

Tercio Sampaio Ferraz Junior



Introdução ao
Estudo do Direito
Técnica, Decisão, Dominação

3ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2001

© 1987 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 1988; 2. ed. 1994; 3. ed. 2001; 3ª 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

universais, sem os quais a trivialização do próprio direito positivo se revela uma conseqüência angustiosa e inquietante.

Por tudo isso, apesar do enfraquecimento operacional da dicotomia, apesar de ela ser pouco ou menos usada para descrever, distinguir, operar a decidibilidade normativa de conflitos, o problema do direito natural está por de trás de muitas das preocupações da ciência dogmática do direito, por exemplo, em sua tentativa de encontrar-lhe substitutos, isto é, princípios para-universais e para-consistentes, como o da legalidade, o do interesse público relevante, o da autonomia privada, o da responsabilidade fundada na liberdade etc. Tais princípios, que, no âmbito dogmático, trazem, às vezes oculta às vezes patentemente, a marca da relatividade, revelam, no fundo, a inquietação angustiosa do jurista contemporâneo.

4.3 TEORIA DO ORDENAMENTO OU DOGMÁTICA DAS FONTES DE DIREITO

Até o momento, nos quadros do modelo analítico, consideramos a norma em sua estrutura interna, buscando as correlações entre seus diversos conteúdos. A dogmática analítica, porém, tem de desempenhar outras funções. Não basta identificar os conteúdos normados para criar as condições de decidibilidade. Não é suficiente, pois, uma definição de norma jurídica no que se refere a sua estrutura, seus componentes essenciais. Ainda que eles estejam presentes em uma norma, isto ainda não quer dizer que estejamos diante de uma norma *jurídica* atualmente existente.

Veja, por exemplo, a seguinte situação: alguém vai estacionar o carro numa rua; o jornaleiro da esquina, incomodado pelo carro diante de sua banca, chega e diz ao motorista: "aqui é proibido estacionar". Nessa asserção, estão presentes o *funtor* (é proibido) e o relato ou conteúdo (a descrição da ação de estacionar). O vínculo relacional ou cometimento está adequadamente expresso pelo *funtor*: "é proibido", o qual mostra uma relação de autoridade. Todavia, qualquer um percebe que não se trata de uma norma jurídica. Se, porém, não é o jornaleiro, mas um guarda de trânsito que diz: "Aqui é proibido estacionar", a situação muda. O motorista percebe que está diante de uma norma jurídica.

A diferença entre as duas situações pode ser explicada pela distinção entre *prescrever* e *mencionar* uma prescrição. Quem prescreve *estabelece* a relação. Quem menciona *descreve* a prescrição. O guarda prescreve, o jornaleiro descreve. Kelsen capta essa diferença, distinguindo entre *norma* e *proposição jurídica*. Na primeira, ocorre a imputação de um comportamento. Na segunda, a imputação é descrita. A norma, diz ele, é válida. A proposição é verda-

deira. A norma pode não ser válida (o guarda pode estar indo além do que lhe compete pelas leis de trânsito). A proposição pode ser falsa: o jornalista pode estar enganado. Normas são válidas ou inválidas. Proposições são verdadeiras ou falsas. E validade não corresponde necessariamente à verdade. A norma pode ser válida: é permitido matar em legítima defesa, mas a proposição ser falsa: atacado por uma criança de 10 anos, é permitido matar em legítima defesa? O *sentido* da norma, que é válida, foi *descrito* de uma forma errada.

Isso, porém, ainda não é suficiente para caracterizar a norma jurídica existente. Suponhamos que, numa peça de teatro, o ator, vestido com a toga do juiz, proclame: em face da proibição legal de matar alguém, o réu está condenado a 20 anos de prisão. Os caracteres essenciais da norma estão presentes. Não está havendo menção (proposição jurídica), mas estabelecimento de relações de autoridade (prescrição). Não obstante, sabemos, intuitivamente, que não se trata de norma jurídica válida. A norma do juiz-ator tem até algo da validade, no contexto da peça teatral: a cena se passa em um país, e no país da peça, o crime de morte é punido com prisão. Que falta então?

A validade da norma não é uma qualidade intrínseca, isto é, normas não são válidas em si: dependem do contexto, isto é, dependem da relação da norma com as demais normas do contexto. O contexto, como um todo, tem que ser reconhecido como uma relação ou conjunto de relações globais de autoridade. Tecnicamente diríamos, então, que a validade de uma norma depende do *ordenamento* no qual está inserida.

