

RICCARDO GUASTINI

Das fontes às normas

Editora Quartier Latin do Brasil

Rua Santo Amaro, 349 - CEP 01315-001

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: vendas@quartierlatin.art.br

Site: www.quartierlatin.art.br

Apresentação de

Helena Taveira Tôrres

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)*

Tradução de

Edson Bini

Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP

*Tradutor da obra *Ti-Ti, de Alf Ross**

Editora Quartier Latin do Brasil

São Paulo, inverno de 2005

quartierlatin@quartierlatin.art.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmáticos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

É o poder judiciário que funciona como garantia dos direitos diante de todos os outros poderes, mas não há nenhum problema de garantia dos direitos contra o próprio Poder Judiciário.

Evidentemente, essa técnica de garantia dos direitos é satisfatória enquanto se pensa na aplicação do direito de maneira formalista. Mas a mesma técnica deixa completamente de ser satisfatória caso se pense, ao contrário, que o poder de julgar é, também ele, um poder (em última análise) normativo e, portanto, um poder político. Se se reconhece – como agora quase todos reconhecem – que também o Poder Judiciário é um poder político, surge então o problema – inteiramente novo para o constitucionalismo – de inventar técnicas constitucionais apropriadas que garantam os direitos de liberdade contra o Judiciário.

XVII

CONCEITOS E CRITÉRIOS DE VALIDADE

1. 'VALIDADE' EM SENTIDO FRACO E 'VALIDADE' EM SENTIDO FORTE

Neste trabalho não estou interessado em discutir as diversas teorias da validade das quais está repleta a literatura filosófico-jurídica²⁴⁸.

248 Qualquer citação de Hans Kelsen é supérflua por conta da notoriedade de suas idéias a respeito. Cf. antes N. Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (Acerca do raciocínio dos juristas) (1955), em P. Comanducci/R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* (A análise do raciocínio jurídico. Materiais para uso dos estudantes), vol. II, Giappichelli Turin, 1989; H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (O conceito de direito), Clarendon, Oxford, 1961, cap. VI; A. Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (O conceito de validade e o conflito entre positivismo jurídico e jusnaturalismo) (1962), em A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio* (Crítica do direito e análise da linguagem), nos cuidados de A. Febbrajo e R. Guastini, Il Mulino, Bolonha, 1982; U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (O que é o positivismo jurídico), Comunità, Milão, 1965, cap. VII; C. A. Alchourrón/E. Buljgin, *Normative Systems* (Sistemas normativos), Springer, Viena, 1971; M. D. Farrell, *Hacia un criterio empírico de validez* (Rumo a um critério empírico de validez), Astrea, Buenos Aires, 1972; J. Raz, *Il concetto di sistema giuridico* (O conceito de sistema jurídico) (2ª ed., 1973), trad. it. aus cuidados de P. Comanducci, Il Mulino, Bolonha, 1977; N. Bobbio, *Per un lessico di teoria generale del diritto* (Para um léxico de teoria geral do direito) (1975), em R. Guastini (ed.),

O meu objetivo é propor uma análise – talvez menos gastosa – dos usos efetivos do vocábulo “validade” na linguagem comum dos juristas italianos contemporâneos²⁴⁹. Não nego que esta aná-

Problemi di teoria del diritto (Problemas de teoria do direito), U Mulino, Bolonha, 1980; E. Bulygin, *Sobre la regla de reconocimiento* (Sobre a regra de reconhecimento), em AA. VV., *Derecho, filosofía y lenguaje. Homajes a Ambrosio L. Gioja* (Direito, filosofia e linguagem. Homenagem a Ambrosio L. Gioja), Astrea, Buenos Aires, 1976; J. Raz, *Legal Validity* (Validade jurídica) (1977), agora em Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (A autoridade da lei. Ensaios sobre direito e moralidade), Clarendon, Oxford, 1979; E. Bulygin, *Time and Validity* (Tempo e validade), em A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic. Computational Linguistics, and Legal Information Systems* (Lógica deôntica. Linguística computacional e sistemas de informação jurídica), vol. II, North-Holland, Amsterdã, 1982; J. Wróblewski, *The concept of validity* (Três conceitos de validade), em “Revista trimestral de direito e procedura civil” (“Revista trimestral de direito e processo civil”), XXXVI, 1982; A. G. Conte, *Nove studi sul linguaggio normativo* (Nove estudos sobre linguagem normativa) (1967-1978), Giappichelli, Turim, 1985, caps. 3 e 5; C. S. Nino, *La validez del derecho* (A validade do direito), Astrea, Buenos Aires, 1985; E. Pattaro, *Lineamenti per una teoria del diritto* (Lineamentos para uma teoria do direito), CLUEB, Bolonha, 1985; E. Bulygin, *Validez y positivismo* (Validade e positivismo), em AA.VV., Segundo Congresso Internacional de Filosofia do direito. Comunicações, *Asociación Argentina de Filosofía del derecho*, La Plata, 1987, vol. I; A. G. Conte, *Mínima deontica*, em “Revista Internazionale di filosofia del diritto” (“Revista Internacional de filosofia do direito”), LXV, 1988; U. Scarpelli, *Validità* (Validade), em *Gli strumenti del sapere contemporaneo* (Os instrumentos do saber contemporâneo), UTET, Turim, extrato s.d.

