

**VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DAS
TEORIAS DE KELSEN E LUHMANN**

***LEGAL NORMS VALIDITY: CONSIDERATIONS BASED ON KELSEN AND
LUHMANN THEORIES***

Ruby Floriani dos Anjos

rubyafloriani@gmail.com

Doutoranda, Mestre e Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP

Consultora Jurídica em São Paulo

RESUMO

A proposta desse artigo é apresentar, de forma geral, o conceito de validade tendo como base duas obras: A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e O Direito das Sociedades de Niklas Luhmann. Por fim, apresentaremos nosso entendimento.

Palavras-chave: Validade das normas jurídicas. Hans Kelsen. Niklas Luhmann.

ABSTRACT

The aim of this paper is to present the general concept of validity based on two papers: Pure Theory of Law by Hans Kelsen and A Sociological Theory of Law by Niklas Luhmann. In the end we will present our point of view.

Keywords: *Legal norms validity. Hans Kelsen. Niklas Luhmann.*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. Validade para Hans Kelsen. 1.1 Modelo teórico. 1.2 Validade. 2. Validade para Niklas Luhmann. 2.1 Modelo teórico. 2.2 Validade. 3. Nosso entendimento. 3.1 Teoria das Classes. **SÍNTESE CONCLUSIVA. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

SUMMARY: *INTRODUCTION. 1. Validity according to Hans Kelsen. 1.1 Theoretical model. 1.2 Validity. 2. Validity according to Niklas Luhmann. 2.1 Theoretical model. 2.2 Validity. 3. Our point of view 3.1 Types theory. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY.*

INTRODUÇÃO

De início há que se salientar que Luhmann não deu continuidade à obra de Kelsen, pelo contrário, o que se perceberá é que as obras em nada se confundem, pois os Autores, individualmente, ofereceram metodologias distintas para o estudo do direito. Apesar de algumas coincidências, como por exemplo, ambos analisarem o direito de uma perspectiva interior, elas são essencialmente diferentes.

Outro dado importante é que as Teorias quebraram os paradigmas das épocas em que surgiram, mas cada qual em momento distinto. A Teoria Pura, por exemplo, teve sua primeira edição em 1934, enquanto que o Direito das Sociedades é de 1993. Esses momentos além de se distanciarem revelavam outro contexto vivido que certamente influenciou os Autores.

Kelsen, visando à elaboração de novo paradigma necessário para sua época, elaborou uma grande pergunta: Que é o Direito? E forneceu uma resposta exemplar por meio de sua Teoria. Esses pressupostos paradigmáticos estão por trás das características do Estado liberal momento histórico-político da construção da obra.

Todavia, com o tempo, e mudança de contextos, muitos entendem que essa resposta deixa de ser “exemplar” e consensual, passando a ser questionada, caracterizando um período pré-paragmático, que é o que podemos dizer que vivemos, no qual as velhas teorias ainda não morreram, **mas as novas ainda não têm força para lhes sobrepor.**

Assim sendo, deixa-se de perguntar o que é o direito para questionar a respeito de sua função, caracterizando o tipo de Estado que hora prevalece que é o social. Neste momento

temos Luhmann que, num momento e com propósitos diferentes de Kelsen, elaborou a Teoria das Sociedades objetivando o a sua aplicabilidade a todos os sistemas que a compõem e não exclusivamente ao direito, como fez Kelsen.

O artigo é composto por três itens, os dois primeiros discorrem sobre o modelo teórico e a validade, sendo, o primeiro reservado ao pensamento de Kelsen e o segundo ao de Luhmann. Por fim, no item 3 arriscaremos expor nosso entendimento sobre o tema.

1. VALIDADE PARA HANS KELSEN

1.1. Modelo teórico

Kelsen, quando se propõe a estudar o direito em sua pureza, ele quer eliminar de sua teoria tudo aquilo que não pertença ao objeto, que é o direito, para tanto ele faz um corte epistemológico desprovendo o direito das demais relações que, naturalmente ele tem com a sociologia, psicologia etc., excluindo de sua análise os elementos que denominou metajurídicos.

Ele evidencia essa separação elaborando dicotomias, na qual a mais relevante é a distinção entre o “ser” e o “dever-ser” ou, entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser. A ele interessará apenas o mundo do dever-ser, que serão os atos do homem realizados com base nas normas jurídicas, que se diferenciam dos atos do ser, justamente pela nota da coercitividade de que são dotadas essas normas. O mundo do “ser” estaria relacionado à linguagem da natureza, sujeitas à fenomenologia da causalidade, onde se A então B. Já o do “dever-ser” à linguagem normativa, cuja relação é de imputação (se A dever ser B), ou seja, é possível que as normas sejam criadas com base numa ligação inventada (arbitrária) entre um fato e uma consequência.