4.3.1 Norma e ordenamento

A noção de ordenamento é complexa. Em princípio, um ordenamento é um conjunto de normas. O ordenamento jurídico brasileiro é o conjunto de todas as suas normas, em que estão incluídas todas as espécies que mencionamos ao classificá-las. No entanto, não apenas. Nele estão contidos critérios de classificação, como é o caso das classificações legais das coisas (Código Civil Brasileiro, arts. 43 ss) que organizam a matéria, esclarecem as relações de integração, mas não são normas, não constituem imposição vinculante e institucionalizada. Também nele se encontram meras definições (que não se confundem com as definições normativas, isto é, com a imposição compulsória de uma definição) como é, por exemplo, a definição de doação (Código Civil Brasileiro, art. 1.165): a definição constante do Código é uma orientação, mas que não decide inapelavelmente sobre o sentido, pois a lei pode ter fornecido uma noção que, observando-se o contexto em que se insere (o chamado *regime* jurídico), pode revelar-se ou como estreito ou demasiadamente abrangente. Descobrir se uma definição é compulsória ou não nem sempre é

tarifa fácil, provocando, às vezes, disputas doutrinárias. Há ainda os preâmbulos, exposições oficiais de motivos, em que o legislador esclarece as razões e as intenções pelas quais as normas foram estabelecidas. Nos preâmbulos, aparecem considerações de ordem avaliativa, nomeiam-se valores, indicam-se situações de fato etc. (veja, por exemplo o Preâmbulo da Constituição de 1988). A própria ordem em que os conceitos aparecem em uma norma é um elemento não normativo, indicando, eventualmente, uma preferência que não precisa ser vinculante. Por exemplo, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro prescreve: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." A ordem, na enunciação, pode ser uma orientação – primeiro se tenta a analogia, depois, os costumes e por último, os princípios –, mas ela não é compulsória, não estabelece impositivamente uma relação de superioridade da analogia sobre os costumes e destes sobre os princípios.

Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além de ser um *conjunto de elementos* normativos (normas) e não-normativos, é também uma estrutura, isto é, um *conjunto de regras* que determinam as relações entre os elementos. Note bem a diferença: uma sala de aula é um conjunto de elementos, as carteiras, a mesa do professor, o quadro-negro, o giz, o apagador, a porta etc.; todavia, esses elementos, todos juntos, não formam uma sala de aula, pois pode tratar-se de um depósito da escola; é a disposição deles, uns em relação aos outros, que nos permite identificar a sala de aula; essa disposição depende de regras de relacionamento; o conjunto dessas regras e das relações por elas estabelecidas é a *estrutura*. O conjunto dos elementos é apenas o *repertório*. Assim, quando dizemos que a sala de aula é um conjunto de relações (estrutura) e de elementos (repertório), nela pensamos como um *sistema*. O sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório. Nesse sentido, ordenamento é sistema.

4.3.1.1 ORDENAMENTO COMO SISTEMA DINÂMICO

Um ordenamento, como sistema, contém um repertório, contém também uma estrutura. Elementos normativos e não normativos (repertório) guardam relações entre si. Por exemplo, quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, estamos pensando em sua estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação. Essas regras não são normas jurídicas nem são *elementos* não normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento. Exemplo de regra estrutural é o princípio da *lex superior* (regra segundo a qual a norma que dispõe, formal e materialmente, sobre a edição de outras normas preva-

lece sobre estas em caso de contradição: as normas constitucionais prevalecem sobre as leis ordinárias), ou o da *lex posterior* (havendo normas do mesmo escalão em contradição, prevalece a que, no tempo, apareceu por último), ou o da *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta dispõe especificamente).

A filosofia e a teoria geral do direito contêm inúmeras divergências sobre a estrutura e sobre o repertório e, em consequência, sobre o próprio ordenamento. Assim, as teorias (zetéticas) do ordenamento ora estreitam o repertório, considerando elementos do ordenamento apenas as normas (Kelsen), ora reconhecendo nele normas, fatos, valores (Reale); do mesmo modo, a estrutura merece discussões, havendo quem lhe atribua um caráter lógico-formal (assim, de modo indireto, Kelsen, ao dizer que as normas manifestam um sistema pela concatenação lógica das proposições jurídicas com que a ciência do direito as descreve); ou veja na estrutura relações dialéticas (de implicação-polaridade – Reale (1969, v. 2:476)). Bastante importante é a questão do ordenamento como sistema unitário, isto é, sua concepção como repertório e estrutura marcados por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo. Esse princípio recebe em Kelsen o nome de *norma fundamental*, noção intuitivamente simples de ser percebida (se as normas do ordenamento compõem séries escalonadas, no escalão mais alto está a primeira norma da série, de onde todas as demais promanam), mas difícil de ser caracterizada (é a questão de seu estatuto teórico: é norma? é um ato ou fato de poder? é uma norma historicamente positivada ou uma espécie de princípio lógico que organiza o sistema?).

