

© 1987 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 1988; 2. ed. 1994; 3. ed. 2001; 2ª tiragem
ISBN 85-224-2759-3

Foto da capa: Agência Keystone
Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Ferraz Junior, Tercio Sampaio,

Introdução ao estudo de direito : técnica, decisão, dominação / Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2001.

Bibliografia.

ISBN 85-224-2759-3

1. Direito 2. Direito – Estudo e ensino I. Título.

93-3637

CDU-340.11

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito : Introdução 340.11

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Cód.: 0505 50 067

Impresso no Brasil/Printed in Brazil

um jogo de futebol no qual não só os jogadores, a bola e 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, necessita de conceitos operacionais dinâmicos, sem os quais os conflitos sociais seriam indecidíveis. Embora dinâmicos, esses conceitos têm de possibilitar alguma forma de estabilidade (estabilidade na mudança).

4.3.2 **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. Em vez de perguntarmos *que* é validade e *como* se define a validade jurídica, perguntamos pela identificação da validade das normas de dado ordenamento. O problema dogmático da validade das normas é, pois, questão de identificá-las no ordenamento brasileiro, alemão, francês, americano etc. A questão é tecnológica (ver item 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 dado ordenamento, distinguindo dentro dele os modos pelos quais a validade de suas normas se apresenta. O problema dogmático da 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). Ao fazê-lo, porém, de forma genérica, o faz nos quadros de uma zetética analítica aplicada, de uma teoria geral do direito (ver item 1.4). Nesta exposição, vamos pressupor uma teoria pragmática da validade.

Para a dogmática jurídica, para reconhecermos a validade de uma norma, precisamos 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 (cf. Ferreira Filho, 1984:75-264), que ocorre com 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, 1978:316). Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunitizada, 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 a norma seja revogada. Em geral, a vigência começa com a publicação. Mas pode ser postergada. Pelo art. 1º 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 esse 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 legal, decreto, portaria, resolução, sentença etc.). De modo geral, cumprido, conforme o caso, o processo prescrito para sua produção, a norma integra-se no ordenamento e se diz válida. Esses processos são, por sua vez, regulados por normas, que 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, § 1º). A observância das normas de competência, de determinação do momento, constitui a chamada validade formal. A observância da matéria, a validade material. Note outra vez: como essas normas que permitem reconhecer que outra, delas decorrente, integra-se no sistema, sendo válida, variam de ordenamento para ordenamento, a dogmática não discute a validade em geral das normas (objeto da zetética), mas peculiar a um ordenamento. Já a vigência exige a observância de um critério: sua publicação. Esse critério também está prescrito por uma norma do ordenamento; no entanto, alguns sistemas admitem as chamadas normas secretas, o que, em geral, 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. Essa 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 esse aparelho não existe no mercado nem há previsão para 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, não obstante 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 (1960:10). A tese, contudo, não é tranqüila na doutrina dogmática. Realmente, poderíamos 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 seu não-comparecimento, ocorrendo a ausência do convocado na data especificada, deveríamos dizer que aquela norma não terá tido e não mais poderia ter nenhuma efetividade, faltando-lhe o mínimo de que fala Kelsen; estaríamos, nesse caso, diante de norma estabelecida corretamente pela autoridade (válida) que, por aquela razão, não seria válida?; teria a autoridade editado validamente uma norma não válida? Creemos, destarte, que a ineficácia de uma norma, a ausência de um mínimo de efetividade, não afeta 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, entra em desuso, podendo-se falar na perda de seu sentido normativo: uma norma que proibisse o uso de camisas verdes no recinto da Câmara Municipal (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 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 isso, podem ser consideradas socialmente eficazes. São normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam insuportável tumulto social. Sua eficácia está, por assim dizer, em não serem obedecidas e, apesar disso, produzirem o efeito de satisfação ideológica. É o caso da norma constitucional sobre o salário

