

## O PROBLEMA DA VALIDADE DAS NORMAS ANTINORMATIVAS

RENATO MELILLO FILHO

Mestrando-CPGD/UFSC

Juiz de Direito

Sequência 16

A afronta a certas disposições legais pelo Governo do estado tem lançado inquietação no meio jurídico catarinense e no seio da população que vê, perplexa, desestabilizar-se a ordem jurídica tornando impossível o viver civil.

Preocupado com este estado de coisas, que vem se agravando dia a dia a ponto de próprio Secretário da Administração ter afirmado com toda convicção que basta o Executivo entender inconstitucional algum dispositivo legal para deixar de cumpri-lo (Entrevista a o Estado, edição de 11/04/88, p. 2), transiro aos leitores algumas reflexões feitas sobre o problema das normas antinormativas.

São válidas as sentenças e resoluções as leis inconstitucionais? Pode-se sustentar a validade de uma norma inferior que, pelo seu conteúdo ou pelo procedimento pelo qual foi instituída, não está de acordo com prescreve a norma superior?

Essa é a formação do problema central que suscitam as chamadas "normas antinormativas".

Se partimos do pressuposto de que cada ordenamento jurídico, organicamente estruturado, constitui "um todo fechado em si". Ou seja, um sistema lógico sem contradições, tal sistema unitário parecia destruído, ou ao menos alterado, no exato momento em que se destacasse dentro dele a falta de correspondência lógica entre duas ou mais normas de grau diferente.

Uma primeira observação sobre esse fenômeno pareceria evidenciar claramente que as sentenças e resoluções contra legem e as leis inconstitucionais carecem por completo de validade; o que significa dizer que são intrínseca e originariamente nulas ou porque foram elaboradas contra o procedimento estabelecido pela norma superior ou porque contêm prescrições contrárias às normas que as fundamentam.

A análise, de um ponto de vista formal ou de um ponto de vista material (conforme o caso), que se realize sobre a mera correlação ou correspondência entre a norma superior e a norma inferior põe, efetivamente, em relevo uma contradição lógica entre ambas as estruturas consideradas isoladamente.

Hans Kelsen, porém, diz que essa contradição é só aparente. Na realidade, se ao invés de se correlacionar a norma "antinormativa" com sua norma superior, tal como essa se encontra estatuída, comparasse-a com outros preceitos gerais paralelamente implícitos no ordenamento jurídico, há que inferir-se que tal contradição não existe e que unidade do sistema não é destruída nem alterada.

Com efeito, a própria instituição, nas leis processuais, de recursos e de ações para o reconhecimento da inconstitucionalidade, demonstra com clareza meridiana que a ordem jurídica não só aceita a validade das sentenças e resoluções administrativas que estão de acordo com as normas gerais que as fundamentam, mas também a validade das que as contradizem, até que se opere sua derrogação.

A mesma situação ocorre quando as constituições ou as leis que se complementam, instituem e regulamentam instâncias e procedimentos para estabelecer a inconstitucionalidade de normas gerais que contradizem formal ou materialmente os preceitos de constitucionalidade de uma lei se não partisse do necessário pressuposto de sua validade.

"Se é possível - afirmar Kelsen - uma lei inconstitucional, ou seja, uma lei válida que contradiz as prescrições da constituição vigente, tanto pelo modo como foi aprovada, como pelo seu conteúdo, esse estado de coisas não pode ser interpretado a não ser da seguinte maneira: que a constituição não só quer a validade da lei constitucional, senão também - em certo sentido - a validade da "inconstitucional", de outro modo não se poderia falar de uma "validade" da última (kelsen Hans "La Teoria Pura

del Derecho". Ed. Losada, Buenos Aires, 1946, p. 121).

A tese que sustenta a validade de uma norma antinormativa até o momento formal de sua derrogação encontra, portanto, sua plena fundamentação lógica com a análise do próprio caráter e significação do que, hoje em dia, se entende por "recurso".

Se se considera a circunstância de que todo recurso, tem sempre, como procedimento técnico, uma função essencial de política normativa enquanto tende a evitar, mediante uma decisão congruente produzida em determinar instância, as eventuais consequências derivadas de uma norma antinormativa e lograr com isso, no plano dos fatos a situação prescrita pela norma de grau superior que não foi aplicada ou não foi de modo correto se conclui que tal finalidade só tem sentido, só se justifica logicamente como finalidade processual, ante a possibilidade da efetiva operatividade dessa norma antinormativa que se pretende derrogar.