249

A respeito pode-se consultar com proveito: C. Esposito, *La validità delle leggi* (A validade das leis) (1934), reimpr. Giuffrè, Milão, 1964; M. S. Giannini, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme* (A ilegitimidade dos atos normativos e das normas), em “Revista italiana per le scienze giuridiche” (“Revista italiana para as ciências jurídicas”), VII, 1954; V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti* (Hierarquia e competência no sistema constitucional das fontes), em “Revista trimestrale di diritto pubblico” (“Revista trimestral de direito público”), X, 1960; A. M. Sandulli, *Legge (diritto costituzionale)* (Lei [direito constitucional]), em *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, UTET, Turim, 1963; A. M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi* (O juízo sobre as leis), Giuffrè, Milão, 1967; F. Modugno, *L'invalidità*

lise possa valer, mais no geral (mas certamente com algum ajustete) para os usos lingüísticos dos juristas que operam no âmbito dos modernos sistemas jurídicos da *civil law*. Mas tampouco o sustento.

Para começar, deve-se observar que o vocábulo em questão está sujeito a um uso inconstante. A meu ver, na literatura dogmática são encontrados não menos do que dois conceitos de validade que é necessário distinguir. De momento, suponhamos que a validade seja uma propriedade de normas. Ora,

(a) Em sentido forte ou pleno, ‘validade’ significa “pertinência” a um sistema jurídico (*membership*): uma norma válida, dentro de um dado sistema jurídico, é uma norma que

della legge (A invalidade da lei), 2 vols., Giuffrè, Milão, 1970; A. Pizzornoso, *Delle fonti del diritto* (Das fontes do direito), Zanichelli, Bolonha, 1977, em especial pp. 236 e segs.; A. Ruggieri, *Gerarchia, competenza, e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative* (Hierarquia, competência, e qualidade no sistema constitucional das fontes normativas), Giuffrè, Milão, 1977; G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale* (A injustiça das leis. Estudos com base em modelos de justiça constitucional), Giuffrè, Milão, 1977; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale* (Lições de direito constitucional), 5ª ed., CEDAM, Pádua, 1984, vol. II, em especial pp. 178 e segs.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto* (As fontes do direito), ECIG, Génova, 1984, seção I; G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto* (O sistema constitucional das fontes do direito), UTET, Turim, 1984, em especial pp. 36 e segs.; F. Modugno, *Legge, Ordinamento giuridico. Piuttosto degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto* (Lei, ordenamento jurídico. Pluralidade dos ordenamentos. Ensaio de teoria geral do direito), Giuffrè, Milão, 1985; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto* (As fontes do direito), 2ª ed., ECIG, Génova, 1985, em especial pp. 10 e segs.; F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo* (Apostamentos para uma teoria geral do direito. A teoria do direito objetivo), Giappichelli, Turim, 1988, em especial pp. 102 e segs.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Direito e razão. Teoria do garantismo penal), Laterza, Bari, 1989, em especial pp. 348 e segs., 909 e segs. Por último, cf. também R. Guastini, *Due studi di teoria delle fonti* (Dois estudos de teoria das fontes), em “Annali Giurisprudenza Genova”, XXII, 1988/1989.

responde a critérios de identificação próprios desse sistema. Em todo sistema jurídico, os critérios de identificação das normas jazem nas meta-normas em fontes de produção, em critérios de solução das antinomias, etc.

(b) Em sentido fraco, 'validade' significa - para dizê-lo com Kelsen - "existência"²⁵⁰. Infelizmente, o conceito de existência, por sua vez, não é totalmente claro. Mas neste contexto uma norma existente é, muito simplesmente, uma norma que foi efetivamente criada, "posta", isto é, formulada e publicada (ou promulgada) por uma autoridade normativa *prima facie* competente²⁵¹.

Trata-se apenas de destacar como as duas coisas não coincidem. Por exemplo, adotando o sentido fraco de 'validade', no nosso ordenamento uma norma aprovada pelas Câmaras e promulgada pelo Presidente da República seria uma norma "válida", mesmo se, porventura, no processo de formação da lei, as duas Câmaras tivessem procedido de modo diferente do que está prescrito no art. 72 da Constituição, ou se a norma se revelasse, posteriormente, em oposição a um princípio constitucional. No sentido forte de "validade", em contrapartida, a norma em questão seria obviamente "inválida", em virtude do caráter rígido da Constituição vigente (arts. 134-139 da Constituição).