mínimo, que prevê para ele um valor suficiente para atender às 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 isso, 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. Se o sucesso normativo exige obediência, devemos 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, então, socialmente ineficaz de modo pleno se não for observada nem de um modo nem do outro. Isto é, nem é observada pelo destinatário, nem os tribunais se importam com isso. No caso da norma que proibia cidadãos adentrarem o recinto da Câmara Municipal de camisa *verde*, a norma nunca foi revogada, mas perdeu o sentido da obrigatoriedade. Nem a cor verde tem mais a antiga conotação ideológica, nem a autoridade municipal se incomoda com isso. De outra maneira, será parcialmente ineficaz. Essa 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, 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, percebemos 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, nesse caso, a necessidade de enlaces 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 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 desses enlaces nos permite dizer que a eficácia técnica tem uma relevância sintática (relação signo/signo, norma/norma).

A eficácia, no sentido técnico, tem a ver com a aplicabilidade das normas como uma aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos. Como essa aptidão admite graus, podemos dizer que a norma é mais ou menos eficaz. Para aferir o grau de eficácia, no sentido técnico, é preciso verificar quais as funções da eficácia no plano da realização normativa. Essas funções podem ser chamadas de *funções eficaciais*.

Em primeiro lugar, normas visam impedir ou cercear a ocorrência de comportamentos contrários a seu preceito. Essa função eficaz tem o sentido de bloqueio das condutas indesejáveis, podendo denominar-se destarte *função de bloqueio*. Em segundo lugar, normas visam à realização de objetivo, que funciona como um *telos* programático. Essa função tem, pois, o sentido de programa a ser concretizado, o que permite chamá-la de *função de programa*. Por fim, normas visam à realização de um comportamento. Essa função tem o sentido de assegurar uma conduta desejada, razão pela qual a denominamos *função de resguardo*.

Nem todas as normas exercem, simultaneamente, a mesma função com o mesmo grau de intensidade. Uma norma de proibição, certamente visa bloquear um comportamento. A função de bloqueio é nela evidente e primária. A função de resguardo, nesse caso, é secundária, pois a conduta desejada é obtida por um raciocínio *a contrario*. Assim, por exemplo, a norma: “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano” (Código Penal, art. 129) tem por função cercear lesões corporais e, *a contrario sensu*, por força do princípio da legalidade, assegura a conduta de não provocar lesões corporais. Na mesma norma, de forma indireta, há também um *telos* objetivado na paz social e na integridade física de qualquer cidadão contra agressões. Outras normas há em que a função eficaz primária é assegurar uma conduta, caso em que a função de bloqueio é secundária e obtida *a contrario sensu*. Por exemplo, a norma: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (Constituição Federal, art. 5º, XXVII). Aqui a função de resguardo é primária e o cerceamento das condutas contrárias – função de bloqueio – exige outras normas que, v.g., proíbam a utilização de obra alheia sem a devida autorização do autor. Por fim, normas há em que a função de programa é primária, caso de muitas das chamadas normas programáticas, como por exemplo: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (Constituição Federal, art. 218). Nesse caso, a função de bloqueio é secundária e obtida *a contrario sensu* (O Estado pode deixar de incentivar e promover, mas não pode desincentivar), bem como a função de resguardo (como resguardar o direito do cidadão à ação do Estado?).

Para a concretização de função eficaz primária, a norma pode ou não depender de outras normas ou, delas prescindindo, pode admitir, no entanto, uma restrição por meio de uma futura norma que lhe reduzirá a eficácia. Quando a concretização da função eficaz é imediata, sem necessidade de outra norma, não podendo ser restringida, dizemos que a eficácia é *plena*: por exemplo, o art. 129 do Código Penal supramencionado. Quando, para a realização da função eficaz, há necessidade de outras normas, diz-se que a eficácia é *limitada*, caso, por exemplo, do art. 218 da Constituição Federal,

citado. Quando pode ser restringida, sendo plena enquanto não sobrevier a restrição, dizemos que a eficácia é *contida*, caso, por exemplo, da norma: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, art. 5º, XIII, da Constituição Federal (Silva, 1968:76). Em geral, quando a função eficaz primária é de programa, temos eficácia limitada, pois aquela função exige outras normas futuras para ser realizada. Já na função de bloqueio e de resguardo isto, em geral, não acontece na mesma extensão, ocorrendo mais freqüentemente casos de eficácia plena e contida. Como, porém, abstraindo-se de qual seja a função primária, todas elas estão presentes nas normas, conclui-se que a eficácia normativa, no conjunto, admite graus.