Para a dogmática analítica, ordenamento é um conceito operacional que permite a integração das normas num conjunto, dentro do qual é possível identificá-las como normas jurídicas válidas. Concretamente, seu repertório não contém apenas elementos normativos mas, como vimos, também não normativos. A decisão de incluí-los ou não na consideração do ordenamento como *sistema* é uma opção teórica cujo fundamento último é um problema *zetético*. Do mesmo modo, em sua estrutura concreta manifestam-se os mais variados tipos de regras e relações (algumas são regras empíricas, isto é, nascidas e percebidas na experiência como o princípio da soberania e a preeminência das normas estatais), outras são regras lógicas (como a exigência de coerência entre as normas), outras são expressões de valorações (como o princípio da *lex superior*) etc. Assim, a decisão de incluí-las como componentes da estrutura do ordenamento enquanto *sistema* é, igualmente, uma opção teórica de fundamento *zetético*.

A concepção do próprio ordenamento como *sistema* é, porém, uma tendência historicamente localizada na Era Moderna (ver item 2.4). A bem da verdade, podemos, por exemplo, falar do ordenamento jurídico na Roma Antiga, mas o *sistema* do Direito Romano é uma criação do século XIX. A cé-

lebre codificação de Justiniano, o *Corpus Juris Civilis*, não só não era um sistema, no sentido que lhe empresta a dogmática atual, como também sequer essa expressão era, então, conhecida (a palavra introduz-se no pensamento jurídico só no século XVI e torna-se um termo técnico no século XVIII, com grande repercussão no século XIX até nossos dias).

Em síntese, essas considerações iniciais permitem-nos a seguinte conclusão: o conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática; nele se incluem elementos normativos (as normas) que são os principais, e não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos etc.); sua estrutura revela regras de vários tipos; no direito contemporâneo, a dogmática tende a vê-lo como um conjunto sistemático: quem fala em ordenamento pensa logo em sistema.

O sistema de que falamos nesse passo tem, ademais, caráter dinâmico. A expressão *sistema dinâmico* provém de Kelsen e, em oposição ao estático (ver item 4.2.3), capta as normas dentro de um processo de contínua transformação. Normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações normadas. O sistema é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social. A dogmática capta o ordenamento, este complexo de elementos normativos e não normativos e de relações entre eles, de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade de conflitos. É preciso dizer, como vimos, se estamos ou não diante de uma norma jurídica, se a prescrição é válida, mas para isso é preciso integrá-la no conjunto, e este conjunto tem de apresentar contornos razoavelmente precisos: a idéia de sistema permite traçar esses contornos, posto que sistema implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora.

4.3.1.2 IDÉIA DE SISTEMA NORMATIVO E APARECIMENTO DO ESTADO MODERNO

A concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado moderno e o desenvolvimento do capitalismo. As primeiras manifestações de uma diferença entre entes privados comuns (sociedades religiosas, comerciais) e entes públicos datam da Idade Média e ocorre por duas razões profundas: as finanças e a guerra. De um lado, o crescimento em número dos homens livres altera o problema da organização e da gestão financeira da esfera pública. De outro, a complexidade da arte da guerra aumenta as exigências de organização e eficiência (razão pela qual até mesmo as organizações administrativas civis se orientaram sempre e largamente pela técnica das organizações militares e sua hierarquia). Não se

pode precisar exatamente quando nasce a forma *Estado*, no sentido moderno. Em todo caso, dela faz parte, desde o início, uma organização administrativa própria (o Estado, organismo burocrático), ao que se acrescenta a idéia de uma grandeza superior (o Estado, soberania).

Max Weber (1976:815) identifica o aparecimento do Estado com o desenvolvimento da burocracia ocidental, enquanto forma de dominação baseada na crença na legalidade, isto é, na organização *racional* de competências com base na lei, tendo em vista o princípio da eficiência. Já a noção de grandeza superior, presente nas primeiras teorizações de Maquiavel e Bodin, marca o Estado como poder-força, garantido pelo direito de soberania, pela afirmação de um poder central e unitário contra os poderes setoriais e particulares.

