometimento de uma norma é imunizado pelo relato de outra e assim sucessivamente. Esta série culmina em uma primeira norma, não sendo, pois, infinita. Não é infinita porque o laço de subordinação não é causal, mas de imputação. Causalidade implica relações lineares que se prolongam indefinidamente nos dois lados da série: toda causa produz um efeito que é causa de outro efeito e assim por diante; e todo efeito provém de uma causa que, regressivamente, é efeito de uma causa, que é efeito de outra causa etc. Já a imputação é uma relação terminal: por exemplo, quando se imputa a alguém a responsabilidade por um crime pratica-se um corte na série causal, pois a responsabilização significa que deixamos de considerar as causas que conduzem alguém ao crime, tomando-as como condição inicial da série, interrompendo-se a regressividade. Se a regressão continuasse, a responsabilidade não estaria mais no ato de alguém, mas nas suas condições (por exemplo, na coação que alguém exercesse sobre outrem). Se esta série fosse ao infinito, jamais haveria responsabilização. Quando dizemos, pois, que a validade de uma norma significa a imunização de seu cometimento pelo relato de outra, estabelecemos entre elas uma subordinação, imputando à superior uma competência (e um princípio que se projeta sobre a norma subordinada). Nada impede que se repita a imputação para a norma superior, subordinando-a a outra norma superior. Mas a série deve ter um ponto final, sob pena de a subordinação perder sentido (uma competência levada ao infinito jamais se caracterizaria como competência, pois sua origem seria indefinidamente prolongada, não sendo possível determiná-la: ao infinito ninguém seria competente como ninguém seria responsável). Do mesmo modo, no outro lado da série também não se pode ir ao infinito, pois a responsabilidade seria transferida para um outro e deste para outro, ninguém sendo, afinal responsabilizado: igualmente, a competência tem de ter um ponto terminal sob pena de nunca viabilizar-se a execução (final) de uma decisão. O problema que resta é explicar quando e como interrompemos a série, tanto regressivamente (questão da norma-origem) quanto progressivamente (questão da decisão final).

Tomemos como exemplo o famoso julgamento do Tribunal de Nüremberg, após a Segunda Guerra Mundial. Um dos dilemas enfrentados pelos juizes estava no fato de que não havia normas superiores de Direito Internacional Penal que, à época, tipificassem o genocídio como crime, sendo, no entanto, aceito o princípio NULLUN CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE (não há crime nem pena sem prévia lei). Como então responsabilizar os criminosos nazistas?

O Tribunal definiu o genocídio como crime contra a humanidade e, para escapar ao princípio NULLUN CRIMEN, incoça-se a existência de certas exigências fundamentais de vida na sociedade internacional que implicariam a responsabilidade penal individual dos governantes e dos que executam as suas determinações (Lafer, 1988. A norma que previu os crimes contra a humanidade constou do art. 6, c, do Estatuto do Tribunal e acabou por se converter no momento inicial que conduziu à afirmação positiva de um Direito Internacional Penal. Princípio de uma nova série. Por ser norma-origem, não há como considerá-la válida, posto que validade exige relação de imunização, o que nos conduziria a postularlhe fosse superior, o que não é ainda assim norma? Certamente, posto que seu cometimento, relação autoridade/sujeito, está imune contra a indiferença. Se, porém, não é por subordinação a outra norma, como se explica esta imunização? Na verdade, o que ocorre não é propriamente uma imunização, mas uma situação de fato, um conjunto de circunstâncias favoráveis,