Por último, o termo *vigor*. Em geral, a doutrina toma *vigor* por *vigência* e vice-versa. Uma leitura atenta de textos legais exigirá, porém, uma sutil mas importante distinção. Por exemplo, o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil prescreve: “Não se destinando à *vigência* temporária, a lei terá *vigor* até que outra a modifique ou revogue” (grifamos). O texto relaciona claramente *vigência* ao aspecto temporal da norma, a qual, no período (de *vigência*) tem *vigor*. Ora, o *vigor* de uma norma tem a ver com sua imperatividade, com sua *força vinculante*. Tanto que, embora a citada regra da Lei de Introdução determine o *vigor* da norma até sua revogação, existem importantes efeitos de uma norma revogada (e que, portanto, perdeu a *vigência* ou tempo de validade) que nos autorizam a dizer que *vigor* e *vigência* designam qualidades distintas da norma.

Assim, o art. 3º do Código Penal prescreve: “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua *vigência*.” A possibilidade de norma, não mais *vigente*, continuar a vincular os fatos anteriores sua saída do sistema, chama-se *ultratividade*. A *ultratividade* não significa que a norma permaneça válida, posto que, revogada, não mais pertence ao sistema. Tampouco resulta da eficácia, que significa, no sentido de efetividade, observância espontânea ou por imposição de autoridade ou, mais genericamente, sucesso na obtenção dos objetivos visados pelo legislador, e, no sentido técnico, possibilidade de produção concreta de efeitos, devendo-se, ao contrário, reconhecer que a eficácia é até conseqüência da *ultratividade*. Assim, é possível dizer que a *ultratividade* é manifestação do *vigor* da norma legal (Bittar Filho, 1992:29).

Em outras palavras, que uma norma tem *vigor* significa que ela tem força impositiva, não havendo, em princípio, como subtrair-se a seu comando, a seu império. *Vigor*, portanto, é expressão dogmática que manifesta a qualidade imperativa da norma, cuja força pode subsistir mesmo quando ela já não mais pertence ao sistema do ordenamento ou quando, declarada sua inconstitucionalidade por um tribunal supremo (no caso brasileiro, pelo Su-

premo Tribunal Federal) e não determinada a suspensão de sua eficácia pelo órgão competente (em nosso caso, pelo Senado Federal), continua a ser aplicada pelos tribunais.

Em suma, é possível dizer, diante do exposto, que uma norma pode ser válida, mas não ser ainda vigente (caso da *vacatio legis*); ser válida e vigente, mas não ter eficácia (tanto no sentido de efetividade, quanto de eficácia técnica); não ser nem válida nem vigente e, no entanto, ter força ou vigor, o que fundamenta a produção retroativa de efeitos (ultratividade), isto é, embora revogada, ela ainda conserva sua força vinculante e pode, por isso, produzir concretamente efeitos.

Resumindo, do ângulo dogmático:

1. validade é uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e conseqüente integração no sistema;
2. vigência é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada, ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração;
3. eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica);
4. vigor é uma qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império, independentemente da verificação de sua vigência ou de sua eficácia.

4.3.2.1 DINÂMICA DO SISTEMA: NORMA DE REVOGAÇÃO, CADUCIDADE, COSTUME NEGATIVO E DESUSO

Num sistema, dinâmico por definição, normas deixam de valer.

A questão de saber-se quando uma norma perde a validade, quando deixa de pertencer ao sistema ou é substituída por outra, tem uma relevância especial para a dogmática. É preciso conceituar operacionalmente a dinâmica.

