

REFLEXÕES SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE, EFICÁCIA E EFETIVIDADE (A PARTIR DO PENSAMENTO GARANTISTA)

Edihermes Marques Coelho¹

O sistema jurídico baseia-se numa inter-relação valorativa de regras e princípios. Isso impõe uma vinculação jurídico-formal entre princípios e regras de caráter hierárquico superior e subprincípios e regras de caráter hierárquico inferior (especialmente considerando-se a relação entre as normas Constitucionais e as normas infraconstitucionais), além de uma vinculação jurídico-material entre os valores normativos superiores (princípios consagradores dos direitos fundamentais) frente aos demais conteúdos jurídico-normativos.

O pensamento garantista, sobretudo a partir da década de 80 do século XX, tem trazido importantes contribuições às reflexões críticas sobre essa inter-relação valorativa e sua operacionalização. Neste último sentido, destaca-se o papel que a teoria garantista pode desempenhar propositivamente, sobretudo no que concerne a categorias jurídicas operacionais para a interpretação e a aplicação do Direito no cotidiano.

Disso decorre a necessidade de se repensarem em especial algumas categorias jurídicas, que envolvem a atuação cotidiana dos que trabalham com o Direito: vigência, validade, eficácia. Este trabalho é dedicado precisamente a apresentar ao leitor não iniciado no pensamento garantista alguns pontos importantes nas reflexões sobre tais categorias, apresentando proposições teóricas alternativas.

1 INTRODUÇÃO: FUNDAMENTAÇÃO GARANTISTA

O contexto atual da ordem econômica, social e política que marca o mundo nas últimas décadas, com o redimensionamento do papel do Estado, gera naturalmente reflexos sobre o Direito. A globalização de mercados afeta cada setor da vida humana de algum modo, e modifica o perfil de atuação do Estado frente à sociedade. Paralelamente, a realidade social segregacionista e discriminatória continua predominando. Sendo o Direito um fenômeno político-social - embora predominantemente normativo e estatal - sua inserção no mundo acaba sendo atingida por

¹ Advogado e professor universitário em cursos de graduação e pós-graduação. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), autor de vários livros e artigos. O artigo aqui apresentado teve abordagem semelhante em: COELHO, Edihermes Marques. *Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

essa realidade.

Esse atingimento faz com que exista uma expectativa de que as instâncias jurídicas dêem respostas às demandas da sociedade, especialmente para aqueles excluídos socialmente². Como as possibilidades de sucesso de tais respostas têm óbvias limitações (demandas ilimitadas *versus* recursos jurídicos e materiais limitados), verifica-se uma sensação latente de frustração da sociedade para com o mundo jurídico. Agregando-se isso à circunstância de que o universo normativo e operacional do Direito é construído através de opções políticas, as quais privilegiam interesses nem sempre direcionados à satisfação do bem coletivo, tem-se um panorama de crise³ do Direito contemporâneo.

1.1 A CRISE DO DIREITO CONTEMPORÂNEO E O GARANTISMO JURÍDICO

Com a constatação de que há uma crise do Direito enquanto instância real de regulação da vida em sociedade, a opção pelo garantismo jurídico mostra-se como a mais adequada para o redimensionamento de categorias jurídicas, na perspectiva de se minimizarem os problemas atinentes à distância entre o campo do dever ser e o campo do ser. Isso se dá, entre outros motivos, sobretudo porque o garantismo representa um *modelo normativo de Direito*, possibilitador de que se reconcionem as teorias e as práticas que perpassam as estruturas políticas e jurídicas vigentes, *vinculando-as a valores superiores para a convivência humana*. Com isto, possibilitam-se novas perspectivas para as práticas jurídicas, práticas elas mesmas reconcionadas (ao menos reconcionáveis) frente a esses valores superiores.

Vale salientar que é o ideal de uma pretensa racionalização jurídica⁴ que permite configurar o Direito contemporâneo *como um sistema de garantias constitucionais préordenadas para a tutela dos direitos humanos*. Afinal, se o Direito há de ser uma marca de que os seres humanos são capazes de coexistir socialmente de maneira diversa dos animais, a sistematicidade jurídica deve ser racionalmente centrada no ser humano (o que significa ser centrada na garantia a todos de condições mínimas de existência no mundo), operacionalizando-se (ao menos potencialmente) em função disto.

É exatamente esse ideal de uma pretensa racionalização jurídica que *justifica a sobreposição do dever ser ao ser*, apontando os direitos humanos como *direito sobre o direito*. Com isso, os direitos humanos se impoem como condições de

2 Sobre as características e contexto da exclusão social, vide DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, passim.