Na verdade, é preciso observar que os recursos, com suas finalidades particulares, visam alcançar a justiça do caso. Esse é o fim subjetivo de todos os recursos, fim que pode ser atingido através da complementação das resoluções judiciais (aclaratória): sua revogação pelo próprio tribunal que as ditou (reposição); sua revogação por errônea interpretação dos fatos ou aplicação do direito (apelação); sua anulação por vícios no procedimento e sua subsequente substituição (nulidade); sua anulação por omissão ou errônea ou, ainda, defeituosa aplicação de normas constitucionais (inconstitucionalidade) sua anulação por errônea ou defeituosa aplicação da lei (cassação). Nessas diversas hipóteses, o objetivo do recurso é, para o litigante, a justiça do caso (fim subjetivo) e para a coletividade, a manutenção da ordem jurídica (fim objetivo). Em alguns casos, porém, o Estado busca e obtém a inalterabilidade da constituição ou das leis.

Como na grande maioria das instituições processuais, a regulamentação dos recursos exige o equilíbrio entre os seus fins, a justiça e a segurança jurídica; a primeira resulta da mais esta adequação da decisão com a previsão do ordenamento jurídico axiologicamente, em função dos fatos; a Segunda, resulta da inalterabilidade do resultado.

Pois bem, se se levar em conta que todo recurso, enquanto procedimento, consiste em uma série de atos normativamente determinados, seu sentido jurídico não pode ser outro que o de uma relação ou uma consequência de relação imputativas.

Posto que o que se pretende obter mediante a articulação de um recurso é a nulidade, reposição ou modificação de uma norma jurídica, a concreção de tais fins funciona, na relação jurídico-processual do recurso mesmo, como uma específica consequência jurídica. Deve ser imputada, nessa relação, a uma condição, e essa condição nada mais é que a "antinormatividade" da própria norma recorrida segue-se que a existência de normas antinormativas é admitida expressamente pelo mesmo ordenamento jurídico que posteriormente as vai derrogar. Kelsen esclarece que "o que se chama inconstitucionalidade da lei não é, portanto, uma contradição lógica em que se defrontam o conteúdo de uma lei com o conteúdo da constituição, mas sim uma condição estatuida pela constituição para a iniciação de um procedimento que conduz, ou à derrogação da lei - até então válida, e por isso, constitucional ou ao castigo de um órgão determinado". (Kelsen, Hans, ob. Cit. p. 122).

Surge, então, como núcleo do problema, a seguinte interrogação: Pode-se afirmar que não são válidas as normas jurídicas cuja existência está prevista pelo próprio ordenamento? Pode-se dizer que existe contradição lógica entre uma norma antinormativa e outra que expressamente a admite como condição para pôr em movimento de um recurso? É meridianamente claro que não. E tanto é assim, que se não se articula recurso algum contra uma sentença judicial, contra uma determinada resolução administrativa ou contra uma lei inconstitucional tais normas permanecem inalteradas da plena convalidação que lhes confere o princípio da coisa julgada e, o princípio da estabilização das normas administrativas; a Segunda, em virtude da convalidação que lhe dá sua própria eficácia.

Diferente, em contrapartida, é a situação das normas criadas por atos que são expressamente qualificados pelo ordenamento como "plenamente nulos" ou como "inexistentes". Nesta última hipótese não existe norma alguma já que essa "existência" está subordinada a uma série de circunstâncias factícias que a condicionam.

Não se pode, com efeito, caracterizar como "sentença judicial" ou como "resolução administrativa" as disposições normativas produzidas por sujeito que não têm o caráter de órgão de decisão judicial ou administrativa. Haveria, nesse caso, uma invalidação originária expressamente estatuida.

Kelsen defende uma solução para problema da fundamentação da validade das antinormativas: a da função convalidante da chamada "norma de habitação".

Afirma o renomado mestre, que toda lei contém não só o preceito de que as sentenças judiciais ou as resoluções administrativas devem Ter um determinado conteúdo ou serem produzidas em conformidade a certo procedimento, mas que contém também, concomitantemente, o preceito de que uma norma individual produzida de outra maneira ou com outro conteúdo deve valer até que seja derogada.