Já mencionamos duas regras estruturais que regulam a dinâmica: a mais importante diz que uma norma perde a validade se revogada por outra. Essa regra especifica-se em três outras: a *lex superior* (a norma superior revoga a inferior na hierarquia), a *lex posterior* (a que vem por último, no tempo,

revoga a anterior) e a *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta tem de especial, a geral só revoga a especial se alterar totalmente o regime no qual está aquela incluída). Que significa, porém, *revogação*?

Revogar significa retirar a validade por meio de outra norma. A norma revogada não vale mais, não faz mais parte do sistema. Não fazendo mais parte, deixa de ser vigente. Revogar é, pois, fazer cessar interrompendo, definitivamente, o curso de sua vigência. Contudo, revogar não significa, necessariamente, eliminar totalmente a eficácia: pode ocorrer que uma norma tenha sido revogada, mas seus efeitos permaneçam. Por exemplo, a Emenda Constitucional nº 11, no Brasil, revogou os atos institucionais, mas manteve os efeitos produzidos por eles (quem teve seus bens confiscados continuou sem eles e não pôde pedi-los de volta, embora a Constituição vigente proibisse o confisco). A eficácia, aliás, não se revoga, *anula-se*, como veremos a seu tempo (anulam-se os efeitos da norma).

A revogação depende de uma norma: a norma revogadora. A norma revogadora, diz Kelsen (1979:84), é uma norma que tem por conteúdo o estabelecimento de um não-dever-ser. Ela não estabelece outra hipótese de incidência, outra *facti species*, apenas acaba com a validade da norma revogada. Daí se segue outra regra estrutural, a proibição da repristinação: uma norma *x* revoga a norma *b*; posteriormente uma norma *z* revoga a norma *x*; isso não faz com que a norma *b* volte a valer. A proibição da repristinação significa, pois, que uma norma revogadora não pode revalidar as normas antes revogadas pela norma que ela revoga.

A norma revogadora pode ser manifesta ou implícita. Ela é manifesta quando nela a autoridade determina a norma revogada declaradamente. É implícita, quando, numa nova disposição da matéria, não se determina a norma revogada declaradamente. Segue-se daí que a *revogação* pode ser (a) ou *expressa*, (b) ou *tácita*, (c) ou *global*. A revogação *expressa* exige uma norma revogadora *manifesta* que determina declaradamente qual a norma revogada: “fica revogado o art. *x* da lei *z*”, ou “fica revogada a lei tal”, isto é, todas as suas normas. A revogação *tácita* ocorre quando a norma revogadora é implícita e a revogação resulta da incompatibilidade entre a matéria regulada e as disposições antes vigentes: por exemplo, editam-se as normas *a*, *b*, *c* cujos dispositivos são *incompatíveis* (sobre incompatibilidade ver item 4.3.2.2.1) (cf. Ferraz Jr., 1978, v. 7) com o das normas *x*, *v*, *z*, sendo as primeiras normas revogadoras implícitas dessas últimas; muitas leis costumam terminar com o conhecido dispositivo: “revogam-se as disposições em contrário”, fórmula desnecessária, embora usual, que não se confunde com uma norma revogadora manifesta, tratando-se de norma revogadora implícita, pois não se indica a norma revogada. Por fim, a revogação *global* ocorre por meio de uma norma revogadora *implícita*, sem a necessidade de incompatibilidade, bastando que a nova norma, por exemplo, discipline integralmente uma ma-

téria, mesmo repetindo certas disciplinas da norma antiga. Assim, se viesse a ser promulgada uma lei geral das obrigações, ainda que esta repetisse muitas disposições do Código Civil e Comercial, todas elas ficariam revogadas, porque a matéria foi reformulada integralmente.

As distinções são importantes para a decidibilidade de conflitos, pois a dogmática reconhece, como regra estrutural do sistema, que as revogações expressas e globais não precisam ser demonstradas, mas a revogação tácita não se presume, exigindo-se a demonstração da incompatibilidade por quem a alega.