250 Entretanto, é necessário advertir que Kelsen custa a distinguir entre "pertinência" (validade em sentido forte) e mera "existência" (validade em sentido fraco). Cf. R. Guastini, *Introduzione* (Introdução), em H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi* (A teoria política do bolchevismo e outros ensaios), aos cuidados de R. Guastini, Il Saggiatore, Milão, 1981; M. Barberis, *La norma senza qualità. Appunti su "validità"* in Hans Kelsen (A norma sem qualidade. Aportamentos sobre "validade" em Hans Kelsen), em "Materiali per una storia della cultura giuridica" ("Materiais para uma história da cultura jurídica"), XI, 1981.

251 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione* (Direito e razão), cit., emprega um léxico diferente para traçar uma distinção totalmente análoga à que é aqui indicada.

Convém observar, contudo, que a validade em sentido fraco, a mera "existência" não está privada de efeitos jurídicos. Pelo contrário, a "existência" é condição suficiente de aplicabilidade das normas²⁵², quer dizer, até as normas inválidas (em sentido forte) são suscetíveis de aplicação: ao menos enquanto a sua invalidez não for constitutivamente declarada por um órgão para isso competente (a Corte constitucional para as normas de ordem legislativa, os juizes administrativos para as normas regulamentares)²⁵³.

2. OS MÚLTIPLOS OBJETOS DOS JUÍZOS DE VALIDADE

A fim de encaminhar a análise dos critérios de validade, convém introduzir uma observação preliminar. Segundo o modo comum de pensar, os juízos de validade seriam enunciados tendo a forma padrão: 'A norma N é válida/inválida'²⁵⁴. É habitual

252 Pode-se também dizer que, num terceiro sentido, "validade" significa propriamente isto: aplicabilidade. Neste sentido, uma norma "válida" é, muito simplesmente, uma norma suscetível de aplicação (judicial ou administrativa). É neste sentido do termo "validade" que se costuma falar de "âmbito (espacial, ou temporal, ou pessoal) de validade" de uma norma.

253 Parece-me ser este, em última análise, o sentido da tese kelseniana segundo a qual não se dá "nulidade", mas somente "anulabilidade", no direito. Cf. H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (Teoria pura do direito) (1960), trad. it. aos cuidados de M. G. Losano, Einaudi, Turim, 1966, em especial pp. 298-310. Kelsen quer dizer, em síntese, que a invalidez em sentido forte não implica "inexistência" (antes, somente de uma norma "existente" pode-se sensatamente predicar a invalidez em sentido forte); para que uma norma inválida em sentido forte deixe de "existir" (ser expulsa do ordenamento, tornar-se totalmente inaplicável) é preciso um ato adequado de invalidação ou "anulação".

254 Para dizer a verdade, alguns estudiosos de teoria geral do direito e de lógica deóntica interpretam como juízos de validade os enunciados (deónticos, isto é, em termos de 'dever') mediante os quais os juristas não asseveram expressamente a validade de normas, mas antes reiteram, repetem, fazem ouvir as normas jurídicas (por exemplo: 'Os contratantes devem comportar-se segundo a

e, aparentemente, inteiramente razoável, proceder à análise de enunciados deste tipo problematizando o significado do vocábulo que funciona como predicado ('válido') e desprezando como