Se não se produz essa derrogação, ou porque as instâncias a que se recorrem se pronunciaram favoravelmente à sua validade ou até porque o legislador não prevê recurso algum para sua invalidação, então a norma de grau inferior adquire "mais força jurídica" que a de grau superior". Isso significa - anotar Kelsen - que a norma de grau inferior permanece válida apesar de seu conteúdo ser contrário à norma de grau superior. Não se pode apreender o sentido da norma de grau superior que determina a produção e o conteúdo da norma inferior, sem a determinação ulterior que aquela tomada para o caso de ser lesada a primeira determinação. A determinação da norma inferior pela superior tem por essa razão - mesmo na relação entre a lei e o ato judicial ou administrativo individual - o caráter de um preceito alternativo. Se a norma individual está de acordo com a primeira das duas alternativas, tem pleno valor; se está de acordo só com a Segunda, tem um valor medíocre, ou seja, pode ser derogada em razão de sua deficiência". (Kelsen, Hans. Ob. cit. p. 124).

É preciso que se advirta o caráter alternativo de Kelsen confere a uma norma de grau superior em sua relação de determinação com respeito a outra norma de grau inferior, exclui toda possibilidade de que esta, em caso de ser "antinormativa" ofereça uma efetiva contradição lógica com aquela. Pois a contradição que possa existir com o primeiro dos preceitos alternativos em que se resolve a estrutura da norma fundante, não implica uma contradição com toda a norma integralmente considerada.

Assim, pois, uma norma que seja expressa esquematicamente:

"Se A é, deve ser B", se apresenta, ao determinar a outra de grau inferior que nela se fundamenta, sob a forma de preceitos alternativos, a saber:

1º) Preceito Alternativo de determinação em concordância lógica:

(Se A é, deve ser B)

Toda norma de grau inferior que comande com essa alternativa tem plena validade.

2º) Preceito Alternativo de determinação em contradição lógica:

a. Contradição lógica com hipótese ou Condição estatuída pela norma explícita: (Se é Não A, deve ser B).

Toda norma inferior que esteja de acordo com esta alternativa é uma norma "antinormativa"; porém fica habitada, como válida até o momento em que opere sua derrogação. Se essa derrogação não se operar, a norma "antinormativa" adquire maior "força jurídica" que a norma fundante.

Assinale-se aqui que essa consideração logicista da validade das normas "antinormativas" se resolvem o problema do ponto de vista formal e só do ponto de vista meramente forma, não é, na verdade, suficiente para solucioná-lo em sua dimensão ontológica. Com efeito, se nos perguntarmos em virtude de que fundamento, devemos necessariamente pressupor que toda norma de grau superior se estrutura em sua função determinativa sob a forma de dois preceitos alternativos: um que estabelece a determinação em modo concordante com o prescrito explicitamente por aquela, e outro que a estabelece em modo contraditório, a análise logicista nada nos esclarece.

O entendimento Kelseniano a respeito desse fato, só nos diz que "o conhecimento normativo não tolera uma contradição entre duas normas de um mesmo sistema" ( Kelsen, Hans, ob. cit. p. 125).

Não nos diz, todavia, porque esse conhecimento não pode tolerar tal contradição. Ora, o problema tem que ser resolvido, definitivamente, não no plano lógico-normativo, em que a validade se opera, mas sim no plano existencial, em que essa validade se fundamenta.

Uma análise mais profunda e circunstanciada da questão põe, efetivamente em evidência, que os atos através dos quais se produzem as normas jurídicas são sempre atos humanos, - não esquecendo que são atos que se originam e se exteriorizam em um âmbito de liberdade não se pode de nenhum modo partir da suposição de que essa criação normativa deve se efetuar sempre necessariamente, em conformidade com o procedimento ou de acordo com o conteúdo prescrito pelas normas gradualmente superiores que impõe ou autorizam tal criação.

A própria dimensão gnoseológica da liberdade humana exige, em princípio, que se parta do pressuposto gnoseológico de que ela pode ser determinada, ou em conformidade ou em oposição a uma prescrição normativa. Não se poderia aprender em toda sua extensão o próprio sentido da normatividade se não se conferisse fundamental prevalência a esta dupla possibilidade da autodeterminação do homem. E já que, no caso que analisamos, a função de um órgão criador de normas jurídicas se manifesta em essência, como conduta humana, normativamente determinada, necessário é admitir, como inerente ao caráter desse órgão, a possibilidade de criar normas estejam em contradição lógica com as que regulam essa função ou determinam o conteúdo concreto com que ela deve operar.