A norma revogadora, manifesta ou implícita, pode revogar *todas* as normas de um diploma normativo, por exemplo, de uma lei, ou apenas *parte* delas. No primeiro caso, ocorre revogação total; no segundo, parcial. Para distinguir os dois casos a dogmática fala em ab-rogação (revogação total) e derrogação (revogação parcial).

Uma segunda regra estrutural que regula a dinâmica diz que uma norma perde validade por ineficácia. Aqui é preciso distinguir diferentes casos. O primeiro é o da caducidade. Esta ocorre pela superveniência de uma situação, cuja ocorrência torna a norma inválida sem que ela precise ser revogada (por norma revogadora implícita ou manifesta). Essa situação pode se referir ao tempo: uma norma fixa o prazo terminal de sua vigência; quando este é completado, ela deixa de valer. Pode referir-se a condição de fato: uma norma é editada para fazer frente à calamidade que, deixando de existir, torna inválida a norma. Em ambas as hipóteses, a superveniência da situação terminal é prevista pela própria norma. Mas, do ângulo da decidibilidade, há diferença: quando a condição é dado certo (uma data), não há o que discutir. Quando envolve imprecisão, exige argumentação (por exemplo: quando deixa de existir a calamidade prevista, com todas as suas seqüelas?).

Diferente da caducidade é o desuso. Desuso não tem a ver diretamente com a superveniência de nova situação, mas com o comportamento dos destinatários da norma. A norma caduca porque as condições de aplicação por ela previstas não mais existem. Ela entra em desuso porque os destinatários não a cumprem, pois, diante da nova situação, não se sentem mais obrigados. O fundamento da caducidade é objetivo (a condição fática prevista cessou de existir). O do desuso é subjetivo (os sujeitos ignoram a norma). Por exemplo, a norma previa a proibição de pesca por meio de técnicas de alto custo; com a superveniência de novas técnicas, mais baratas, os destinatários se desinteressam pelas anteriores, que deixam de ser produzidas. Com isso, a norma se tornaria ineficaz e perderia a validade. Dizemos que ela teria perdido seu sentido de dever-se por desuso.

Por fim, temos o costume negativo. Trata-se de omissões que ocorrem diante de fatos que seriam condição de aplicação da norma. Ou seja, não obstante a previsão da ação como proibida sob certas circunstâncias, por exemplo: é proibido fumar em recintos fechados ou em veículos públicos –

cigarros estando à venda e, em meios de comunicação viária em pleno funcionamento, fuma-se. Essa é a noção também conhecida como *costume contra legem*.

Desses três tipos de cessação da validade, a caducidade não causa problemas; sendo admitida com tranquilidade pela doutrina dogmática. Já o desuso que, ao contrário da caducidade, não tem na própria previsão da situação razão que a torna inaplicável, cria alguma dificuldade. O exemplo da pesca é por demais óbvio. Há casos mais complicados que se verificam quando o pressuposto de aplicação da norma não é um fato natural, mas um dado da cultura, com sua carga emocional e valorativa. Por exemplo: uma norma que prescrevesse a proibição do uso de chapéu no recinto de aula teria cessado de valer quando este hábito (de usar chapéu, em geral) não mais existisse? Caso um aluno, nessa nova situação, usasse um chapéu em plena aula, poderia o professor aplicar a norma? Ou ela estaria invalidada por desuso? O caso do costume negativo é ainda mais difícil, posto que temos uma omissão generalizada, apesar da ocorrência das condições de aplicação da norma. Aqui o elemento valorativo e emocional é mais relevante ainda, pois teríamos que demonstrar uma incompatibilidade entre a norma e as instituições (ver item 4.1.3). Por essas razões, temos de admitir que a caducidade produz seus efeitos por mera verificação, mas o desuso e o costume negativo exigem *justificação*.

