INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

abdr

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 uma norma (cf. Vasconcelos, 1978:316). Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade *já* pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada. Em geral, a vigência começa com a publicação. Mas pode ser postergada. Pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, uma lei começa a ter vigência em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, salvo se na publicação for disposto de outro modo (por exemplo, vigência na data da publicação). Durante aqueles quarenta e cinco dias, a norma já é válida (já pertence ao ordenamento), mas não é vigente, ou seja, sua validade fica suspensa. Assim, nesse período, ela convive com normas que lhe são contrárias que continuam válidas e vigentes até que ela própria comece a viger, quando, então, as outras estarão revogadas. A doutrina chama esse período de *vacatio legis*.

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

Uma norma válida pode já ser vigente e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de efeitos. A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são de natureza fática; outros, de natureza técnico-normativa. A presença de requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus

efeitos. Essa adequação entre a prescrição e a realidade de fato tem relevância semântica (relação signo/objeto, norma/realidade normada). Efetividade ou eficácia social é uma forma de eficácia. Assim, se uma norma prescreve a obrigatoriedade do uso de determinado aparelho para a proteção do trabalhador, mas esse aparelho não existe no mercado nem há previsão para sua produção em quantidade adequada, a norma será ineficaz nesse sentido. Se a efetividade ou eficácia social depende de requisitos inexistentes de fato, a ausência deles pode afetar não a validade da norma, mas a produção dos efeitos, conforme conhecida regra de calibração (*ad impossibilia nemo tenetur*: ninguém é obrigado a coisas impossíveis). Discute-se, não obstante e nesse sentido, se a ineficácia social pode tornar inválida uma norma. Kelsen, por exemplo, chega a dizer que uma norma, sem um mínimo de eficácia, perde a validade (1960:10). A tese, contudo, não é tranquila na doutrina dogmática. Realmente, poderíamos argumentar com um exemplo: uma norma que determinasse a convocação de um cidadão para compor a mesa de apuração de uma eleição, sem prever qualquer sanção para seu não comparecimento, ocorrendo a ausência do convocado na data especificada, deveríamos dizer que aquela norma não terá tido e não mais poderia ter nenhuma efetividade, faltando-lhe o mínimo de que fala Kelsen; estaríamos, nesse caso, diante de norma estabelecida corretamente pela autoridade (válida) que, por aquela razão, não seria válida?; teria a autoridade editado validamente uma norma não válida? Cremos, destarte, que a ineficácia de uma norma, a ausência de um mínimo de efetividade, não afeta sua validade, pois a norma editada entrou para o ordenamento, ainda que nunca tivesse produzido efeitos. Por outro lado, a mesma doutrina reconhece que, se uma norma ficar sem observância e sem aplicação por longo tempo, entra em desuso, podendo-se falar na perda de seu sentido normativo: uma norma que proibisse o uso de camisas verdes no recinto da Câmara Municipal (decorrência da proscrição política do Integralismo, em 1937, que tinha a camisa verde como símbolo) e que nunca tivesse sido revogada, teria hoje ainda validade?

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

Não se reduzindo à obediência, a efetividade ou eficácia social tem antes o sentido de *sucesso* normativo, o qual pode ou não exigir obediência. Se o sucesso normativo exige obediência, devemos distinguir, presentes os requisitos fáticos, entre a observância

espontânea e a observância por imposição de terceiros (por exemplo, sua efetiva aplicação pelos tribunais). Uma norma é, então, socialmente ineficaz de modo pleno se não for observada nem de um modo nem do outro. Isto é, nem é observada pelo destinatário, nem os tribunais se importam com isso. No caso da norma que proibia cidadãos adentrarem o recinto da Câmara Municipal de camisa *verde*, a norma nunca foi revogada, mas perdeu o sentido da obrigatoriedade. Nem a cor verde tem mais a antiga conotação ideológica, nem a autoridade municipal se incomoda com isso. De outra maneira, será parcialmente ineficaz. Essa distinção tem consequências práticas. Se ocorre inobservância espontânea, mas os tribunais continuam aplicando, o jurista deverá investigar se os requisitos fáticos ainda existem, ou se ainda têm algum sentido social relevante (veja, a propósito, em nossos dias, a discussão em torno da descriminalização do porte de drogas). Pode, no entanto, suceder o contrário: existe observação espontânea, mas, em caso de conflito, as partes não procuram os tribunais, preferindo a chamada composição amigável. Nesse caso, a ausência dos requisitos fáticos pode estar do lado da imposividade por terceiros (morosidade da Justiça, por exemplo). Por todos esses motivos, percebemos que a efetividade das normas é variável e pode ser graduada.