Na verdade, uma das características decisivas desse ente político abstrato, o Estado, separado e diferente dos entes individuais concretos, os cidadãos e suas organizações, é a noção de soberania. Esta, como um poder-direito do senhor já existia na Idade Média. Sua origem estava na relação concreta entre o soberano e o súdito, marcada por mecanismos de apossamento da terra. Por isso, até hoje, soberania e territorialidade são conceitos próximos. Ora, a partir do Renascimento, o crescimento das atividades mercantis, o intercâmbio com o Oriente, as grandes descobertas, afetam essa relação concreta do senhor sobre a terra e sobre os que nela vivem. Por meio do comércio, engendra-se uma nova forma de relação, que não é poder apenas sobre objetos, sobre bens, riquezas, mas poder também sobre o corpo e seus atos, poder sobre o trabalho. Trata-se de um poder – “poder disciplinar” – que, ao contrário da soberania medieval, é *mais contínuo e permanente*. Não pode ser alimentado por instrumentos apenas ocasionais, como taxas e impostos, mas necessita também, por de trás deles, um sistema de *delegações* contínuas e estáveis. O poder disciplinar confere à soberania (do Estado) um sentido mais abstrato, simultaneamente, mas racionalizável e duradouro. Antes, ela *emergia* do apossamento da terra e da riqueza. Agora, ela *constitui* a possibilidade de apossamento. O Estado serve ao desenvolvimento do capitalismo e à acumulação contínua e eficiente da riqueza.

Essa nova forma de soberania exige do Estado uma capacidade *gestora* dos bens comuns, em conseqüência, a idéia de cálculo, de arte econômica (economia política). Como nos mostra Foucault (1982:288), o crescimento populacional exigiu uma espécie de quantificação racionalizada da produção e do consumo social (estatística). As populações passam a ser, simultaneamente, o *sujeito* das necessidades, das aspirações, e o *objeto* nas mãos do governo. Assim, a soberania, antes uma relação externa entre o senhor e o súdito, toma agora a forma de um exercício interno de comando e de organização. Ela burocratiza-se. Multiplicam-se as agências estatais. O *direito*

de soberania transforma-se também num direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão.

Está aí a raiz do ordenamento visto como sistema dinâmico de normas. Esta dinâmica tem relação com o, anteriormente mencionado, “fenômeno da positivação” (ver item 2.5). A positivação, como dissemos, significou a institucionalização da mutabilidade do direito. Antes do século XIX, fazia-se uma diferença entre o velho e o novo direito, em termos diacrônicos: a prevalência de um sobre o outro dependia de fatores temporais e empíricos: qual veio antes, qual veio depois. Após o século XIX, a questão deixa de ser empírica, para colocar-se em termos de força vinculante: deixa de ser decisiva a precedência no tempo, para saber qual direito prevalece e revoga o outro. Ou seja, não se pergunta, *primariamente*, o que, quem, quando, em que circunstâncias, por que existe um direito, mas qual o direito que, no sistema, vale. A positivação significou, assim, a contingência de todo e qualquer direito que não apenas é *posto* por decisão, mas também *vale* por decisão. Isto é, com a positivação criou-se a possibilidade de uma manipulação de estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa: hoje, por exemplo, a rescisão imotivada e um contrato de locação é permitida, amanhã passa a ser proibida, depois volta a ser permitida, sendo tudo permanentemente reconhecido como *direito*, não incomodando a esse reconhecimento sua mutabilidade. A positivação, desse modo, assegura uma enorme disponibilidade de conteúdos ao direito: tudo é possível de ser normado, bem como enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito não depende mais do *status*, do saber, do sentir de cada um, embora, ao mesmo tempo, continue sendo *aceito* por todos e cada um.

Em suma, com a positivação ocorre uma radical reestruturação do direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, o costume, a razão, e passa, reconhecidamente, a basear-se na própria vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença: indiferença quanto ao que valia e passa a valer (aceita-se tranqüilamente a mudança), quanto à incompatibilidade de conteúdos (aceita-se a inconsistência e convive-se com ela), quanto às divergências de opinião (aceita-se a tolerância como uma virtude-chave) (cf. Luhmann, 1972, v. 2:1).