Dentre outras categorias tensionadas, que são decorrência da distinção entre ser e dever-ser temos: norma e proposição; imputação e causalidade; lícito e ilícito; prescrição e descrição; verdade e falsidade etc., e também validade e não-validade.

As normas jurídicas, enquanto elementos que compõem o direito positivo, expressam-se por meio de uma linguagem prescritiva e apresentam-se como comando ou permissões e

atribuições de poder e competência, visando à regulação das condutas humanas, impondo um determinado comportamento. Podemos dizer que todas as normas têm como objetivo regular as condutas dos homens, sejam sociais, morais, jurídicas etc.. O que diferencia as normas jurídicas das demais normas é, como ensina Kelsen, a coercitividade¹. Em suas palavras:

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executada mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo².

Para o Autor, as proposições, por outro lado, são as descrições das normas jurídicas, elaborados pela Ciência do direito, são interpretações denominadas não-autênticas, já que não realizadas pelos órgãos competentes.

À interpretação (ou aplicação) realizada pelos órgãos competentes, Kelsen denomina autêntica. Ela traz para dentro do direito qualquer conteúdo, já que importa a forma, característica predominante de sua teoria. Isso se dá porque a relação entre normas gerais e normas concretas nunca é completa, possibilitando uma margem para a livre apreciação do aplicador.

Além disso, separa os sistemas de normas, analisando-os sob o ponto de vista dinâmico e sob o ponto de vista estático. Sob o ponto de vista estático, o que se verifica é se a conduta é devida em razão do seu conteúdo. No dinâmico o sistema é compreendido pelo processo de produção de normas, no qual a norma de superior hierarquia (norma de criação) dá fundamento de validade à norma derivada (inferior). Conformando uma relação hierárquica que encontrará seu último fundamento máximo de validade na norma hipotética fundamental, explica Kelsen³: “Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser outra norma, este pressuposto tem que ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta [...]”.

¹ “Coercitividade da norma jurídica significa a possibilidade de a conduta prescrita pela norma, quando não for espontaneamente cumprida, ser imposta mediante o emprego da força, de maneira organizada, institucionalizada.” E continua: “A coercitividade, de uma forma ou de outra, com maior ou menor clareza, tem sido apontada pela doutrina como sendo a nota distintiva do jurídico”. QUEIROZ. Luis César Souza de: *Sujeição passiva tributária*, p. 15.

² *Teoria pura do direito*, p. 37.

O objetivo da norma fundamental é dar unidade ao sistema e, enquanto construção científica este ponto de partida (ou de fechamento) é necessário é correto, apesar das inúmeras críticas.

1.2 Validade

O conceito de validade em Kelsen volta-se, portanto, para a norma jurídica, como decorrência própria de sua teoria.

Para ele as normas serão válidas desde que atendam aos procedimentos estabelecidos pela norma de formação e tudo sob o ponto de vista dinâmico. Não importando o conteúdo. Em suas palavras:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica⁴.

Dessa forma, válida é a norma que pertence a um determinado ordenamento jurídico e que possui força de regular as condutas humanas, tendo em vista que pertencer é existir. Na concepção do autor a validade confunde-se com existência. Dado que a validade é uma relação de pertinencialidade, ele não define o conceito de validade, mas informa os procedimentos que devem ser observados para que uma determinada norma possa ser considerada válida.

A fim de esclarecer o entendimento de Kelsen sobre validade, vejamos o que dizem alguns autores que seguem sua Teoria.

³ *Ibid.*, p. 224.

⁴ *Ibid.*, p. 221.

Paulo de Barros Carvalho informa: “ser a norma válida quer significar relação de pertinencialidade como o sistema ‘S’, ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim”. E continua:

A validade não é, portanto, atributo que qualifica a norma jurídica, tendo *status* de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que u’ a norma ‘N’ é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema ‘S’⁵. (grifos do autor).

Essa relação de pertinencialidade é conferida por meio de outra norma: uma norma de hierarquia superior.

Marcelo Fortes Cerqueira quando trata em sua dissertação⁶ sobre o tema da validade discorre sobre validade absoluta e a validade relativa, sendo a primeira, aquela que tenha atendido ao binômio: órgão habilitado + (mais) procedimento, elas regressam perfeitamente até a norma de origem, encontrando seu fundamento de validade. As relativas podem ter desrespeitado tanto requisitos formais quanto materiais, todavia, para que sejam válidas, basta que tenham atendido aos requisitos mínimos necessários à validade, ou seja, tenham sido editadas por UM órgão político habilitado, mesmo que não seja competente e atendido UM único procedimento de produção das normas.