institucionalizada (goza do consenso presumido de terceiros) por meio de regras que não são normas, embora façam parte do sistema. Esta situação de fato, institucionalizada por regras, configura o que chamamos de imperatividade da norma. No exemplo em exame, a regra invocada é a de EXIGÊNCIAS FUNDAMENTAIS DE VIDA NA SOCIEDADE INTERNACIONAL, que permite o afastamento momentâneo de outra dessas regras, o princípio NULLUN CRIMEN (que retorna plenamente para as demais normas da série). Estas regras, pois, conferem à norma-origem IMPERATIVIDADE, isto é, possibilidade de impor um comportamento independentemente do concurso ou colaboração dos sujeitos e da verificação de qualquer forma de validade. Note-se que nem toda situação institucionalizada pelas regras, ou seja não são meras situações de fato, por exemplo, situações de força, que explicam as normas-origem são normas efetivas (ocorrem numa situação de fato favorável), dotadas de império e primeiras de uma série. Como não guardam nenhuma RELAÇÃO com qualquer NORMA antecedente, não são válidas, apenas imperativas, isto é, têm força impositiva. E as regras responsáveis por sua imperatividade são regras estruturais do sistema ou regras de calibração. Dai poder-se dizer que a imperatividade expressa uma relação de calibração, ou seja, uma relação não com outra norma, mas com uma regra de ajustamento.

A expressão REGRA DE CALIBRAÇÃO provém da Cibernética (Cube, 1967:23). Trata-se, por exemplo, uma máquina, como a geladeira. Para controle do grau de temperatura interna, seu maquinismo de produção de frio é regulado por um termostato: sem maquinismo de produção de frio é regulado por um termostato: sem ele, a geladeira iria esfriando o ambiente (sua finalidade) ilimitadamente, o que a levaria a uma disfunção. Para evitar isso, o termostato permite manter uma temperatura, de modo que, se esta cai abaixo de um limite ou sobe acima dele, o motor volta a produzir frio ou cessa de fazê-lo, respectivamente. Para produzir este efeito, estabelecemos um valor (por exemplo, 20 graus) chamado VALOR DE DEVER-SER, que o termostato "compara" com o valor real ou VALOR DE SER (temperatura abaixo ou acima de 20 graus). Nesse momento, se for abaixo, a produção de frio é retomada, se acima, é desligada. Estes valores, que compõem o termostato, não são propriamente elementos do motor (não operam o esfriamento), mas o regulam, isto é, determinam como os elementos funcionam, isto é, como eles guardam entre si relações de funcionamento. Eles fazem parte da estrutura de funcionamento da geladeira. Em suma, os valores de dever-ser e de ser correspondem a regras de calibração ou de regulação (regras estruturais) do sistema.

Pois bem, nossa hipótese é de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema). Como sistema, eles atuam num meio ambiente, a vida social, que lhes impõe demandas (pede decisão de conflitos). Para esta atuação ou funcionamento, as normas têm de estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre pela constituição de séries hierárquicas de validade, que culminam em uma norma-origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança no seu PADRÃO de funcionamento, o que ocorre pela criação de nova norma-origem e, em conseqüência, de nova série hierárquica. O que regula esta criação e, portanto, a mudança de padrão, são as suas regras de calibração. Graças a elas, o sistema muda de padrão, mas não se desintegra: continua funcionando. Esta mudança de padrão é dinâmica: o sistema vai de um padrão a outro, volta a um padrão anterior, adquire um novo, num processo de câmbio estruturais, cuja velocidade depende da flexibilidade de suas regras de calibração. Neste sentido, alguns sistemas são mais rígidos, outros o são menos. No exemplo do Tribunal de Nürenberg, o valor de dever-ser se estabelecia para evitar desvio de poder: não deve ocorrer a represália descontrolada de vencedores contra vencidos, e o valor de ser se percebia na constatação de uma possível impunidade em face das normas existentes: sem julgamento, os criminosos nazistas ficariam impunes. Assim, o padrão de legalidade, regulado pelo princípio - NULLUN CRIMEN - foi mudado para um padrão de legitimidade, regulado pelo princípio de exigências fundamentais de vida na sociedade internacional. Ambos os princípios são exemplos de regras de calibração de um ordenamento ou sistema normativo.