Ora, para fazer frente a essa enorme mobilidade, o pensamento dogmático precisaria de novos conceitos operacionais. Captar o direito como um todo homogêneo, enquanto um conjunto *estático*, foi uma tarefa possível graças a conceitos (estáticos) como as grandes dicotomias (direito público e privado, objetivo e subjetivo, positivo e natural). Era, porém, preciso também outro conceito, que permitisse à ciência jurídica concebê-lo em sua dinâmica. Esse conceito é o de *validade*.

4.3.1.3 TEORIAS ZETÉTICAS DA VALIDADE

O conceito de validade, de uma perspectiva zetética, relaciona-se 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 expressa-se 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. Daí, 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, dessa 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, v. 2:83; sobre Lask, cf. Ferraz Jr., 1976). Em consequência, se dizemos de uma norma que ela vale, isto significa que ela existe *em relação a*. A questão é saber em relação a que.

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, em certo sentido, que Ross tem uma concepção semântica de validade: a norma é um signo que prescreve uma realidade comportamental, e sua validade verifica-se por uma relação signo/objeto, norma/comportamento de aplicação por parte dos tribunais (sobre semântica ver item 4.2.2).

Kelsen levanta uma objeção contra essa concepção: se a validade de uma norma só pode ser verificada pelo confronto de 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, com base na 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. Essa explicação de Ross, no entanto,

diz Kelsen, não é fecunda para a ciência (dogmática) do direito, que tem de informar se uma norma vale ou não vale e não que uma 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 (ver item 4.1.2), 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 à 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. Esperamos 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. Nesse sentido, normas garantem expectativas contrafáticas, o direito é expectativa estabilizada sobre o não evidente (Luhmann, 1972).

Podemos entender, nesse sentido, a explicação kelseniana da validade: uma norma vale em relação a outra norma, que a antecede hierarquicamente. Podemos 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 verifica-se por sua conformidade de subordinação em face da norma constitucional, das normas procedimentares para sua edição etc. Validade não tem nenhuma relação com a regularidade empírica dos comportamentos prescritos. O senso comum percebe isso 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 va-

lidade 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 (1970:65) 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 única 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 (cf. Ferraz Jr., 1986: cap. 4), entendendo-se por isso a relação de um signo com seus usuários, ou seja, a validade da norma em relação a 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 a grama) e, simultaneamente, uma mensagem consistente na expectativa de como o receptor recebe o relato: relação ou cometimento (*proibido* pisar a grama, isto é, veja isto como uma ordem). Essa relação, no caso da norma jurídica, é uma relação de autoridade, isto é, que espera confirmação, admite negação, mas não suporta desconfirmação. A desconfirmação 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 *immune* contra a possível desconfirmação do sujeito. Essa *imunização* funda-se em outra instância, o que ocorre 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 nor-

ma 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 § 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 essa proposta e a aprove e que a emenda seja promulgada. O jurista dirá que a norma constitucional resultante dessa emenda não é válida. A invalidade resultaria, primeiro, de um vício formal (desrespeito ao quórum mínimo) e, segundo, de um vício material (desrespeito à 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) dá-se, inicialmente, de modo *condicional* (validade condicional). A imunização condicional tem a ver com a relação *meio/fim*. Quando a norma imunizante, por seu relato ou conteúdo, neutraliza a relação autoridade/sujeito (cometimento) da norma imunizada, ao estabelecer, formal e materialmente, uma competência, o exercício da competência nessas condições é meio para atingir certos fins. Essa neutralização, isto é, esse 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 se-

riam válidas. E, ao contrário, se 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 esse reforço não fosse atingido (os Estados continuariam com a mesma autonomia) –, as normas seriam, não obstante isso, válidas.

Vejam os outros exemplos. 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 que lhe é inútil está conforme os regulamentos administrativos e, em princípio, não fere o direito de vizinhança. O tribunal, no entanto, condena-o 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. 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 (ver 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 da 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, por 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 serem atingidos (o importante é que meios sejam respeitados, ainda que fins não sejam alcançados). Já na validade finalística, a norma imunizante, por 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 deva atingir. Ao contrário da primeira, nesta se estabelece uma solidariedade entre meios e fins (é importante que os meios estejam adequados aos fins, a fim 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 a 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, finalística-

mente, é preciso verificar se os fins foram atingidos conforme os meios pre-critos. De certo modo, o controle da validade condicional é mais formal e au-tomático, enquanto o da validade finalística demanda 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. À medida, porém, 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 qual-quer norma legislada (validade finalística). Assim, por exemplo, a Constitui-ção brasileira, em seu art. 5º, prescreve:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer na-tureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à se-gurança e à propriedade, nos termos seguintes.” (grifamos)

Note 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 esses 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 sua interpe-netração. 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 concessão de aposentadoria (sobre esses conceitos, cf. Bandeira de Mello, 1993:203).