3 A palavra 'crise' pode ter vários sentidos. Aqui é utilizada no sentido de que a realidade existente (seja num plano teórico, seja num plano empírico) está enfraquecida, não atende mais aos objetivos a que pretensamente está destinada, sem que tenha ainda surgido uma nova realidade ou sem que a nova realidade, já surgida como opção, seja predominante.

4 Tal pretensa racionalização jurídica não significa um pensamento idealístico. Tem-se claro que a idéia de racionalização do jurídico sempre será limitada por parâmetros de realidade, que envolvem tanto os aspectos socioculturais quanto os aspectos psíquicos condicionantes do comportamento humano.

validade material das demais normas jurídicas, como modelos axiológicos que atuam - ou devem atuar - como vínculos e limites jurídicos a toda a produção normativa (emendas constitucionais, leis, medidas provisórias, atos normativos administrativos, sentenças), a toda atividade de interpretação jurídica (estatal ou não estatal) e a toda atividade de aplicação do Direito (estatal ou não estatal).

1.2 VALIDADE FORMAL E VALIDADE MATERIAL

Uma precípua característica do modelo garantista de análise do direito contemporâneo é que este programa suas formas de validade normativa formal, unindo as regras de competência e de procedimento para a formação das normas. A isso é indispensável se agregar a determinação dos conteúdos jurídicos substanciais superiores e necessários, o que pelo garantismo se dá através da sobreposição valorativa dos direitos humanos.

Por outros termos, além de se analisar a *validade formal* (procedimento e competência de produção das normas) de qualquer norma, deve se analisar também a *validade material* das normas, sua adequação aos princípios e valores fundamentais da Constituição (pois estão constitucionalmente predispostos os conteúdos mínimos a respeitar) - e esta última análise compreende de forma impositiva a adequação aos direitos humanos. Por conseguinte, embora se devam distinguir validade formal e validade material, as duas idéias são indispensáveis e complementares para a exata compreensão e dimensionamento do Direito no *plano do dever ser* e para sua transformação - pela transformação das práticas jurídicas - no *plano do ser*.

Para discernir adequadamente validade formal e validade material, Ferrajoli restringe a validade formal à expressão *vigência*, resguardando a expressão *validade* para aquilo que acima designou-se validade material⁵. Tais noções apresentam algumas singulares conseqüências para a funcionalidade do sistema jurídico numa perspectiva axio-teleológica (aqui defendida) – especialmente por permitirem, operacionalmente, a otimização jurídica da aplicação dos direitos fundamentais.

A noção de validade garantista talvez seja o ponto mais decisivo do garantismo enquanto teoria geral do Direito, pois sua formulação mexe com noções tradicionais, arraigadas nas concepções jurídicas contemporâneas. Assim, antes de aprofundar o pensamento garantista de validade, devem-se fazer algumas observações sobre a concepção tradicional de validade na teoria do Direito.

5 Vide FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 2001; SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.

2 VALIDADE NORMATIVA NA VISÃO TRADICIONAL

2.1 O PENSAMENTO DE KELSEN

Numa teoria formalista do Direito (Hans Kelsen mais intensamente, Norberto Bobbio mais tenuamente), a validade normativa se confunde com a circunstância de a norma pertencer ao ordenamento, ou seja, com a sua validade formal. Conseqüentemente, a validade normativa está confundida com a vigência das normas: se a norma existe juridicamente enquanto norma, sendo formalmente apta a emanar os seus efeitos, ela é válida.

Kelsen, no desenvolvimento de sua teoria sobre o sistema jurídico, formula a idéia de *nomodinâmica*, partindo da idéia de que as normas estariam escalonadas em uma estrutura hierárquica. O Direito regula a sua própria criação, de forma que a validade das normas (processo formal de fundamentação da validade) estaria vinculada a elas *derivarem* de outras normas superiores (no escalonamento hierárquico). De outra parte, a *fundamentação* de uma norma em outra, no seu conteúdo material, deve também seguir uma linha hierárquica.

A partir disso, ele propõe a idéia de uma pirâmide hierárquica, em que *o topo normativo formal seria a Constituição do país* - a partir dela, poder-se-ia realizar um processo de *derivação* que passaria por normas intermediárias (constituições estaduais, leis ordinárias, leis complementares etc.) e chegaria aos atos normativos 'últimos', mais 'baixos' na escala hierárquica: sentenças e atos administrativos em geral.

Uma norma superior possibilita, então, a existência e validade jurídica (formal) das normas inferiores⁶. No dizer de Kelsen, "uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, em confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior"⁷.