Tárek Moysés Moussallem⁷ não aceita que a validade possa ser plena ou parcial, para ele “Não há possibilidade da norma pertencer mais ou menos ao sistema”. Por outro lado, sob o ponto de vista do sistema dinâmico admite a presunção de validade das normas.

Ponto polêmico, e um dos mais criticados, por aqueles que não conhecem profundamente sua Teoria, é quando afirma que a norma para ser válida deve conter um mínimo de eficácia.

Aparentemente, acaba misturando conceitos extrajurídicos, já que a eficácia, enquanto cumprimento das normas jurídicas pelo homem, não caberia à análise do direito e sim à

⁵ *Curso de direito tributário*, p. 81.

⁶ *Repetição do Indébito Tributário*.

⁷ *Fontes do Direito Tributário*.

sociologia. Exatamente por isso que ele não discorre muito a respeito dessa eficácia, já que sua proposta é tratar o direito na sua pureza.

Por fim, cumpre esclarecer que validade sob o ponto de vista de sua eficácia não se confunde com fundamento de validade. Este é conferido pelo processo de escalonamento de normas, na qual uma norma de inferior hierarquia encontra seu fundamento de validade em norma superior, até alcançar a norma-hipotética fundamental, esta, norma pressuposta que dá unidade ao sistema jurídico.

A validade, relacionada com a eficácia, por sua vez, é um caso especial entre o ser e o dever ser, de modo que, em virtude do desuso, inaplicabilidade pela sociedade de uma norma, ela perde sua eficácia, desaparecendo do sistema e, portanto, perdendo sua validade.

Podemos concluir com Kelsen e seus adeptos que a validade se confunde com a existência. Existente é a norma que pertence ao sistema do direito positivo e que, portanto, é válida. Inexistente, por outro lado, é a norma que ainda não foi posta no sistema do direito positivo, então, jurídica não será.

Ademais, para uma norma ser válida não importa o conteúdo e sim que tenha atendido as formas determinadas pelo direito positivo para sua criação.

2. VALIDADE PARA LUHMANN

2.1. Modelo teórico

Luhmann constrói uma teoria totalmente diferenciada da que até então vigorava em sua época, quebrando todos os paradigmas. Seu objetivo foi elaborar uma teoria que superasse os modelos existentes, preenchendo as lacunas que se davam entre as teorias sociais e a complexidade da sociedade moderna. Devendo ser aplicável a todos os sistemas e não exclusivamente ao Direito, como na Teoria Pura.

Ele não mais trabalha com as dicotomias tensionadas de Kelsen, mas estabelece um modelo paradoxal, pois, para ele a comunicação (ou a sociedade) se forma de modo paradoxal. Tudo é produto de diferença entre duas operações.

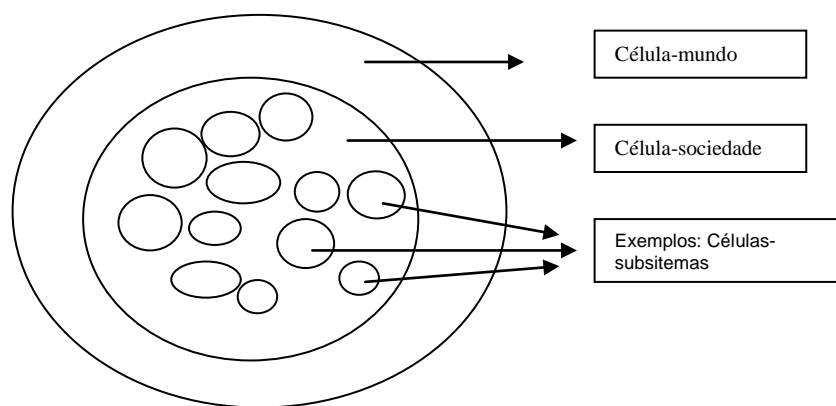
De acordo com a sua teoria dos sistemas, a sociedade é compreendida enquanto um fenômeno de comunicação. Conforme explica o Celso Fernandes Campilongo⁸: “Não se trata de uma abstração ou de um tipo ideal. O pressuposto é empírico: a sociedade é comunicação. Foi, é e será comunicação!”.

Luhmann analisa o sistema como um conjunto de operações fáticas e não mais como um conjunto de regras e princípios próprios do positivismo. A estrutura passa a ser necessária para que as operações se realizem, mas a atenção deve voltar-se para as operações. São elas que constituem os sistemas ao produzirem a diferença com o ambiente.

O que diferencia a sociedade do ambiente (mundo) a que pertence, é a comunicação. Tudo que não é sistema social é ambiente e sistema engloba tudo o que é comunicação, ou seja, suas operações: ato de comunicar, de informar e compreende⁹. A sociedade é o resultado da diferença entre sistema e ambiente. É pela comunicação que a sociedade se movimenta.