4.3.1.4 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, nesses 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, isso não conta, pois, em princípio, o cidadão não pode alegá-la para desculpar-se por 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, proceda-se 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 conseqüentes, mas antecedência não significa superioridade, nem conseqüência, inferioridade. Do mesmo modo, a atuação de um princípio não significa tomá-lo como antecedente para daí ditar conseqüências, mas projetá-lo como fim e direcionar-se para ele. Isso, obviamente, não exclui a possibilidade de uma lógica formal das normas. Significa, apenas, que a metodologia jurídica não é estritamente lógico-formal.

O problema jusfilosófico da validade das normas envolve, assim, outras questões que compõem também o pano de fundo do quadro conceitual da dogmática. Se a validade é conceito relacional, surgem aqui duas novas questões: uma é saber como, de relação em relação, chegamos ao todo normativo como um conjunto globalmente vinculante; outra é saber se existe um ponto de Arquimedes no ordenamento, capaz de fundar a validade de todas as normas. A primeira é a questão da unidade do sistema; a segunda, de seu fundamento de validade.

Aqui também há diversas explicações teóricas (zetéticas). Para Kelsen, por exemplo, a norma impera, é *vinculante*, desde que seja *válida*. Esses conceitos são redutíveis um ao outro. Se a norma vale, impera. Se impera, é válida. Como, porém, para ele, validade é uma relação sintática entre normas, abstração feita dos conteúdos e dos usuários, as séries hierárquicas de validade (uma norma se apóia em outra e sucessivamente) nos conduz à hipótese de uma primeira norma, a norma fundamental. Esta é responsável pela validade de todas as demais e caracteriza, simultaneamente, o sistema como um conjunto de normas redutíveis a uma unidade. Só pode haver, por isso, uma única norma fundamental, sob pena de não termos um sistema. O problema, porém, é determinar o estatuto teórico dessa norma fundamental.

Para ele, se toda norma ou vale ou não é norma, a norma fundamental tem de possuir uma qualidade diferente. Ela não pode ser válida no mesmo sentido das demais. Se validade é conceito relacional, a primeira norma não pode *relacionar-se* a outra, pois não seria então a primeira. Assim, por exemplo, se dissermos que a sentença de um juiz (norma individual) repousa sobre as normas gerais de competência e de obrigação, e estas, sobre as normas constitucionais, em que repousa a validade destas? As normas constitucionais, como as demais, são postas por uma autoridade competente, diz ele. Contudo, para explicar sua validade, é preciso admitir uma norma que não é posta e que, por isso, não exige outra norma. Assim, a norma fundamental, diz ele, é *pressuposta*. Ela é pressuposta pela *razão* (dogmática), isto é, ela encarna, diríamos nós, o próprio princípio da inegabilidade dos pontos de partida. Essa norma aparece, então, como uma *condição* do pensar dogmaticamente o direito. A norma fundamental "prescreve", assim, que o jurista reconheça uma primeira norma posta como fundamento das demais normas postas e raciocine baseado nela (por exemplo, a norma estabelecida por revolução ou pelo povo ou pela tradição etc.). Em consequência, a norma fundamental pressuposta passa a ter uma espécie de validade que não é relacional: a validade das condições do próprio pensamento (Kelsen diz que ela é uma condição transcendental do pensar).

Hart (1961) propõe outra explicação. Também ele concebe o ordenamento como sistema dinâmico e unitário. Para identificar essa unidade e, simultaneamente, a validade das demais normas, é necessária uma norma de reconhecimento (ver item 4.2.2), isto é, de identificação de normas como pertencentes ao sistema (norma válida), que seja última na série. Essa norma última de reconhecimento, porém, não é válida nem inválida: ela simplesmente *existe*. Não é também nenhum pressuposto da razão, pois sua existência significa que ela é *usada* num determinado âmbito: o ordenamento jurídico de uma sociedade. Ora, se olharmos essa norma do ponto de vista *externo* (digamos, um teórico que *descreve* o ordenamento jurídico inglês), a norma última de reconhecimento aparece como um dado objetivo (os juizes, os legisladores usam aquela norma como ponto de partida). Se a olharmos do ponto de vista *interno* (por exemplo, o juiz quando aplica o direito, o cidadão quando o cumpre), essa norma aparece como uma regra que se assume.