2.2 O PENSAMENTO DE HART

Já Herbert Hart⁸ parte da idéia de que o sistema jurídico é composto por regras primárias (de obrigação), que dizem respeito ao que os indivíduos devem ou não fazer, e por regras secundárias (de reconhecimento, de alteração e de julgamento⁹), que dizem respeito ao modo como as regras primárias podem ser determinadas, criadas, eliminadas ou alteradas. Sua noção de validade normativa está ligada ao papel de tais regras de reconhecimento, de maneira tal que "a afirmação de que

6 Importa perceber que em Kelsen não há real diferença entre vigência e validade: a validade é identificada com as condições de vigência das normas.

7 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 205.

8 HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

9 Na realidade, para Hart as regras de alteração e de julgamento são uma 'subespécie' das regras de reconhecimento (Idem, p. 105-107).

uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento”.¹⁰ Além disso, a afirmação da validade de uma norma pressuporia primeiramente que

“uma pessoa que afirma com seriedade a validade de certa regra de direito dada, por exemplo, uma lei concreta, faz ela própria uso de uma regra de reconhecimento que aceita como apropriada para identificar o direito. Em segundo lugar, sucede que esta regra de reconhecimento, nos termos da qual ela aprecia a validade de uma lei concreta, é não somente aceita por ela, mas é a regra de reconhecimento realmente aceita e empregada no funcionamento geral do sistema”.¹¹

É de se perceber que, a par de diferenças existentes entre os pressupostos teóricos, as idéias de validade de Kelsen e de Hart passam por um mesmo aspecto: embora por caminhos diversos, dimensionam a validade como validade formal.

2.3 CRÍTICAS À VISÃO TRADICIONAL

Em especial em Kelsen, ao abordar a questão da validade normativa no tempo e no espaço, há, como bem afirma André Copetti,

“um claro embaralhamento entre as categorias conceituais da existência e da vigência, com a categoria da validade. A categoria conceitual da teoria da validade normativa que dispõe sobre a relação espacial e temporal da norma não é a da validade, mas, sim, a da vigência. Uma norma, (...) pela teoria garantista, vige em determinado território por determinado tempo, sendo, por outro lado, válida em relação a um conteúdo de uma norma superior que por ela não pode ser violado”.¹²

Vale, ainda, apontar aqui a crítica de Ferrajoli ao pensamento kelseniano no que respeita à validade:

“a noção kelseniana de ‘validade’, durante muito tempo dominante entre os teóricos do direito, como ‘existência’ ou ‘pertencer’ de uma norma ao ordenamento em virtude da simples conformidade formal do ato normativo em relação às normas de procedimento sobre sua produção, pressupõe (e resulta, em tal sentido, adequada para explicar) um sistema de direito positivo unidimensional baseado na onipotência do legislador”.¹³

Com isso se aponta, por um lado, como falha a teoria formalista da validade, e, por outro lado, prepara-se o terreno que indica que a teoria garantista apresenta

10 Idem, p. 114.

11 Idem, p. 120.

12 COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 140.

13 FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, p. 58. Salienta Ferrajoli, ainda, que “um conceito deste tipo não poderá dar conta da estrutura dos sistemas jurídicos complexos que comportam as atuais democracias constitucionais, para cuja explicação a noção de ‘validade’ das normas deverá incluir também a coerência de seus conteúdos ou significados com os princípios de caráter substancial enunciados na Constituição, como o princípio de igualdade e os direitos fundamentais, e deverá admitir, portanto, a possibilidade de normas formalmente vigentes e, entretanto, substancialmente inválidas.” (Idem, p. 58).

formulações teóricas capazes de superar esses problemas.

Seguindo-se o pensamento garantista, há de se distinguir, então, claramente dois âmbitos normativos: o âmbito de vigência normativa e o âmbito de validade normativa. Pelo primeiro, identifica-se a validade formal das normas; pelo segundo, identifica-se sua validade material. Com a validade formal se está designando a vigência normativa no tempo e no espaço; com a validade material está se designando uma relação de conformidade de conteúdos normativos.

3 VIGÊNCIA NO PENSAMENTO GARANTISTA

Para se dimensionar a completa caracterização de todas as potencialidades das normas, é imprescindível que elas satisfaçam os requisitos de vigência. Assim, o primeiro pressuposto da validade das normas no sistema jurídico é que elas sejam vigentes, atendendo aos seus requisitos formais de criação e existência jurídicos (de competência de quem as cria e de procedimentos adequados para a sua criação).