bon-fé'). Cf., por exemplo, H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (Teoria pura do direito) (1960), trad. it. aos cuidados de M. G. Losano, Einaudi, Turim, 1966, em especial cap. III; G. H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry* (Norma e Ação. Uma investigação lógica), Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963; Id., *Practical Reason* (Razão Prática), Routledge & Kegan Paul, Londres, 1983, em especial pp. 130 e segs.; E. Bulygin, *Norme, proposizioni normative, e asserzioni giuridiche* (Normas, proposições normativas, e asserções jurídicas) (1982), trad. it. em P. Comanducci/R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* (A análise do raciocínio jurídico. Materiais para uso dos estudantes), vol. I, Giappichelli, Turim, 1987. Todavía, este modo de pensar é insustentável. Os enunciados deónticos dos juristas claramente não veem sobre normas, mas diretamente sobre comportamento (no exemplo, sobre o comportamento dos contraentes). E precisamente por isso tais enunciados têm uma lógica absolutamente diferente da lógica dos juízos de validade. Por exemplo, há contradição lógica entre o enunciado (1) 'Os contraentes devem comportar-se segundo a bon-fé' e o enunciado (2) 'Os contraentes não devem etc.', ao passo que não há nenhuma contradição lógica entre os enunciados (3) 'É válida a norma segundo a qual os contraentes devem etc.' e (4) 'É válida a norma segundo a qual os contraentes não devem etc.'. Não há contradição pela evidente razão de que esses dois juízos de validade têm normas diversas como objeto. As duas normas em questão são contraditórias, não os dois juízos que asseveram a validade delas. Como numa biblioteca podem estar lado a lado uma apologia do fascismo e um manifesto anti-fascista, do mesmo modo um sistema jurídico pode conter duas normas contraditórias, ou seja, duas normas contraditórias — ainda que se contradizendo — podem muito bem ser ambas válidas. Sobre este ponto insisto o último Kelsen, cf. H. Kelsen, *La derogazione* (A derrogação) (1962), trad. it. em H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi* (A teoria política do bolchevismo e outros ensaios), aos cuidados de R. Guastini, Il Saggiatore, Milão, 1981; Id., *Diritto e logica* (Direito e lógica) (1965), trad. it. em P. Comanducci/R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* (A análise do raciocínio jurídico. Materiais para uso dos estudantes), vol. II, cit.; Id., *Teoria generale delle norme* (Teoria geral das normas) (1979), trad. it. aos cuidados de M. G. Losano, Einaudi, Turim, 1985. A respeito, cf. T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico* (Lógica deontica e linguagem jurídica), CEDAM, Pádua, 1989).

não problemático o significado do vocábulo que funciona como sujeito ('norma'). Assim eu fiz também no parágrafo anterior.

Procedendo desse modo, porém, supõe-se implicitamente: (a) que a validade se afirma de normas e somente de normas; (b) que o conceito de norma é unívoco e não necessita análise. Ambas estas suposições — largamente difundidas na literatura filosófico-jurídica — são, na realidade, falazes.

Em primeiro lugar, na linguagem comum dos juristas, a validade se afirma não somente das normas, mas também dos atos normativos. A expressão 'ato normativo', contudo, é usada em dois sentidos diferentes. Num primeiro sentido, 'ato normativo' denota um agir (mais precisamente, um agir lingüístico), que consiste em produzir normas. Num segundo sentido, 'ato normativo' designa o resultado, o produto, de um agir normativo, ou seja, um texto ou documento normativo: um conjunto de disposições. No primeiro sentido, é um ato normativo, por exemplo, o legislar; no segundo sentido, é um ato normativo a própria lei. Neste contexto, uso a expressão 'ato normativo' no primeiro sentido, isto é, chamo ato normativo o ato de produzir uma fonte e chamo documento normativo a própria fonte²⁵⁵.

Em segundo lugar, na linguagem comum dos juristas, o vocábulo 'norma' não é, absolutamente, usado de modo unívoco e invariável:

(a) Às vezes usa-se 'norma' para referir-se às disposições, ou seja, aos enunciados normativos dos quais estão constituídas as fontes do direito;

(b) Outras vezes, usa-se 'norma' para referir-se ao conteúdo de significado das disposições; enquanto as disposições são fruto de normatização e são pré-constituídas à interpretação, as

255 Cf. R. Guastini, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle "Preleggi"* (Produção e aplicação do direito. Lições sobre as "Pré-leis"), Giappichelli, Turim, 2ª ed., 1989, cap. I.

normas, neste sentido, são o fruto de decisões interpretativas, sendo, portanto, variáveis dependentes da interpretação.

Além disso, os juristas distinguem habitualmente entre duas espécies de normas: as normas explícitas e as normas implícitas (não expressas). São explícitas as normas que, exatamente, constituem o conteúdo de significado dos enunciados normativos formulados nas fontes do direito; são implícitas as normas que, ao contrário, não foram explicitamente formuladas por alguma autoridade normativa, mas que, não obstante isso, podem ser legitimamente construídas pelo intérprete por meio de procedimentos apropriados (por exemplo, mediante analogia, *legis e juris*, mediante a "combinação" de mais disposições, mediante interpretação "sistemática", etc.). Por exemplo, pode-se considerar norma explícita do nosso ordenamento o princípio chamado de estrita legalidade em direito penal (Constituição, art. 25, par. 2), ao passo que é certamente norma implícita o princípio chamado de conservação dos documentos normativos, dos quais faz aplicação a Corte constitucional toda vez que pronuncia uma sentença interpretativa (especialmente uma interpretativa de rejeição).

Essas considerações sugerem distinguir entre: (1) a validade de atos normativos; (2) a validade de disposições; (3) a validade de normas explícitas; (4) a validade de normas implícitas. A oportunidade, se não a necessidade, dessa cadeia de distinções depende do fato dos critérios de validade dos atos normativos, das disposições, das normas explícitas e das normas implícitas serem diferentes, do que se segue que as condições de verdade dos diversos juízos de validade (as condições na presença das quais um juízo de validade é verdadeiro, e na ausência das quais esse juízo é falso) são uma variável dependente do objeto sobre qual cada juízo versa.