Bobbio (1960:51) nos dá ainda outra explicação. Observando que Kelsen, com sua norma fundamental pressuposta, está buscando o impossível (uma validade não relacional), propõe ele que a norma última identifique-se com um ato de poder. A norma fundamental é a que é posta por poder fundante da ordem jurídica e sua característica é a efetividade ou o poder se impõe, ou não é poder fundante e não teremos norma fundamental. Desse ponto de vista, justifica Bobbio que, se qualquer norma é posta, nem toda norma é válida. Se um juiz estabelece uma norma, uma sentença, fora de sua

competência, houve positivamente, mas a norma não é válida. Quando subimos na hierarquia, porém, a distância entre a positividade e a validade vai estreitando-se até chegarmos àquele primeiro ato do poder, por exemplo, o poder constituinte, que, ao *positivar* a norma, já a estabelece como *válida*: não há mais distância entre uma coisa e outra.

Do 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 isso, não ter império, isto é, força de obrigatoriedade, e vice-versa, ter império e não ser válida. Assim, uma norma tem imperatividade à medida 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 ignore 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 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 estrutura de pirâmide, mas 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. Desse modo, seus acórdãos ou norma cuja validade decorre de uma norma constitucional de competência, configurando uma subordinação do STF ao *poder constituinte originário*. No entanto, 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 de 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. Essa 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 em suas condições (por exemplo, na coação que alguém exercesse sobre outrem). Se essa 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. Contudo, 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 outro e deste para outro, e ninguém seria, 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 Nuremberg, após a Segunda Guerra Mundial. Um dos dilemas enfrentados pelos juízes 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 *nullum crimen nulla poena sine lege* (não há crime nem pena sem prévia lei). Como então responsabilizar os criminosos nazistas? (para uma interessante discussão desse dilema, cf. H. Arendt, 19: Epílogo). O Tribunal definiu o genocídio como crime contra a humanidade e, para escapar ao princípio *nullum crimen*, invoca-se a existência de certas exigências fundamentais de vida na sociedade internacional que implicariam a responsabilidade penal individual dos governantes e dos que executam suas determinações (Lafer, 1988:169). 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, ela interrompeu uma regressão (que levaria à irresponsabilidade e à incompetência), devendo ser considera-

da *norma-origem* da série. Por ser *norma-origem*, não há como considerá-la válida, posto que validade exige relação de imunização, o que nos conduziria a postular outra norma que lhe fosse superior, o que não é o caso. No entanto, se não é norma válida, 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 imunização, mas situação de fato, conjunto de circunstâncias favoráveis, institucionalizada (goza do consenso presumido de terceiros) por meio de regras que não são normas, embora façam parte do sistema. Essa 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 outras dessas regras, o princípio *nullum crimen* (que retorna plenamente para as demais normas da série). Essas 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 que nem toda situação de fato favorável explica uma norma-origem, mas apenas aquela situação institucionalizada pelas regras, ou seja, não são meras situações de fato, por exemplo, situações de força, que exemplificam as normas-origem, mas sua institucionalização por meio de regras. Assim, 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. Daí podermos 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 de regras de regulação ou ajustamento de um sistema. Tomemos, 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 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 esse 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. Esses 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 que os ordenamentos ou sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas (repertório do sistema) que guardam entre si relações 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 essa 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 em seu padrão de funcionamento, o que ocorre pela criação de nova norma-origem e, em consequência, de nova série hierárquica. O que regula essa criação e, portanto, a mudança de padrão, são suas regras de calibração. Graças a elas, o sistema muda de padrão, mas não se desintegra: continua funcionando. Essa mudança de padrão é dinâmica: o sistema vai de um padrão a outro, volta ao padrão anterior, adquire um novo, num processo de câmbios estruturais, cuja velocidade depende da flexibilidade de suas regras de calibração. Nesse sentido, alguns sistemas são mais rígidos, outros o são menos. No exemplo do Tribunal de Nuremberg, 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 funcionamento do ordenamento penal internacional - padrão de legalidade, regulado pelo princípio *nullum crimen* - foi mudado para um padrão de legitimidade, regulado pelo princípio de exigências fundamentais e 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, 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, pelo 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 tarefa difícil de ser realizada. Não só pela diversidade de suas fontes, mas também de suas funções. Entre estas, podemos destacar a manutenção global da relação autoridade-sujeito num processo dinâmico, em que novos conflitos pedem decisões e decisões engendram novos conflitos. Essa verdadeira estabilidade dinâmica permite-nos dizer que os sistemas normativos são *autopoéticos* (Luhmann, 1987:307; Neves, 1992:273), 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). Com base nisso, distingue-se entre poder constituinte originário e derivado, entendendo-se o primeiro como 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 prevêem regras para 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 for-

ças armadas assumem o poder supremo de legislar (soberania) para, ato contínuo, subordinar-se a ele.