3.1 DISTINÇÃO ENTRE VIGÊNCIA E VALIDADE

Assim, não se pode confundir *vigência normativa* (que está afeta à existência formal da norma no mundo jurídico - à sua aplicabilidade jurídica *a priori*) com *validade normativa* (que está afeta aos significados da norma e à sua coerência e compatibilidade com os conteúdos que lhe são prévios e prevalentes - à sua aplicabilidade jurídica *a fortiori*). Como bem ensina Ferrajoli,

“para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal [de vigência], as quais resguardam as formas e os procedimentos do *ato normativo*, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, o seu significado.”¹⁴

Há de se ressaltar, também, que a validade normativa não é condicionada e não se confunde nem com a sua eficácia (de cumprimento da norma por seus destinatários e de sanção imposta quando de seu descumprimento), nem com a sua efetividade/eficiência normativa (que a norma seja cumprida, aplicada e apta a atingir os objetivos que justificaram sua criação). Estas já são, em termos ordinários, decorrência de normas válidas, e não o contrário. Importa ressaltar que

“enquanto as condições formais da vigência constituem requisitos de fato, em ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma ditada por ele não chega a existir, as condições substanciais de validade, e de maneira especial as da vali-

14 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 701.

dade constitucional, consistem normalmente em respeito a valores - como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos dos cidadãos - cuja lesão produz uma antinomia, vale dizer, um conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível.”¹⁵

Tais análises dos aspectos de vigência e validade das normas levam à possibilidade de formulação de juízos de vigência e juízos de validade. Ou seja, possibilitam analisar o procedimento de criação e existência de uma norma dentro do sistema jurídico e afirmá-la como vigente, ou de analisar uma norma vigente em suas relações de conformidade de conteúdo com outras normas do sistema e afirmá-la como válida.

3.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DA VIGÊNCIA

Nesse contexto, a vigência, como aspecto formal da validade, envolvendo competência e procedimento de criação das normas, caracteriza-se com o cumprimento de alguns requisitos específicos. Nessa linha, José Luis Serrano, confesso seguidor de Ferrajoli, explicita que para decidir se uma norma está vigente (se existe como regra jurídica que pertence a um determinado sistema jurídico) é necessário realizar as seguintes comprovações: a) que haja sido promulgada pelo órgão competente; b) que se tenha observado o regular procedimento estabelecido para a promulgação de normas; c) que a norma tenha vigência com relação ao sujeito; d) que a norma tenha vigência territorial; e) que a norma não haja sido derogada ou que tenha vigência no tempo.¹⁶

Vale dizer, a criação de normas, para que sejam vigentes, deve ser procedida por um *órgão competente* para tal fim. Assim, um juiz, ao emitir a norma concreta que é a sentença, deverá ser juridicamente competente para isso; os órgãos da Administração Pública que emitirem normas administrativas (decretos, portarias, regulamentos) deverão ser juridicamente competentes para isso; o órgão legislativo que criar leis deverá ser juridicamente competente para isso.

Além disso, há no sistema jurídico uma hierarquia de normas, em que *normas superiores fixam regras para que sejam criadas outras normas*. Tais regras designam primariamente as já referidas competências. Mas designam, também, proce-

15 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 874 (opta-se neste trecho pela tradução direta do texto em espanhol, por se entender que a opção da tradução brasileira – no geral excelente - pela palavra “vigor” em vez de “vigência” é inadequada). No mesmo sentido da afirmação de Ferrajoli, vide Peña Freire, que afirma que um juízo de vigência “refere-se à constatação da simples existência de uma norma no ordenamento jurídico. É um juízo de fato ou técnico, pois se limita a constatar que a norma cumpre os requisitos formais que lhe são exigíveis e, como tal, é suscetível de ser declarado verdadeiro ou falso. Frente a isto, o juízo de validade refere-se não à forma da norma, mas sim a seu conteúdo, e afeta a relação da norma com as determinações existentes em níveis superiores do ordenamento: sua vinculação a valores e princípios constitucionais é o que motiva que, em qualquer caso, seja um juízo complexo mas de caráter jurídico, interno ao ordenamento, e não moral ou político.” (FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trota, 1997, p. 98).

16 SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia...*, p. 74-92.

dimentos específicos para a criação de normas, os quais deverão ser observados sob pena de que tais novas normas não tenham vigência. Assim, por exemplo, os procedimentos previstos nos artigos 61, 64, 65 e 66 da Constituição sobre criação de lei.

As normas, como componentes do sistema jurídico, é que determinam quais as condutas humanas e as práticas institucionais públicas ou privadas que por elas serão atingidas. Ou seja, embora abstratas, *as normas determinam o objeto material de sua vigência*. Uma norma que define o que é ato ilícito, como é o caso do artigo 186 do Código Civil, está identificando e delimitando as situações de fato a que se destina.

Sob o aspecto de dirigir-se ao sujeito, que pode ser designado como *âmbito de vigência pessoal*, não se deve confundir o sujeito jurídico com o sujeito físico. O que é indicado normativamente é um sujeito que poderá ser atingido pela vigência da norma. É o que ocorre, por exemplo, com as pessoas jurídicas no artigo 3º da Lei 9.605/98.