Os sistemas normativos jurídicos conhecem inúmeras regras de calibração, que não chegam a formar um

conjunto lógico. Mesmo porque, algumas constituem valores de dever ser, outras valores de ser. Portanto, postas umas ao lado das outras, elas mostram oposições de incompatibilidade. O princípio do NULLUM CRIMEN significa: nenhum crime sem norma prévia; o princípio das exigências fundamentais: algum crime sem norma prévia. As regras jurídicas de calibração não só estatuem relações dinâmicas de imperatividade, mas também surgem e desaparecem na História, e têm por fonte a jurisprudência dos tribunais (regras jurisprudenciais: a prova cabe a quem alega), a doutrina (regras doutrinárias: normas jurídicas constituem uma ordem escalonada), a política (regras políticas: o princípio da maioria), a moral (regras morais: o princípio da boa fé), a religião (regras religiosas: o princípio cristão da dignidade da pessoa humana) etc. Algumas desaparecem com o tempo ou, pelos menos, perdem expressividade e força, como a regra hermenêutica IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO, outras surgem, ganham força e até se sobrepõem a outras mais conhecidas, como é o caso do princípio do DISREGARD ou da desconsideração da pessoa jurídica para chegar à pessoa física que por detrás dela se esconde. Algumas passam a fazer parte do relato de normas, que as incorporam como seu conteúdo, como é o caso do princípio da moralidade no campo da administração pública (art. 37 da Constituição de 1988), o que lhes acrescenta à função calibradora a validade normativa, tornando o sistema do ordenamento ainda mais complexo.

Uma classificação das regras de calibração de um sistema normativo é uma tarefa difícil de ser realizada. Não só pela diversidade das suas fontes, mas também de suas funções. Dentre estas pode-se destacar a manutenção global da relação autoridade-sujeito num processo dinâmico em que novos conflitos pedem decisões e decisões engendram novos conflitos. Esta verdadeira estabilidade dinâmica nos permite dizer que os sistemas normativos são AUTOPIÉTICOS, isto é, sistemas cuja estabilidade se alimenta de si próprios tanto em face de perturbações externas quanto internas. Assim, por exemplo, quando no interior do ordenamento surge a configuração de um fato cuja relevância jurídica se reconhece mas para o qual não se encontra uma norma adequada (problema das lacunas), o sistema evoca uma regra de calibração segundo a qual é defeso ao juiz deixar de julgar sob o argumento de falta ou obscuridade da lei. Já uma perturbação externa, como um golpe militar, é estabilizada por uma conhecida teoria constitucional cujo efeito calibrador é significativo. trata-se da noção de soberania, capaz de superpor-se à realidade, forçá-la, simplificá-la, fazendo com que o Estado, enquanto unidade de domínio, mantenha-se numa situação de relações políticas e sociais efêmeras e cambiantes (Bobbio, 1986:132). A partir disso, distingue-se entre poder constituinte originário e derivado, entendendo-se o primeiro como um poder autônomo, inicial e incondicionado, reconhecido como fonte-princípio do direito que, uma vez exaurido seu efeito fundante, deixa à autoridade constitucionalmente instituída (poder derivado) a instauração de subseqüentes relações de subordinação. Tanto no exemplo das lacunas (perturbação interna) quanto do golpe militar (perturbação externa) o sistema é estabilizado por regras de calibração que permitem um câmbio momentâneo de padrão de funcionamento em troca de sua manutenção: de um padrão de legalidade passa-se a um padrão de efetividade, voltando-se, em seguida, ao padrão de legalidade. No caso da lacuna, em sistemas normativos que não preveem regras para o seu preenchimento - caso do ordenamento alemão -, o juiz é, não obstante, até autorizado a inventar uma norma, contra o princípio de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. No caso do golpe militar, as forças armadas assumem o poder supremo de legislar (soberania) para, ato contínuo, subordinar-se a ele.