3. CRITÉRIOS DE VALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS

No que concerne à validade dos atos normativos, cumpre observar antes de tudo que os atos normativos (o ordenar, o permitir, o revogar, etc.) não passam de atos de linguagem. Trata-se, apesar disso, de atos de linguagem disciplinados (não só por regras lingüísticas, mas também) por normas jurídicas: precisamente por normas de segundo grau, ou meta-normas, em torno da produção do direito. Os atos normativos são, particularmente, disciplinados por, ao menos, dois tipos de meta-normas:

(a) por um lado, meta-normas de competência, ou seja, normas que conferem a um certo sujeito (por exemplo, o Parlamento, art. 70 da Constituição) a "função", a autoridade, a competência, ou o poder – como se queira designá-lo – de produzir normas jurídicas dentro de certos limites de matéria (por exemplo, as deduzíveis do art. 117 da Constituição, que elenca uma série de matérias cuja disciplina está parcialmente subtraída da competência normativa da lei estatal)²⁵⁶;

(b) por outro lado, meta-normas de direito processual, ou seja, normas de conduta que estabelecem os processos por meio dos quais a competência normativa em questão deve ser exercida (por exemplo, art. 72 da Constituição, que disciplina o procedimento de formação da lei ordinária do Estado).

Ora, diz-se que um dado ato normativo é válido quando foi realizado em conformidade com as meta-normas que o disciplinam dentro de um dado sistema jurídico. Por conseguinte, um ato normativo é válido se – e somente se – (a) foi realizado pelo sujeito ao qual uma meta-norma de competência confere autori-

256 A classe das normas de competência, se observarmos bem, inclui normas de dois tipos diferentes, que seria oportuno distinguir. De um lado, normas que atribuem uma competência; de outro, normas que delimitam sob o aspecto material a competência atribuída. Nesta oportunidade, essa distinção pode, por questão de simplicidade, ser omitida.

dade normativa (naquela dada matéria); (b) foi realizado mediante procedimentos prescritos pelas meta-normas do direito processual.

Portanto, pode-se dizer que o critério de validade dos atos normativos é a conformidade a meta-normas de competência e direito processual²⁵⁷.

4. CRITÉRIOS DE VALIDADE DAS NORMAS

No que diz respeito à validade das normas propriamente ditas, é preciso, antes de tudo, distinguir entre as duas categorias de normas já recordadas:

(a) de um lado, há as normas "explícitas", ou seja, as normas que, segundo uma dada interpretação, são o significado de um certo texto normativo: as normas, portanto, que são extraídas de uma dada disposição mediante interpretação;

(b) por outro lado, há as normas "implícitas", ou seja, as normas que não foram formuladas por alguma autoridade normativa: as normas, conseqüentemente, que não podem ser

257 A rigor, pode-se falar de conformidade às normas de direito processual que, como foi dito, são normas comuns de conduta, isto é, prescrições (ainda que dirigidas a sujeitos particulares, como os órgãos investidos de competência normativa); mas o vocábulo 'conformidade' não é inteiramente apropriado em relação a normas de competência, já que as normas de competência não são prescrições às quais se possa obedecer ou desobedecer, mas antes "normas constitutivas" (ou seja, fragmentos de prescrições) que não requerem cumprimento e não admitem violação. A respeito cf. G. Carcaterra, *Le norme costitutive* (As normas constitutivas), ed. prov., Giuffrè, Milão, 1974; Id., *La forza costitutiva delle norme* (A força constitutiva das normas), Bulzoni, Roma, 1979. Sobre este tema cf. M. Barberis, *Conformità a regole giuridiche. Un'ipotesi, una ricognizione, un inventario* (Conformidade a regras jurídicas. Uma hipótese, um reconhecimento, um inventário), em AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Turcillo* (Estudos em memória de Giovanni Turcillo), Giuffrè, Milão, 1990, vol. II.

atribuídas a algum texto normativo como seu significado, as normas – em suma – desituídas de disposição.

Vale frisar que as normas implícitas não são o resultado de um processo de interpretação em sentido próprio. Interpretar é atribuir significado a um texto pré-existente. Mas aqui se trata da formulação de normas na ausência de textos que as exprimam. Pode-se dizer, portanto, que as normas em questão são produzidas não pelo "legislador" (entendido em sentido lato), mas pelos próprios juristas mediante variados procedimentos de integração ou conclusão do direito.

A distinção precedente é necessária pela simples razão de os critérios de validade das normas explícitas serem – em parte – diferentes dos critérios de validade das normas implícitas.