No que respeita ao âmbito de vigência espacial, importa frisar que não se trata necessariamente de espaço físico - melhor se define como *espaço geográfico simbólico*. Ou seja, o enunciado, para se constituir como elemento componente da norma, deve ser direcionado para a incidência sobre um espaço, determinado ou indeterminado, no qual está destinado a surtir seus efeitos. Por exemplo, a Lei 9.605/98 destina-se primariamente à proteção ambiental em todo o espaço geográfico brasileiro (ar, terra e mar).

Enfim, no que respeita ao fator tempo, *as normas dirigem-se ao futuro*, para regular fatos, estabelecer direitos ou regular situações e relações discutidas no passado, mas que ocorrerão no futuro. Nesse sentido, toda norma é abstrata, pois prevê situações de fato comandos jurídicos que poderão ou não incidir no futuro (dependendo de aquilo a que se destina ocorrer ou não, ser necessário ou não).

Com a combinação positiva desses critérios, pode-se afirmar que uma norma apresenta as características de vigência. O que se tem, entretanto, é que, segundo a concepção garantista, a vigência não indica necessariamente a validade de uma norma. Dito de outro modo, *para que uma norma seja válida, precisa ser vigente; mas nem toda norma vigente será válida*. Ou seja,

“as normas poderão ser *vigentes mas inválidas*, com o que ‘direito vigente’ e ‘direito válido’ não coincidem. A *vigência* refere-se simplesmente à constatação de que a norma está contida em um texto normativo não anulado e pode, por consequência, ser aplicada mediante decisões válidas a respeito dela”.¹⁷

A noção de validade garantista é de profundo interesse para a efetivação dos direitos humanos, ao menos num plano jurídico. Ela fundamentará a idéia de que os direitos humanos, especialmente considerando-se sua consagração constitucional como direitos fundamentais, servem como condicionantes da validade das demais normas do sistema jurídico.

17 FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*, p. 97.

4 VALIDADE NORMATIVA NO PENSAMENTO GARANTISTA

A verificação de que uma norma seja vigente (nos termos já expostos, de que uma norma possua 'validade formal') não resolve os problemas normativos do sistema jurídico. Afinal, tendo-se em conta a idéia de sistema jurídico, importa que se vá bem além dos aspectos de vigência. Isso porque o sistema jurídico - para que mereça a categorização como 'sistema' - não prescinde (ao contrário) de conexões de conteúdo que o condicionem efetivamente. E tais conexões de sentido dão-se no plano das questões referentes à validade (validade material, conteudística).

Ocorre que, para além das dimensões formais da vigência, a coerência de conteúdo é também um requisito sistemático de validade: se a norma editada contrariar o conteúdo de uma norma que lhe é superior, mesmo sendo vigente será ela inválida. A norma deve, portanto, estar conformada ao conteúdo técnico e valorativo de normas que lhe são hierarquicamente superiores (sentido vertical), além de estar conformada ao conteúdo técnico e valorativo do conjunto de normas componentes do sistema jurídico (sentido horizontal).

A relação de validade é, portanto, uma relação jurídica que soma as formas de produção normativa (seus *pressupostos de vigência*) com os conteúdos vinculatorios da produção normativa (seus *condicionantes materiais de validade*).

Neste sentido, a concepção garantista de Ferrajoli sobre validade traz contribuições singulares à teoria jurídica. Primeiramente, porque *aprofunda a idéia de que há uma sensível diferença entre validade normativa formal e validade normativa material*. Além disso, permite a *aposta, ao vincular a validade material a juízos jurídicos valorativos, na idéia de um sistema jurídico aberto axiologicamente* - mas em que a axiologia faz parte do universo normativo (não se restringindo a meros juízos filosóficos ou sociológicos). Enfim, porque *relaciona os condicionamentos de validade material à Constituição* e, em especial, aos direitos humanos básicos constitucionalizados (direitos fundamentais).

4.1 A VALIDADE EM RELAÇÃO À VIGÊNCIA

Como se viu, para o garantismo deve-se distinguir o âmbito da vigência normativa ('validade formal') do âmbito da validade normativa ('validade material'). O primeiro estaria baseado em juízos de vigência, de que uma norma é juridicamente aplicável num determinado tempo e num determinado espaço - que seriam, ao final, *juízos de fato*. Por sua vez, o âmbito da validade estaria baseado em juízos de validade do conteúdo normativo - que seriam, ao final, *juízos axiológicos de direito*.