4.3.2.2 CONSISTÊNCIA DO SISTEMA

Quando falamos da revogação por incompatibilidade, tocamos num dos temas centrais da teoria do ordenamento: sua consistência. Por consistência deve ser entendida a incoerência ou a extirpação de antinomias, isto é, da presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente. De certa forma, já mencionamos a questão, ao falar de norma-origem, como aquela que principia nova série e que não se deriva de nenhuma outra porque, em relação a elas, é contraditória ou incompatível. Com isso, quisemos dizer que, do ponto de vista zetético, é possível discutir se a consistência do ordenamento é ou não como uma qualidade essencial de seu sistema. Não obstante, reconhecíamos que (ver item 4.3.1.3) a concepção do ordenamento como um sistema *unitário* e *consistente*, diríamos agora, é um pressuposto (ideológico) que a dogmática assume prevalecentemente. Por isso, a análise das *antinomias* normativas é um tema importante para a concepção do ordenamento.

4.3.2.2.1 Antinomia jurídica

O termo *antinomia* aparece já na antigüidade, por exemplo, em Plutarco e Quintiliano, mas seu sentido mais impregnante de relevância para o

4.3.3.4 ESTRUTURA E REPERTÓRIO DO SISTEMA E TEORIA DAS FONTES

Concluindo, a teoria das fontes, para conquistar certa coerência, deveria distinguir o repertório e a estrutura do sistema, o que não é feito pela dogmática tradicional. Se assim o fizéssemos, deveríamos dizer que a estrutura contém *regras* que nos permitem *identificar* certos fenômenos sociais como *fonte de normas*. Ou seja, a *noção de fonte* pertence à estrutura, não ao repertório. Isso posto, seria conveniente distinguir entre a razão jurídica (doutrina, princípios gerais do direito, equidade, analogia) como conjunto de regras estruturais, e as fontes *stricto sensu* como elementos do repertório, isto é, normas-origem do sistema (a lei, o costume, os atos negociais, a jurisprudência). Entre essas últimas, algumas são normas-origem gerais, outras são individuais (atos negociais e jurisprudência que, na estrutura do sistema anglo-saxônico, também produzem normas gerais e, na do sistema romanístico, só em casos muito excepcionais). As regras estruturais não são, assim, propriamente fontes no sentido da dogmática, mas respondem pela coesão global do sistema, ao qual conferem sentido geral de imperatividade (ver item 4.3.1.3), e são assim uma espécie de “fonte” de segundo grau.

4.3.4 Doutrina da irretroatividade das leis: direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada

Para completar esta exposição sobre o ordenamento como sistema dinâmico, faz-se mister uma consideração especial para os problemas do tempo na sucessão ou convivência de situações normadas. Trata-se de um tema em que, por assim dizer, se conjugam a concepção dinâmica e a concepção estática do sistema. É preciso enfrentar a questão da decidibilidade de conflitos no que diz respeito às situações subjetivas quando do câmbio de normas ou da simultaneidade da eficácia de normas em contradição. Por exemplo: uma obrigação firmada sob a vigência de uma lei e a ela conforme, alterando-se a lei ou sendo substituída por outra cujo conteúdo torna ilícito o objeto da obrigação, que sucede com esta? Prevalece? Não pode mais ser exigida?

Tais problemas constituem temas do que se poderia chamar de doutrina da irretroatividade das leis, a qual tem a ver com a teoria dogmática da incidência normativa. Com a expressão *incidência* propomos conceituar um fenômeno normativo simultaneamente estático e dinâmico. Normas incidem sobre a realidade: doam-lhe sentido e atuam sobre ela no tempo e no espaço. Incidência significa, pois, configuração atual de situações subjetivas e produção de efeitos em sucessão. A norma que é válida e começa a vigor pode estar ou não apta para produzir efeitos, para ter eficácia. Quando o efeito se

produz e a situação subjetiva se configura, dizemos que ocorreu a incidência normativa. Ora, pode suceder que a norma seja revogada e não produza mais efeitos. No entanto, a incidência da norma, isto é, a configuração da situação subjetiva efetuada permanece.