Seria preciso, neste passo, uma consideração sobre o conceito de REVOLUÇÃO, posto que, pelo que foi dito, nem mesmo um golpe de estado significa, necessariamente, uma ruptura do sistema. Se entendemos por revolução uma ruptura do sistema normativo, ou seja, uma perturbação capaz de destruí-lo, do ponto de vista pragmático, revolução significa uma sobrecarga de informações, isto é, a entrada no sistema de normas que não conseguem ser calibradas como normas-origem, destruindo-se o próprio dispositivo regulador. Ou seja, com uma revolução, o sistema não troca de padrão de funcionamento, mas deixa de funcionar, possibilitando o aparecimento de um outro em seu lugar. Deste ângulo, revoluções não se confundem com meros golpes de estado ou atos de força que substituem a constituição vigente por uma outra, por eles estabelecida ou

estabelecida a partir de princípios deles emanados. Para uma visão Kelseniana, temos uma revolução, do ângulo jurídico, toda vez que muda a norma fundamental positiva do sistema (Vilanova: 1976). Para uma concepção pragmática, a revolução só ocorre se, com a mudança da constituição, mudar também a calibração do sistema. Neste sentido, são revoluções a Revolução Francesa de 1789, a Revolução Comunista na Rússia de 1917, a Queda do Muro de Berlim de 1990. Nesse sentido diz Miguel Reale (1972:137): "As doutrinas modernas sobre a REVOLUÇÃO estão mais ou menos acordes em reconhecer que não há revolução propriamente dita sem alteração no sistema de Direito Público, sem instauração de uma ordem nova COM MUDANÇA CORRESPONDENTE NA ATITUDE ESPIRITUAL DO POVO" (grifei).

Em suma, como sistemas dinâmicos, os ordenamentos têm uma alta mobilidade, neles tudo esta em movimento, donde decorre a dificuldade de operar com eles (tarefa da dogmática). Eles se comparam, enquanto sistema, a um jogo de futebol no qual não só os jogadores, a bola, os árbitros se movimentam, mas também as linhas do campo e as traves mudassem de posição. Cabe ao jurista, com base na ciência dogmática, operar a possibilidade do jogo. Para isso, ele necessita de conceitos operacionais dinâmicos, sem os quais os conflitos sociais seriam indecidíveis. Embora dinâmicos, estes conceitos têm de possibilitar alguma forma de estabilidade (estabilidade na mudança).

CONCEPTUALIZAÇÃO DOGMÁTICA DO ORDENAMENTO:

VALIDADE, VIGÊNCIA, EFICÁCIA E FORÇA

A questão da validade jurídica das normas e do ordenamento jurídicos é uma questão zetética, portanto uma questão aberta. Do ângulo dogmático, a questão é fechada. Por isso sua formulação é diferente. Ao invés de se perguntar QUE é validade e como se define a validade jurídica, pergunta-se pela identificação da validade das normas é, pois, uma questão de identificá-las no ordenamento brasileiro, alemão, francês, americano etc. A questão é tecnológica (ver supra 3.1). Nesse sentido, a validade das normas do ordenamento brasileiro não é definida, mas assinalada: cumpre ao dogmático mostrá-la e, se necessário, demonstrá-la. Uma definição (zetética) exige distinção entre validade e existência, entre validade de normas jurídicas e de outras normas, como as morais. Já a dogmática cuida de um ordenamento dado, distinguindo dentro dele os modos pelos quais a validade é, assim, a questão de saber QUANDO uma norma é reconhecida como válida para o ordenamento, A PARTIR de que momento, QUANDO deixa de valer, QUAIS os efeitos que produz e QUANDO e ATÉ QUANDO os produz, SE os produz mesmo quando não pode ser tecnicamente reconhecida como válida (problema da norma inconstitucional, por exemplo). Mas ao fazê-lo de forma genérica, o faz nos quadros de uma zetética analítica aplicada, de uma teoria geral do direito (ver supra 1.4). Nesta exposição, vamos pressupor uma teoria pragmática da validade.