Admitida esta suposição como necessária para o conhecimento de todo ato de produção normativa, onde deve ser buscado o elemento fundante da validade das normas antinormativas?

Parece-me evidente que é no próprio caráter do ato de normação.

Normar é regular, através de um ato de vontade, o comportamento humano. Regular, portanto, esse comportamento, não é toda coisa que ordená-lo de acordo com determinadas regras. Toda norma e todo sistema normativo determinam, assim um ordenado de agir. A ideia de ordenação preside, pois, permanentemente, todo ato de normação; não, porém, como uma noção transcendente desse ato, mas um critério imanente e inseparável dele mesmo: como sua própria atitude metódica. E porque todo ato de normação é uma tendência ao futuro para nele concretizar determinadas situações de valor, conclui-se que o valor "ordem" é o que, no primeiro plano, orienta o espírito quando este, ao normar regula um dado comportamento, pleno de outros valores.

Pois bem, se se reconhece que toda ordenação normativa só pode se manifestar como tal mediante a essencial função do tempo, já que unicamente através do acontecer é que as normas são cumpridas ou não, é inegável que tal ordenação se fundamenta em uma ideia de permanência temporal, em uma ideia de perdurabilidade de tais normas reguladoras. De outro modo não se poderia sustentar que as normas regulam ou ordenam, em um certo sentido, o comportamento humano; nem se poderiam sustentar através do acontecer.

Ora, se o Direito é um sistema, uma ordem coativa da conduta humana normativamente determinada, deve-se reconhecer como um dos fundamentos existenciais de sua própria validade, a função gnoseológica de uma ideia de perdurabilidade temporal das normas criadas através de sua dinâmica funcional pelos órgãos instituídos para a criação, até que essas normas sejam derogadas mediante procedimentos também instituídos.

O critério geralmente aceito, e o próprio Kelsen o reconhece, que a validade de uma ordem jurídica normativa, fundamenta-se, em última instância, em sua eficácia, ou seja, no efetivo acatamento que essa ordem tem no acontecer. Infere-se disso, com rigor, que tal acatamento pressupõe necessariamente um prévio reconhecimento de perdurabilidade, ou inalterabilidade, ao menos relativa, das normas que integram aquela ordem até o instante de operar-se sua derrogação.

Em um sistema de vida construtivo, como é o Direito, cuja normatividade regula não só o conteúdo e os modos de produção de suas próprias normas como também os pressupostos, oportunidades e instâncias que devem concorrer para a derrogação das mesmas; em um modo de vida tal, cuja finalidade é, precisamente, concretizar nos fatos as condições de justiça, de segurança, de equilíbrio, que tornem possível a convivência ordenada, essa ideia de perdurabilidade normativa convalida não só as normas criadas com o conteúdo e de acordo com o procedimento estatuído pelas de grau superior que as determinam, mas também as que contradizem a estas últimas de uma maneira ou de outra, até que se produza sua formal eliminação.

Assim considerado o problema, a chamada "norma de habilitação", que orgânica e consuetudinariamente instituída "habilita" como norma válida uma norma "antinormativa", se apresenta à análise cumprindo uma dupla função: por um lado, como estrutura normativa, representa o momento de enlace lógico-formal entre a norma por ela convalidada e o ordenamento jurídico, através da coincidência dessa norma com o segundo dos preceitos alternativos em que se resolve a norma fundante; por outro lado, como expressão de um ato de normação convalidante, representa o fundamento axiológico da validade da norma

antinormativa, enquanto é expressão da eficácia que esta adquire e da perdurabilidade temporal que essa eficácia implica na ordem que constitui.

Concluí-se, portanto, que a norma antinormativa deve ser cumprida até que, por decisão do Supremo Tribunal Federal, seja declarada inconstitucional e, nessa condição, excluída do mundo jurídico.

Qualquer outro entendimento subverte, sem qualquer sombra de dúvida, tanto a ordem jurídica como ordem política, necessárias para a vida em sociedade.