Tomemos um exemplo concreto da recente história brasileira. A Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, com base na Constituição de 1967, conforme a Emenda nº 1 de 1969, conferiu aos membros da Câmara dos Deputados e ao Senado o poder de se reunirem unicameralmente em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, terminando, assim, o período da Revolução de 1964. Nesse exemplo, a troca de padrão de funcionamento do sistema é extremamente sutil, posto que, aparentemente, o padrão legalidade não era rompido pela invocação do art. 48 da Constituição então vigente, que disciplinava o modo de sua alteração por meio de emendas.

Constituição de 67 – Emenda nº 1 de 1969, art. 48:

“Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em sessão conjunta do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas.”

O *relato* da norma em tela é composto de uma descrição da ação (que na doutrina costuma chamar-se *facti species*, hipótese normativa) – no caso, o modo da discussão, o quórum e a forma de sua verificação – e uma descrição das condições da ação, a proposta conforme o “artigo anterior”. O cometimento se localiza nas formas verbais “será”, “considerando-se” que caracterizam uma obrigação que limita a competência do artigo anterior. Tomando-se, para simplificar, o conjunto, temos de identificar aí também o emissor e o receptor que compõem a norma-comunicação.

Dentro do *padrão-legalidade*, o emissor da norma que autoriza emendar é um papel institucionalizado, denominado *constituente*. Seu receptor é também um papel institucionalizado, denominado *poder constituído*. Assim, se o receptor emendar a constituição conforme o relato da norma que autoriza emendar, temos uma nova norma – uma emenda constitucional – na qual o receptor da anterior é agora emissor, sendo receptores os emissores das normas da hierarquia inferior. Que acontece, porém, quando o receptor promulga uma emenda que altera o relato da norma que lhe confere competência? *Aparentemente*, ele cumpre a norma e engendra um paradoxo (serra o galho sobre o qual está sentado). Na verdade, porém, isso não ocorre. Por quê? Porque ao promulgar emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o receptor (poder constituído) se põe como emissor (poder constituente). Isto é, já não é a norma que autoriza os procedimentos de emenda que está sendo acionada, mas uma outra, com o mesmo relato, mas com outro emissor e outro receptor. É uma norma nova, uma norma-origem.

O padrão-efetividade está em uso no momento em que aparece a nova norma-origem. Daí para a frente, volta o padrão-legalidade.

Seria preciso, nesse 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 outro em seu lugar. Desse ângulo, revoluções não se confundem com meros golpes de estado ou atos de força que substituem a constituição vigente por outra, por eles estabelecida ou estabelecida com base em 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. Nesse sentido, são revoluções a Revolução Francesa de 1789, a Revolução Comunista na Rússia de 1917, a Queda do Muro de Berlim de 1990. Diz Miguel Reale (1972:137):

“As doutrinas modernas sobre a *revolução* estão mais ou menos acordadas 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*” (grifo do autor).

Ordenamentos, pois, constituem sistemas dinâmicos, *com vários padrões* de funcionamento, conforme a variedade de suas regras estruturais. Não são, assim, totalidades homogêneas, embora sejam todos *coesos*. O caráter imperativo ou vinculante de suas normas depende da coesão de sua estrutura, que pode ser rígida, flexível etc. Não há *uma* norma a conferir-lhe unidade, porque os ordenamentos contêm séries normativas plurais (ver item 4.3.3.1.3). A hierarquia legal, portanto, é *uma* das estruturas *possíveis* do sistema dinâmico, que pode, de momento para momento, assumir outros padrões (padrão-efetividade, padrão-legitimidade, padrão dos regimes de exceção etc.). O que explica, no direito moderno, a preponderância do padrão constitucional, fundado no princípio da legalidade, e que conduz a dogmática a pensar o ordenamento como um sistema *unitário*, é uma razão de ordem ideológica: a forte presença do Estado e a *concepção liberal do direito*.

Em suma, como sistemas dinâmicos, os ordenamentos têm alta mobilidade; neles, tudo está em movimento, de onde decorre a dificuldade de operar com eles (tarefa da dogmática). Comparam-se, enquanto sistema, a

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