Explique-se: um juízo de vigência indica que a norma foi editada pela autoridade competente para editá-la, seguindo o procedimento adequado para a sua criação, e que tal norma é aplicável em termos espaço-temporais. Traduz-se, assim, como um juízo sobre o fato de criação da norma, sobre como ela foi criada e sobre

a possibilidade de que ela seja aplicada – por isso um juízo de fato.

É bom que se alerte que tal não significa que o juízo sobre a vigência não seja concomitantemente um juízo de direito: será também, pois indicará que a competência e o procedimento para criação de uma norma são, juridicamente, 'x' e 'y'. Ocorre que, em termos finais, tal juízo indica um fato: a norma vigente¹⁸ foi criada por quem era competente para tanto e seguindo o procedimento adequado, enquanto que uma norma não vigente não foi criada por quem era competente para tanto, ou não seguiu os procedimentos adequados. Perceba-se, de outra parte, que até aqui não se fez menção ao conteúdo normativo propriamente dito.

Por sua vez, um juízo de validade indica exatamente tal menção ao conteúdo. Significa que uma norma vigente tem significado jurídico compatível com as normas dentro do sistema jurídico que lhe são superiores (plano vertical), em especial com as normas constitucionais, e com o próprio sistema jurídico como um todo (plano horizontal). Trata-se de um juízo que significa afirmar, em termos finais, que a norma é compatível com as normas constitucionais que consagram os direitos humanos básicos, com eles está numa relação de coerência - por isso um juízo axiológico-normativo.

4.2 CARACTERIZAÇÃO DA VALIDADE

Importa frisar, ainda, que os juízos de validade devem ser construídos dialeticamente, num constante processo de valoração dos significados normativos, adequando os conteúdos normativos às multiplicidades de sentido das hipóteses de incidência normativa. Para tanto, em tal processo parte-se de *pontos fixos*¹⁹ - valores superiores constitucionalmente consagrados -, cujo âmbito de significação define-se tendo como base uma pré-significação (histórico-social), mas condicionada dialeticamente à proteção e à busca de efetivação dos direitos fundamentais.

Ou seja, a idéia de validade consiste numa relação jurídica complexa, que variará em cada momento de aplicação do sistema jurídico, pois

“no caso do Estado constitucional de direito, se a validade é uma função que permite a conexão de cada norma com o resto do ordenamento, haverá que se admitir que a validade das normas está submetida a variações e mutações devido a suas relações com os valores e princípios constitucionais e, particularmente, a partir das exigências derivadas da garantia jurídica”.²⁰

Trata-se, portanto, de um juízo valorativo, condicionado dialeticamente, mas

18 Importa frisar que, embora o foco principal esteja em normas legisladas (contidas em leis), englobam-se em tal idéia todas as normas jurídicas formais (além das leis em suas diversas espécies, os atos administrativos e as sentenças).

19 A expressão 'pontos fixos' não quer indicar pontos imutáveis, mas tão-somente pontos de referência localizados - 'fixados' - em normas superiores (especialmente normas constitucionais). Vale dizer, trata-se de pontos de referência necessária, com conteúdo não imobilizado historicamente - ao contrário, são conteúdos constantemente reconstruídos historicamente.

20 FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*, p. 96.

indefectivelmente jurídico (porque com base normativa e efeitos no mundo jurídico):

“o juízo de validade refere-se não à forma da norma, mas sim a seu conteúdo, e afeta a relação da norma com as determinações existentes em níveis superiores do ordenamento: sua vinculação a valores e princípios constitucionais é o que motiva que, em todo caso, seja um juízo complexo mas de caráter jurídico, interno ao ordenamento, e não moral ou político”.²¹

É, assim, relevante afirmar que a análise da validade de uma norma, mesmo fazendo-se através de juízos valorativos, é uma análise realizada no plano jurídico (na linguagem de Ferrajoli, no ‘plano interno’). Indica que a norma - frente a outras normas que contêm o significado, o conteúdo que embasa essa valoração - está legitimada por sua compatibilidade e coerência material, de conteúdo.

Vale ressaltar, ainda, que também há diferença na relação da vigência normativa e da validade normativa com o fator tempo (a duração de cada uma no mundo jurídico). Isso porque

“o tempo da vigência é linear no sentido de que ela se expressa somente como continuidade ou descontinuidade de obrigações. Por sua vez, o tempo da validade é simbólico no sentido de que se permite atuar como se não tivesse limites. A vigência de uma norma começa um dia e se pressupõe até que cessa para tudo o que estiver abarcado por seus domínios espaciais, objetivos e subjetivos. (...) a vigência, uma vez provada, é pressuposta para todo caso análogo. Enquanto isso, a validade nunca se dá por descontada para todo caso e tem que ser construída por cada intérprete e em cada caso”.²²

Enfim, os juízos de vigência normativa são juízos binários (vigente ou não vigente) e juízos fáticos, enquanto que os juízos de validade normativa podem ser múltiplos (válida, parcialmente válida/parcialmente inválida, inválida, contextualmente inválida, contextualmente válida). Uma norma pode então ser vigente, mas inválida; ou vigente, mas parcialmente válida; ou vigente e válida.