(1) Uma norma explícita é considerada válida sob as duas condições seguintes (separadamente necessárias):

(1.1) por um lado, é necessário que tal norma constitua o significado (um dos possíveis significados) de uma disposição produzida por um ato normativo, por sua vez, válido²⁵⁸;

(1.2) por um outro lado, é preciso que tal norma não seja incompatível com alguma norma superior na hierarquia das fontes.

(2) Em contrapartida, uma norma implícita é considerada válida sob as duas seguintes condições (separadamente necessárias):

(2.1) por um lado, é necessário que tal norma possa ser explicitada (por meio de uma argumentação apropriada) de uma norma explícita, ou de um conjunto de normas explícitas, por sua vez, válidas;

(2.2) por outro lado, é preciso que tal norma não seja incompatível com alguma norma superior na hierarquia das fontes.

258 Pode-se dizer que uma norma constitua um dos possíveis significados (uma das possíveis interpretações) de uma dada disposição quando essa interpretação pode ser persuasivamente argumentada.

Como se vê, em ambos os casos, a validade de uma norma está condicionada pela sua não incompatibilidade com normas superiores (não meta-normas, mas, por assim dizer, super-normas²⁵⁹).

5. VALIDADE FORMAL E VALIDADE MATERIAL

À luz dessa análise, parece possível precisar o sentido de duas expressões recorrentes na literatura dogmática: 'validade formal' e 'validade material'²⁶⁰.

259 A distinção entre meta-normas e super-normas refere-se logicamente a dois tipos diferentes de "hierarquias" normativas, que são frequentemente confundidos. Uma norma, de fato, pode ser "superior" a uma outra em dois sentidos e de dois modos completamente diferentes. Há uma hierarquia lógica (se é o caso mesmo de falar de "hierarquia") entre duas normas quando uma dessas refere-se à outra (ou seja, versa sobre esta), por exemplo disciplinando a sua criação, delimitando o seu campo de aplicação, etc. Neste sentido, por exemplo, uma norma revogatória está logicamente super-ordenada (é uma meta-norma) relativamente às normas por ela revogadas. A relação entre as duas normas aqui, é exatamente a mesma existente entre uma metalinguagem e a sua linguagem-objeto. Há, em contrapartida, uma hierarquia jurídica entre duas normas quando uma delas condiciona a validade da outra, na medida em que a segunda é inválida se for incompatível com a primeira. Nesse sentido, por exemplo, no regime da Constituição rígida, as normas constitucionais estão juridicamente super-ordenadas (são super-normas) relativamente às normas legislativas. A oportunidade da distinção tem origem no fato, descontado, de nem sempre as meta-normas serem também super-normas. No nosso ordenamento, de Constituição rígida, as meta-normas constitucionais no processo legislativo são (também) super-normas relativamente às normas de lei; mas as meta-normas legislativas revogatórias não são, de modo algum, super-normas relativamente às normas de lei a que se referem. Acerca dos diversos tipos de hierarquias entre normas cf. G. Tarello, *L'interpretazione della legge* (A interpretação da lei), Giuffrè, Milão, 1980, cap. VII.

260 Cf. N. Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (Acerca do raciocínio dos juristas) (1955), agora em P. Comanducci/R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* (A análise do raciocínio jurídico. Materiais para uso dos estudantes), vol. II, Giappichelli, Turim, 1989.

(1) Diz-se 'validade formal' a ausência de vícios formais. Priormente falando, a validade formal é uma propriedade de atos normativos. Considera-se formalmente válido um ato normativo que tenha sido produzido em conformidade com as meta-normas da produção do direito. Todavia, por metonímia, pode-se falar de validade formal também em relação às disposições produzidas por um ato normativo formalmente válido, bem como em relação às normas explícitas que dessas disposições possam ser extraídas por meio de interpretação.

Evidentemente – é necessário enfatizar – as normas implícitas não podem ser válidas do ponto de vista formal, tampouco por metonímia, uma vez que as normas implícitas, por definição, não são formuladas por nenhuma autoridade normativa: são elaboradas e formuladas por juristas (ou por juízes). As normas implícitas, em síntese, são sempre formalmente inválidas.

(2) Diz-se 'validade material' a ausência de vícios materiais. A validade material é uma propriedade das normas, explícitas ou implícitas segundo os casos. Considera-se materialmente válida uma norma que não seja incompatível com normas (por sua vez, válidas) superiores na hierarquia das fontes. Entretanto, por metonímia, pode-se falar de validade material também em relação a disposições: é materialmente válida uma disposição da qual se possam extrair (via interpretação) normas explícitas materialmente válidas²⁶¹.