Em princípio, a norma válida vige a partir de sua publicação. Isto é, integrada no sistema, seu tempo de validade começa a correr. Simultaneamente, ela está apta a produzir efeitos. Ela é tecnicamente eficaz. Norma válida, vigente e eficaz, ela incide, isto é, configura situações. Validade, vigência e eficácia são, pois, condições da incidência.

Se a norma é inexistente (ver item 4.3.2.2) – nunca teve validade –, não se fala de incidência. Se a norma é nula (entrou no sistema, mas seus efeitos são desconsiderados *ex tunc*), nula terá sido sua incidência. Se a norma é anulável, sua incidência será levada em consideração até o momento em que seja requerida a anulação. Se não o for, a incidência aperfeiçoa-se e torna-se permanente. Note que estamos fazendo uma distinção entre eficácia e incidência: eficácia diz respeito à *possibilidade* de produção de efeitos; incidência refere-se ao efeito *produzido*.

Devemos distinguir entre a incidência de normas de competência e normas de conduta (ver item 4.2.2). Normas de competência conferem poder para estabelecer outras normas, qualificam certos atos sob certas condições como capazes de produzir certos efeitos. Entre o comportamento regulado e a norma de competência não há distância, posto que, sem a norma, o comportamento não tem nenhum significado. Assim, ter competência, capacidade, poder jurídico, ser sujeito de direito subjetivo são situações que só têm existência significativa no contexto normado.

Já as normas de conduta estabelecem linhas de ação, às quais imputam conseqüências. Conferem sentido a atos que subsistem independentemente delas em outros contextos. Ora, a incidência de uma norma de competência significa a aquisição do poder que ela confere (por exemplo, ser capaz para atos civis). A incidência da norma de conduta significa a consumação de um ato por ela previsto ao que se imputa a conseqüência (por exemplo, vender uma propriedade). Assim, a incidência da norma que disciplina as condições de capacidade para alguém alienar um imóvel é a aquisição da capacidade, o que ocorre tão logo as condições estejam preenchidas. A incidência de uma norma que fixa o dever de pagar o preço contra a entrega é a consumação do ato no prazo, exigindo, pois, a consecução de uma ação.

Em princípio, as normas têm vigência e eficácia futura a partir de certo momento. A eficácia da norma, porém, pode ser retroativa. Embora destinada à vigência para o futuro, nada impede que, em tese, a norma possa produzir efeitos no passado. Ou seja, a vigência é sempre *desde já* para o futuro; a eficácia é *desde já* para o futuro ou para o passado. Que sucede com a eficá-

cia retroativa de uma norma quando atinge efeitos já produzidos por outra norma?

Se se trata de normas legisladas, estamos diante da doutrina da irretroatividade das leis. Essa significa que a eficácia retroativa da lei nova, possível em tese, é inadmissível desde que a incidência da lei antiga tenha ocorrido plenamente. Ora, se a lei antiga contém *normas de competência* que estabelecem as condições em que alguém é considerado titular de direitos subjetivos, preenchidas estas condições, diz-se que o *direito está adquirido*, isto é, ocorreu a incidência no sentido de que o adquirente *está apto a exercê-lo* (Código Civil, art. 6º, § 2º). Assim, se alguém compra uma propriedade, tendo cumprido todas as exigências da lei e suas normas de conduta, uma lei posterior que venha a alterar as condições para alguém ser considerado proprietário (ser proprietário) não pode ter eficácia sobre o *direito adquirido* anteriormente (alguém que já é proprietário).

O *princípio do direito adquirido* não protege, porém, o sujeito contra os efeitos retroativos de uma lei no que diz respeito à incidência de novas *normas de conduta*. Assim, protegida a aquisição do *status* de proprietário (incidência perfeita da norma de competência), nada obstará que o *exercício* de certos atos correspondentes ao direito adquirido (por exemplo, alugar o imóvel objeto do direito adquirido de propriedade) venha a ser atingido por lei posterior que proíba, por exemplo, o despejo do locatário para subsequente locação por preço maior. Para isso existe o *princípio do ato jurídico perfeito*, isto é, o preceito segundo o qual o *ato* exercitado e consumado sob a norma de conduta da lei antiga não pode ser atingido pela lei posterior.