Nesse ponto, resta discutir, então, como se deve analisar o grau de cumprimento e aplicação das normas jurídicas (vigentes e válidas, preferencialmente) no meio social - vale dizer, o seu grau de *efetividade* social?

5 EFICÁCIA E EFETIVIDADE NO GARANTISMO

5.1 SOBRE A EFICÁCIA (JURÍDICA)

Procedida a análise dos problemas de vigência e validade normativas numa ótica garantista, deve-se passar a uma análise correlata, mas situada num plano diverso: a diferença entre eficácia e efetividade. Aqui novamente se verificará que o

21 Idem, p. 98.

22 SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia...*, p. 70. Vê-se semelhante pensamento em ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

garantismo propõe noções diferenciadas daquelas a que o pensamento jurídico se acostumou nas últimas décadas. Tal se dá basicamente pela distinção entre eficácia normativa (eficácia jurídica, aplicabilidade) e efetividade normativa (eficácia social).

Primeiramente, é de se observar que as normas vigentes e válidas dentro de um determinado sistema jurídico terão legitimidade jurídico-valorativa para serem aplicadas à sociedade como um todo. O fato de que poderão ser aplicadas significa que tais normas possuem *aplicabilidade*, ou seja, *eficácia jurídica*.

Com isso, afirma-se que a eficácia é traduzida como eficácia jurídica, como aplicabilidade. Toda norma vigente é, a princípio²³, hábil a ser aplicada a casos concretos. Tal aplicabilidade pode ou não se sustentar juridicamente, dependendo de que a norma receba juízos positivos ou negativos de validade, totais ou parciais (válida ou inválida).

Ilustrativamente, cite-se Marcos Bernardes de Mello, ao explicar a idéia de existência da norma, distinguindo-a da vigência:

“o que, dessarte, distingue a norma simplesmente existente da norma jurídica vigente é, exatamente, a possibilidade de incidir sobre seus pressupostos fáticos quando concretizados, subordinando-os ao sentido que lhes impõe. Daí se conclui que é a eficácia que garante a vigência”.²⁴

Parte o civilista da correta idéia de que a existência da norma no ordenamento é garantida por sua publicação - se a norma chegar a este ponto será juridicamente existente. A vigência (sua validade formal) é garantida pela referida aplicabilidade em tese (eficácia jurídica) da norma, que se dará após o período de *vacatio legis* (se for o caso).

Ora, neste ponto se está, com a vigência, naquilo que tradicionalmente é considerado plano de validade ('formal', nos termos antes explicados) e que no garantismo traduz-se simplesmente como *vigência*. Ou seja, como já se viu, uma norma é vigente se foi editada por quem tinha competência para tanto, seguindo os procedimentos prescritos para sua elaboração (incluindo-se, quando necessário, um período de publicização chamado *vacatio legis*). Uma norma vigente, então, possui, ao menos primariamente (insista-se na necessidade do juízo de validade), eficácia jurídica (aplicabilidade).

Para além disso, porém, é necessário que se indague se as normas vigentes possuem *efetividade no meio social*. E isto sob dois aspectos: se as normas são efetivamente cumpridas; se as normas contribuem para que o sistema jurídico atinja seus objetivos. Partindo-se daí, pode-se indagar se o sistema jurídico é efetivo no meio social, no que respeita ao seu cumprimento - e se, para tanto, disponibiliza os instrumentos para que aqueles que o aplicam atuem de maneira a efetivá-lo. E, também, pode-se indagar a respeito de sua eficiência, ou seja, se as normas atin-

23 "A princípio" porque dependerá, ainda, ao final, de sua validade.

24 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico* (plano da existência). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 65-66.

gem as finalidades a que se destinam.

5.2 SOBRE A EFETIVIDADE E A EFICIÊNCIA

A amplitude de aplicabilidade e de aplicação de uma norma mede-se por sua eficácia (jurídica) e por sua efetividade (efetividade no plano de seu cumprimento e efetividade no plano de atingimento de suas finalidades – eficiência). Ocorre que uma norma pode ser vigente (e juridicamente eficaz), efetiva e não atingir suas finalidades. Ou ser relativamente inefetiva (não ser realmente aplicada, sendo, no entanto, cumprida) e atingir as finalidades a que se destina.