Para a dogmática jurídica, para que se reconheça a validade de uma norma é preciso, em princípio e de início, que a norma esteja INTEGRADA no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida. Por exemplo, terminada a fase constitutiva do processo produtivo de normas legais, que ocorre com a sua sanção, temos uma lei válida. Sancionada a norma legal, para que se inicie o TEMPO de sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma diz-se, então, que a norma é vigente. VIGÊNCIA é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma (cf. Vasconcelos, 1978). Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade JÁ pode ser considerada imunizada,

sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que norma seja revogada. Via de regra, a vigência começa com a publicação. Mas pode ser postergada. Pelo artigo 1 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, uma lei começa a ter vigência em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, salvo se, na publicação for disposto de outro modo (por exemplo, vigência na data da publicação). Durante aqueles quarenta e cinco dias, a norma já é válida (já pertence ao ordenamento) mas não é vigente, ou seja, sua validade fica suspensa. Assim, nesse período, ela convive com normas que lhe são contrárias que continuam válidas e vigentes até que ela própria comece a vigor, quando, então, as outras estarão revogadas. A doutrina chama este período de VACATIO LEGIS.

Pelo exposto, validade e vigência não se confundem. Uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida. Os critérios dogmáticos de reconhecimento da validade não são os mesmos da vigência. Num ordenamento dado, os critérios de validade são diferentes, conforme o tipo de norma (norma geral, cumprido, conforme o caso, o processo prescrito para a sua produção, a norma se integra no ordenamento e se diz válida. Estes processos são, por sua vez, regulados por normas, as quais disciplinam a competência do editor (só o Congresso produz normas legais federais e só o presidente as sanciona, só o presidente produz decretos federais, etc.), a matéria de competência (por exemplo, a tipificação de um crime e a pena correspondente só pode ser objeto de norma legal - a chamada reserva legal), o momento em que pode ocorrer a edição (a Constituição não pode ser emendada durante o estado de sítio - Constituição Federal, art. 60 par. 1). A observância das normas de competência, de determinação do momento, constituem a chamada validade formal. A observância da matéria, a validade material. Note-se outra vez: como essas normas que permitem reconhecer que uma outra, delas decorrente, se integra no sistema, sendo válida, variam de ordenamento para ordenamento, a dogmática não discute a validade em geral das normas (objeto da zetéica), mas peculiar a um ordenamento. Já a vigência exige a observância de um critério: sua publicação. Este critério também está prescrito por uma norma do ordenamento, admitindo alguns sistemas, no entanto, as chamadas normas secretas, o que porém, via de regra, não é aceito nos quadros do chamado Estado de Direito, mas possível nos regimes autoritários.

Uma norma válida pode já ser vigente e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de efeitos. A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são de natureza fática, outros de natureza técnico-normativa. A presença de requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Esta adequação entre a prescrição e a realidade de fato tem relevância semântica (relação signo/objeto, norma/realidade normada). Efetividade ou eficácia social é uma forma de eficácia. Assim, se uma norma prescreve a obrigatoriedade do uso de determinado aparelho para a proteção do trabalhador, mas este aparelho não existe no mercado nem há previsão para a sua produção em quantidade adequada, a norma será ineficaz nesse sentido. Se a efetividade ou eficácia social depende de requisitos inexistentes de fato, a ausência deles pode afetar não a validade da norma, mas a produção dos efeitos, conforme conhecida regra de calibração (ad impossibilia nemo tenetur: ninguém é obrigado a coisas impossíveis). Discute-se, inobstante e nesse sentido, se a ineficácia social pode tornar inválida uma norma. Kelsen, por exemplo, chega a dizer que uma norma, sem um mínimo de eficácia, perde a validade (1960). A tese, contudo, não é tranquila na doutrina dogmática. Realmente, poder-se-ia argumentar com um exemplo: uma norma que determinasse a convocação de um cidadão para compor a mesa de apuração de uma eleição sem prever qualquer sanção para o seu não comparecimento, ocorrendo a ausência do convocado na data especificada, deveríamos dizer que aquela norma não teria tido e não mais poderia ter nenhuma efetividade, faltando-lhe o mínimo de que fala Kelsen; estaríamos, nesse caso, diante de uma norma estabelecida corretamente pela autoridade (válida) que, por aquela razão, não seria válida? teria a autoridade editado validamente uma norma não válida? teria a autoridade editado validamente uma norma não válida? Cremos,