Note que são situações distintas reguladas por normas distintas: adquirir um direito significa tornar-se seu titular. Para isso foi preciso que se obedecessem às normas de conduta (que regulam a compra e a venda, por exemplo), a partir do que a situação de proprietário está configurada (conforme normas de competência). O princípio do direito adquirido protege a situação de titular já adquirida. Já o princípio do ato jurídico perfeito protege o titular que exerceu seu direito conforme normas de conduta (por exemplo, a locação consumada em um contrato perfeito e acabado). Em outras palavras, a situação de *ser* titular de um direito é regulada por normas de competência. A situação de exercer as faculdades correspondentes ao direito depende de normas de conduta. Para se vender um imóvel, é preciso *ser titular* do direito de propriedade (normas de competência), mas para *realizar* a venda é preciso conformar-se às normas de conduta que disciplinam o *ato* de vender. Uma lei nova pode alterar as normas de competência que regulam a situação de ser titular, mas isso não atinge o ato de vender, se já foi a propriedade adquirida na vigência da lei antiga. Ou seja, uma lei nova pode alterar as normas de conduta que regulam o ato de vender, mas não o atingem se o ato já foi consumado, sendo ato jurídico perfeito.

Pode acontecer, no entanto, que a situação de ser proprietário ou o ato de realizar a venda ou a locação sejam controvertidos. Leva-se o conflito à Justiça, que decide sobre ele. Essa decisão torna as relações inatacáveis. A sentença substitui, como título concreto, os poderes e as vinculações realizadas mas, até então, controvertidas. Diz-se que a sentença faz *coisa julgada*. O princípio da coisa julgada protege a relação controvertida e decidida contra a incidência da lei nova. Alterando-se por essa quer as condições de ser titular, quer de exercer os atos correspondentes, o que foi fixado perante o tribunal não pode ser mais atingido retroativamente.

A doutrina da irretroatividade da eficácia da lei nova conhece, no entanto, exceções. É o caso de uma alteração, por exemplo, na lei penal, que descriminaliza ato anteriormente considerado ilícito. A nova lei retroage, sua eficácia atinge a incidência da lei antiga, o ato já ocorrido e incriminado anteriormente por normas de conduta, não obstante anterior à nova lei, cessa de ser considerado ilícito. É a retroatividade *in bonam partem*.

No Brasil, o princípio da irretroatividade é delimitado constitucionalmente (Constituição de 1988, art. 5º, XXXVI, XL – lei penal –, art. 150, III, da lei tributária) e os §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil definem as noções de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Não obstante as definições legais, os conceitos envolvem dificuldades interpretativas que a dogmática enfrenta em face da decidibilidade de conflitos. Por exemplo, o § 1º do art. 6º reputa como ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Todavia, é preciso dizer *quando* ele se efetuou. Há atos que iniciam o processo de efetivação sob o domínio de uma lei e o continuam sob o domínio da lei nova. Como fica, por exemplo, um contrato que prevê o pagamento da prestação com correção monetária quando, no curso do prazo, a correção monetária se extingue? O mesmo se diga para a noção de direito adquirido (art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução): se um trabalhador, quite com suas obrigações previdenciárias, solicita sua aposentadoria por tempo de serviço e, nesse interregno entre o ato de concessão e o pedido, sobrevém uma nova lei que altera o tempo de 30 para 35 anos ou que acaba com este tipo de aposentadoria, teria ele já um direito adquirido? Se a resposta for afirmativa no sentido de que ele já tinha preenchido o requisito da lei antiga (30 anos), qual a diferença em face do trabalhador para o qual faltava apenas um dia para cumprir o requisito? Teríamos nesse caso mera expectativa de direito que não estaria protegida pelo princípio do direito adquirido?

A doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e reporta-se à concepção liberal do direito e do Estado.