6. CRITÉRIOS DE VALIDADE DAS DISPOSIÇÕES

Neste ponto, é possível agora esclarecer também os critérios de validade das disposições. O tema, habitualmente ignorado pelos estudiosos de filosofia do direito, reveste-se de grande

261 Omíto, por questão de simplicidade, a invalidade resultante do vício de competência.

importância por, ao menos, uma razão. Somente as disposições válidas são usadas e interpretadas em matéria de aplicação do direito, quer dizer, somente as disposições válidas são aduzidas como motivação de medidas judiciais e administrativas, ao passo que as disposições inválidas não estão sequer sujeitas à interpretação.

É necessário frisar, em primeiro lugar, que se fala da validade de disposições somente por metonímia. Em outras palavras, quando se discute a validade de disposições, o problema na realidade toca, às vezes, a validade de atos normativos, outras vezes a validade das normas (explícitas).

Mais precisamente, a validade formal de uma dada disposição depende da validade do ato normativo do qual ele foi produzido, ao passo que a validade material de uma disposição depende da validade das normas que dela podem ser extraídas por meio de interpretação.

Uma disposição normativa é o produto de um certo ato normativo. Diz-se que uma disposição é válida do ponto de vista formal quando foi produzida por um ato normativo formalmente válido. Em outros termos, as condições de validade formal de uma disposição resolvem-se inteiramente nas condições de validade do ato normativo por meio do qual tal disposição foi produzida (conformidade com as metanormas em torno da produção jurídica).

Portanto, o critério de validade formal de uma disposição é a conformidade às meta-normas de competência e de direito processual não da própria disposição, evidentemente, mas do ato normativo que tal disposição produziu.

Por contrapartida, uma disposição é considerada válida do ponto de vista material quando as normas (explícitas) que dela possam ser extraídas são materialmente válidas. Mais precisamente, em virtude do princípio dito de conservação dos documentos

normativos, uma disposição é válida se exprimir, ao menos, uma norma materialmente válida; mas uma disposição é inválida se todas as normas que exprimir forem materialmente inválidas. Assim, por exemplo, a Corte constitucional costuma declarar constitucionalmente ilegítima uma disposição de ordem legislativa somente quando tal disposição não admite alguma interpretação conforme à Constituição. Em contrapartida, se a disposição em questão exprime, separada ou conjuntamente, seja normas compatíveis, seja normas incompatíveis com a Constituição, a Corte costuma declarar ilegítimas somente as normas (explícitas) que se opõem à Constituição, conservando a validade da disposição enquanto tal, do que se conclui que a disposição é ainda suscetível de emprego em matéria de aplicação, desde que interpretada de maneira conforme à Constituição (interpretação conforme).

Portanto, o critério de validade material de uma disposição é a capacidade de exprimir (ao menos) uma norma não incompatível com normas hierarquicamente superiores.

7. RELAÇÕES ENTRE VALIDADE FORMAL E VALIDADE MATERIAL

Ora, é muito importante compreender as relações entre os dois critérios de validade – formal e material – enquanto aplicados a normas e, indiretamente, a disposições. Esses critérios, de fato, são totalmente independentes. A validade formal é uma condição nem suficiente nem necessária de validade material.

Em primeiro lugar, a validade formal não é condição suficiente da validade material de uma norma. Em outros termos, uma norma explícita que seja válida do ponto de vista formal pode, contudo, ser inválida do prisma material. Por exemplo, no nosso sistema jurídico, fundamentado numa Constituição rígida, quando o legislador produz – validamente sob o perfil formal, do ponto de vista do processo de produção do direito – uma norma incompatível com a Constituição, esta norma, ainda que formal-

mente válida, é considerada materialmente inválida (em razão de seu conteúdo). E em certos casos, como se viu, a invalidade da norma reage sobre a disposição, invalidando também esta.

Em segundo lugar, a validade formal não é, tampouco, condição necessária da validade material de uma norma. Em outras palavras, uma norma implícita – e por isso mesmo seguramente inválida sob o ponto de vista formal – pode, entretanto, ser válida do ponto de vista material. Os juristas, de fato, consideram válidas (materialmente válidas) muitas normas que não foram formuladas pelo legislador, mas que, no parecer deles, podem ser extraídas de alguma norma explícita ou combinação de normas explícitas.

Há, portanto, uma espécie de relação hierárquica entre os dois critérios de validade: em caso de conflito entre eles, o critério material prevalece sobre o critério formal. Em outros termos, se uma certa norma é válida do ponto de vista seja formal seja material, não surge problema algum, mas...

(a)... se uma norma (explícita) é válida do ponto de vista formal, mas – ao mesmo tempo – é inválida do ponto de vista material, é considerada *tout court* inválida; e...

(b)... se uma norma (implícita) é inválida do ponto de vista formal, mas – ao mesmo tempo – é válida do ponto de vista material, é considerada *tout court* válida.