destarte, que a ineficácia de uma norma, a ausência de um mínimo de efetividade, não afeta a sua validade, pois a norma editada entrou para o ordenamento, ainda que nunca tivesse produzido efeitos. Por outro lado, a mesma doutrina reconhece que, se uma norma ficar sem observância e sem aplicação por longo tempo, ela entra em desuso, podendo-se falar na perda do seu sentido normativo: uma norma que proibisse o uso de camisas verdes em recintos oficiais (decorrência da proscrição política do Integralismo, em 1937, que tinha a camisa verde como símbolo) e que nunca tivesse sido revogada, teria hoje ainda validade?

A eficácia social ou efetividade de uma norma não se confunde, porém, com a sua observância. A obediência é um critério importante para o reconhecimento da efetividade, mas esta não se reduz à obediência. Existem exemplos de normas que nunca chegam a ser obedecidas e, não obstante, podem ser consideradas socialmente eficazes. São normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam um insuportável tumulto social. Sua eficácia está, por assim dizer, em não serem obedecidas e, apesar disso, produzirem o efeito de uma satisfação ideológica. É o caso da orna constitucional sobre o salário mínimo que prevê para ele um valor suficiente para atender as necessidades vitais do trabalhador e de sua família com moradia, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (Constituição de 1988, art. 7, IV); nas condições brasileiras atuais, a lei salarial não atende ao valor exigido pela Constituição que, se atendido, certamente levaria a um tumulto nas relações econômico-sociais; mas a norma constitucional produz, não obstante, um efeito ideológico simbólico: a Constituição GARANTE o salário mínimo!

Não se reduzindo à obediência, a efetividade ou eficácia social tem antes o sentido de SUCESSO normativo, o qual pode ou não exigir obediência. Exigindo obediência, deve-se distinguir, presentes os requisitos fáticos, entre a observância espontânea e a observância por imposição de terceiros (por exemplo, sua efetiva aplicação pelos tribunais). Uma norma é, assim, socialmente eficaz de modo pleno se não for observada nem de um modo nem do outro. Doutra maneira será parcialmente eneficaz. Esta distinção tem conseqüências práticas. Se ocorre inobservância espontânea, mas os tribunais continuam aplicando, o jurista deverá investigar se os requisitos fáticos ainda existem ou se ainda têm algum sentido social relevante (veja-se, a propósito, em nossos dias, a discussão em torno da descriminalização do porte de drogas). Pode, no entanto, suceder o contrário: existe observação espontânea, mas, em caso de conflito, as partes não procuram os tribunais, preferindo a chamada composição amigável. Nesse caso, a ausência dos requisitos fáticos pode estar do lado da impositividade por terceiros (morosidade da Justiça, por exemplo). Por todos esses motivos percebe-se que a efetividade das normas é variável e pode ser graduada.

Uma norma também se diz eficaz quando estão presentes certos requisitos técnicos. A dogmática supõe, neste caso, a necessidade de enlances entre diversas normas, sem os quais a norma não pode produzir seus efeitos. Por exemplo, a norma prescreve que crimes hediondos serão inafiançáveis, mas transfere para uma outra norma a definição de hediondo. Enquanto esta não existir, a primeira não poderá produzir efeitos. Fala-se, então de eficácia ou ineficácia técnica. A exigência destes enlances nos permite dizer que a eficácia técnica tem uma relevância sintática (relação signo/signo, norma/norma).

(*)Prof. USP

Dr. Universidade de Mainz - Alemanha.