A efetividade tem, portanto, duas dimensões complementares. A primeira dimensão é referente àquilo que tradicionalmente seria chamado de eficácia social, vale dizer, se a norma tem sido realmente observada por seus destinatários. Isso é perceptível quando as pessoas (às quais a norma se destina) geralmente obedecem ao preceito normativo. É perceptível, ainda, quando se verifica que os agentes públicos (incluam-se aqui os juízes) a aplicam realmente. Isso pode ser chamado simplesmente de *efetividade normativa*.

A segunda dimensão refere-se ao atingimento das finalidades a que se destina. Uma norma sempre é criada em função de um determinado fim a ser atingido (direta ou indiretamente). Essas finalidades, com a vigência e a aplicação social da norma (a primeira dimensão da efetividade), poderão ou não ser atingidas – e sendo atingidas, isso poderá ocorrer em diversos graus. Entende-se aqui que esse atingimento das finalidades, dos seus objetivos específicos, pode também ser chamado de *eficiência normativa*.

Destaque-se que o questionamento sobre se *as normas atingem seus objetivos específicos* traz à tona o caráter insitamente teleológico de qualquer conjunto de normas – e das próprias normas isoladamente. Uma norma de direito civil que fixe critérios para distinguir união estável e concubinato tem como finalidade ‘proteger’ de maneira semelhante ao casamento a união estável, considerando-a entidade familiar e o concubinato não. Uma norma que fixa um prazo recursal tem por finalidade evitar que os processos possam se prolongar indefinidamente no tempo. Uma norma constitucional que determina a igualdade de direitos entre homens e mulheres tem por finalidades evitar discriminações decorrentes do gênero e estimular relações de igualdade no meio social. E assim se poderia seguir ilimitadamente, norma a norma.

Um importante aspecto da análise da efetividade de uma norma é, portanto, a verificação de estar tal norma atingindo a finalidade para a qual foi criada, ao menos medianamente, sendo, portanto, eficiente. Tal atingimento das finalidades normativas não significa - nem poderia significar - que a norma satisfaça plenamente aquilo a que se destina, mas sim que sua aplicação (tanto positiva - aplicação da norma a uma situação jurídica - quanto negativa - que a norma seja respeitada de modo que

não se produzam situações que a contrariem) contribui para aproximar o direito deste(s) objetivo(s).

Entretanto, é requisito lógico dessa análise a verificação do grau de cumprimento da norma (seja pelo aspecto obediência à norma, seja pelo aspecto aplicação da norma) – vale dizer, a verificação da medida em que está sendo satisfeita a primeira dimensão da efetividade. Tem-se como bom exemplo a já mencionada norma constitucional de igualdade entre homens e mulheres: sua aplicação positiva e negativa não produziu nem irá produzir a igualdade, mas tem contribuído para que se evite a desigualdade baseada no gênero.

Além desse aspecto, há de se observar, no plano da efetividade, *se as normas contribuem para que o sistema jurídico contextualmente atinja suas finalidades*. A norma não está isolada em relação às finalidades que traduz, pois, como se viu, as normas se encontram encadeadas sistematicamente. E tal encadeamento ocorre através de duas principais matrizes de conteúdo: os valores superiores que as normas traduzem e aos quais estão conectadas e as finalidades sistemáticas a que as normas devem ser direcionadas.

De tal modo, podem-se formular juízos de efetividade sobre as normas, afirmando-as como efetivas ou inefetivas. Uma norma *será efetiva caso seja efetivamente cumprida e aplicada e caso suas finalidades - individuais e contextuais - sejam predominantemente atingidas*. Uma norma será inefetiva quando não for cumprida e aplicada ou quando suas finalidades predominantes - individuais e contextuais - não sejam atingidas.

Por decorrência, a análise da efetividade normativa inclui a verificação de estar a norma contribuindo contextualmente com outras normas, para que determinadas finalidades principais do sistema sejam atingidas²⁵. Evidentemente, isso pressupõe que o sistema, quanto ao conjunto de normas com finalidade geral comum, seja efetivamente cumprido no meio social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

COELHO, Edihermes Marques. *Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

²⁵ Assim, por exemplo, para se verificar a efetividade (em suas duas dimensões) de uma específica norma sobre igualdade, é necessário que se verifique se as diversas normas atinentes à igualdade estão sendo em conjunto observadas, cumpridas e aplicadas. Insista-se: isso não significa que não haverá desigualdade, mas que as normas de igualdade estarão contribuindo para evitar a desigualdade.

_____. *Manual de Direito Penal: parte geral: a dogmática penal sob uma ótica garantista*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

COELHO, Edihermes Marques (Org.). *Direitos Fundamentais: reflexões críticas: teoria e efetividade*. Uberlândia: IPEDI, 2005.

COPETTI, André. *Direito Penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 2001.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.