Pode-se dizer – nessa perspectiva – que a validade formal é uma validade “fraca”, enquanto a validade material é uma validade “forte”.

8. COROLÁRIO: A DOGMÁTICA COMO TRANSFORMAÇÃO DA LINGUAGEM DAS FONTES

A análise precedente permite pôr à luz a natureza de duas operações características da chamada ciência jurídica (e, tam-

bém, bem entendido, da jurisprudência): a integração do direito lacunar e a solução das antinomias.

A integração do direito lacunar se realiza, tipicamente, por meio da elaboração de normas implícitas, as quais, ainda que privadas de validade formal, são, no entanto, consideradas válidas do ponto de vista material. Esta operação se resolve, portanto, com a adição de normas ao sistema jurídico.

A solução de uma antinomia realiza-se, tipicamente, mediante a eliminação de uma das duas normas explícitas em conflito: uma norma explícita, embora dotada de validade formal, é, entretanto, considerada inválida do ponto de vista material. Essa operação se resolve, portanto, com a subtração de uma norma do sistema jurídico.

Os juristas, em suma, preenchendo as lacunas e resolvendo as antinomias, somam ao sistema jurídico normas implícitas (válidas, porém, somente do ponto de vista material), e subtraem do sistema jurídico normas explícitas (ainda que válidas do ponto de vista formal).

Pode-se dizer, então, que o sistema jurídico é o produto não da legislação – como queria o positivismo jurídico clássico, doente de formalismo – mas, antes, da ciência jurídica. O sistema jurídico, de fato, é o conjunto das normas explícitas formalmente válidas, criadas pelo legislador, menos as normas explícitas materialmente inválidas, mais as normas implícitas materialmente válidas.

Desse ponto de vista, a dogmática se apresenta como uma “ciência” verdadeiramente peculiar: uma ciência que não se contenta em tomar conhecimento do seu objeto, mas o manipula e o transforma.

Está bastante difundida, em teoria geral do direito, a opinião de que a linguagem da ciência jurídica seja uma metalinguagem descritiva que tem como objeto a linguagem

normativa das fontes (a linguagem do "legislador"). Esta opinião é falsa. Por um lado, a linguagem da ciência jurídica não é sempre descritiva, na medida em que frequentemente a ciência jurídica não se limita a descrever normas preexistentes, mas formula normas novas; por outro lado, a linguagem da ciência jurídica não é sempre uma metalinguagem relativamente à linguagem das fontes, uma vez que a ciência jurídica não se limita a discutir sobre as fontes, também as transformando. Em suma, os juristas comportam-se um tanto como um historiador que interpolasse documentos apócrifos no seu próprio arquivo.

Essa obra de manipulação das fontes é possibilitada, naturalmente, pelo fato de a ciência jurídica ser um discurso que tem como objeto não fatos extralinguísticos, mas um outro discurso: precisamente o discurso das fontes. As ciências naturais e sociais são discursos que têm como objeto fatos materiais: e claramente não há homogeneidade "ontológica" entre o discurso da ciência e os fatos materiais que constituem o seu objeto. Ao contrário, a ciência jurídica e o direito são coisas "ontologicamente" homogêneas: tanto uma como o outro não passam de discursos, linguagens. E isso torna possível uma osmose contínua entre ambos.

XVIII

INTRODUÇÃO À ANÁLISE DAS DECISÕES CONSTITUCIONAIS

1. Os "vícios" DA LEI E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES CONSTITUCIONAIS

No ordenamento constitucional italiano, as "decisões" (Constituição, arts. 136, par. 2, 137, par. 3) sobre a legitimidade constitucional de leis e de atos detentores de força de lei do Estado e das regiões (Constituição, art. 134, alínea I) são medidas judiciais, segundo os casos, sentenças ou despachos (arts. 18, 29, lei 87/1953)²⁶². Trata-se, portanto, de decisões motivadas (art.

²⁶² Diversos outros elementos concorrem para representar as decisões constitucionais como medidas judiciais. Em primeiro lugar, o órgão do qual provêm tais decisões é denominado "Corte constitucional": comumente o termo "corte" designa exatamente um colégio ao qual são atribuídas funções judiciárias. A Constituição estabelece, além disso, que a Corte constitucional "julgue as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis" (art. 134); a atividade da Corte é, portanto, uma atividade de "julgar", e as questões a ela submetidas têm o caráter de "controvérsias"; por outro lado, os membros da Corte são chamados de "juizes" (art. 135), e os procedimentos que se desenvolvem perante a Corte são chamados de "julgamentos" (art. 137, par. 1). Acrescenta-se que a lei 87/1953, art. 28, veta à Corte constitucional "toda avaliação de natureza política e todo sindacado do uso do poder discricionário do Parlamento". E ainda: os juizes constitucionais, ainda que escolhidos segundo