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

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

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

Nem todas as normas exercem, simultaneamente, a mesma função com o mesmo grau de intensidade. Uma norma de proibição, certamente visa bloquear um comportamento. A função de bloqueio é nela evidente e primária. A função de resguardo, nesse caso, é secundária, pois a conduta desejada é obtida por um raciocínio *a contrario*. Assim, por exemplo, a norma: "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – de-

tenção, de três meses a um ano" (Código Penal, art. 129) tem por função cercear lesões corporais e, *a contrario sensu*, por força do princípio da legalidade, assegura a conduta de não provocar lesões corporais. Na mesma norma, de forma indireta, há também um *telos* objetivado na paz social e na integridade física de qualquer cidadão contra agressões. Outras normas há em que a função eficacial primária é assegurar uma conduta, caso em que a função de bloqueio é secundária e obtida *a contrario sensu*. Por exemplo, a norma: "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar" (Constituição Federal, art. 5º, XXVII). Aqui a função de resguardo é primária e o cerceamento das condutas contrárias – função de bloqueio – exige outras normas que, *v.g.*, proíbam a utilização de obra alheia sem a devida autorização do autor. Por fim, normas há em que a função de programa é primária, caso de muitas das chamadas normas programáticas, como por exemplo: "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (Constituição Federal, art. 218). Nesse caso, a função de bloqueio é secundária e obtida *a contrario sensu* (O Estado pode deixar de incentivar e promover, mas não pode desincentivar), bem como a função de resguardo (como resguardar o direito do cidadão à ação do Estado?).

Para a concretização de função eficacial *primária*, a norma pode ou não depender de outras normas ou, delas prescindindo, pode admitir, no entanto, uma restrição por meio de uma futura norma que lhe reduzirá a eficácia. Quando a concretização da função eficacial é imediata, sem necessidade de outra norma, não podendo ser restringida, dizemos que a eficácia é *plena*: por exemplo, o art. 129 do Código Penal supramencionado. Quando, para a realização da função eficacial, há necessidade de outras normas, diz-se que a eficácia é *limitada*, caso, por exemplo, do art. 218 da Constituição Federal, citado. Quando pode ser restringida, sendo plena enquanto não sobrevier a restrição, dizemos que a eficácia é *contida*, caso, por exemplo, da norma: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", art. 5º, XIII, da Constituição Federal (Silva, 1968:76). Em geral, quando a função eficacial primária é de programa, temos eficácia limitada, pois aquela função exige outras normas futuras para ser realizada. Já na função de bloqueio e de resguardo isto, em geral, não acontece na mesma extensão, ocorrendo mais frequentemente casos de eficácia plena e contida. Como, porém, abstraindo-se de qual seja a função primária, todas elas estão presentes nas normas, conclui-se que a eficácia normativa, no conjunto, admite graus.

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

uma norma revogada (e que, portanto, perdeu a vigência ou tempo de validade) que nos autorizam a dizer que vigor e vigência designam qualidades distintas da norma.

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

Em outras palavras, que uma norma tem vigor significa que ela tem força impositiva, não havendo, em princípio, como subtrair-se a seu comando, a seu império. *Vigor*, portanto, é expressão dogmática que manifesta a qualidade imperativa da norma, cuja força pode subsistir mesmo quando ela já não mais pertence ao sistema do ordenamento ou quando, declarada sua inconstitucionalidade por um tribunal supremo (no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal) e não determinada a suspensão de sua eficácia pelo órgão competente (em nosso caso, pelo Senado Federal), continua a ser aplicada pelos tribunais.

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

Resumindo, do ângulo dogmático:

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

4. *vigor* é uma qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império, independentemente da verificação de sua vigência ou de sua eficácia.

4.3.2.1 Dinâmica do sistema: norma de revogação, caducidade, costume negativo e desuso

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

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

Já mencionamos duas regras estruturais que regulam a dinâmica: a mais importante diz que uma norma perde a validade se revogada por outra. Essa regra especifica-se em três outras: a *lex superior* (a norma superior revoga a inferior na hierarquia), a *lex posterior* (a que vem por último, no tempo, revoga a anterior) e a *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta tem de especial, a geral só revoga a especial se alterar totalmente o regime no qual está aquela incluída). Que significa, porém, *revogação?*

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

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

A norma revogadora pode ser manifesta ou implícita. Ela é manifesta quando nela a autoridade determina a norma revogada declaradamente. É implícita, quando, numa nova disposição da matéria, não se determina a norma revogada declaradamente. Segue-se daí que a *revogação* pode ser (a) ou *expressa*, (b) ou *tácita*, (c) ou *global*. A revogação *expressa* exige uma norma revogadora *manifesta* que determina declaradamente qual a norma revogada: "fica revogado o art. *x* da lei *z*", ou "fica revogada a lei tal", isto é, todas as suas normas. A revogação *tácita* ocorre quando a norma revogadora é *implícita* e