Podemos imaginar uma “célula-mundo” e dentro dela outra célula que se forma chamada “célula-sociedade” e dentro desta, todas as “células-subsistemas”, sendo uma delas o direito.

A célula-sociedade é uma rede de comunicações, fruto do processo de seleção, tudo em constante movimentação.



⁸ Prefácio ao livro *Direito, tempo e memória* de Raffaele De Giorgi, p. 12.

⁹ LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade (Das Recht der Gesellschaft)*. Tradução Provisória para o Espanhol de Javier Torres Nafarrate, p. 14.

À medida que surgem novas possibilidades de comunicação temos mais complexidade social e isto se dá naturalmente, sem um prévio planejamento, resultando numa multiplicação das células, tal como as células-subsistemas acima representadas.

Outra característica a se considerar sobre a sociedade é que seu futuro é contingente, pois, cada acontecimento que se deu, poderia ter se dado de forma diferente, de acordo com as outras inúmeras possibilidades que a comunicação proporciona, podendo, portanto, num momento imediatamente subsequente, situação semelhante dar-se de modo totalmente diferenciado. O processo de escolha exercido pela sociedade pode trilhar caminhos até então nunca percorridos, pois as possibilidades superam a própria realidade.

Toda essa quantidade de comunicação possível na sociedade exige que sejam estabelecidos critérios para a seleção dos fatos e para que se formem os subsistemas. Realizando a seleção conforme determinados critérios ocorre uma redução de complexidade, pois ao mesmo tempo a comunicação também é reduzida. Aqui surge o primeiro paradoxo. É justamente essa redução que leva a sociedade a se expandir por meio da complexidade.

A contrapartida do aumento da contingência, do risco e da complexidade está, portanto, na diferenciação funcional. Para isso cada subsistema passa a ter um código próprio em relação aos demais, desenvolvendo-se por meio de suas atividades próprias e conceitos auto-referenciais (comunicação gera comunicação por meio de comunicação).

O código é que dá fechamento operativo ao sistema, eles serão sempre binários e decorrentes da diferenciação funcional. Mas eles são insuficientes para a estruturação do sistema, já que, do ponto de vista temporal, eles são invariáveis, sendo necessários para isso os programas, pois se os valores dos códigos mudarem eles não têm como se adaptar.

A sociedade é um sistema que tem operatividade fechada, ou seja, dentro dele ocorrem apenas comunicações (que se dão pelo ato de comunicar, da informação e da compreensão), mas que a diferenciam do ambiente por meio de operações próprias e tendo vistas ao atingimento de uma determinada finalidade. Mas esse fechamento não significa isolamento, ao contrário, representa abertura cognitiva, característica dos sistemas autopoieticos. De modo que as células-subsistemas se comunicam entre elas, mas de forma exclusivamente cognoscitiva. Sua forma de operar é alheia aos demais subsistemas autopoieticos.

O direito, que é uma daquelas células-subsistemas (do sistema social) é tido como um sistema comunicativo quem tem a função de generalizar de forma congruente as expectativas normativas na sociedade, ou seja, na prescrição de normas que comuniquem os anseios de maneira mais ou menos uniforme. Todavia, o fato destas expectativas normativas não se concretizarem, não afeta a função do direito que pretende manter-se no tempo.

A norma jurídica, portanto, é algo que se dá no processo comunicativo considerado em sua generalidade e não a partir dos enunciados prescritivos, tal como ensina Kelsen. A norma envolve programas de troca e de manutenção de expectativas.

O fechamento operacional do subsistema social do direito é dado pelo código binário lícito/ilícito. Essa é sua garantia de diferenciação funcional. Tudo que ingressar no direito será processado por meio deste código. Temos aqui uma observação do ponto de vista interno no sistema, ou de segundo grau.

Por outro lado, o estudo da sociedade complexa requer o estudo dos acoplamentos estruturais, que são os intercâmbios de atividades desempenhadas por cada sistema. Exemplo: o sistema político pode elaborar leis, quando o sistema do direito implementa os programas prescritos por tais leis.

Essas são as características básicas da teoria dos sistemas de Luhmann, vejamos o seu pensamento sobre validade.

2.2 Validade

Considerando a *autopoiesis* dos sistemas sociais, o direito, enquanto subsistema produz sua diferenciação com base em seus códigos e programas específicos.

A validade é uma nota de distinção do sistema jurídico que surge da realização recursiva das operações próprias do sistema e que não pode ser utilizados em nenhum outro subsistema. Ela está presente nessas operações internas para dar unidade ao sistema jurídico, sendo um símbolo que possui apenas a função operativa de realizar as conexões entre as operações.

Enquanto símbolo, não admite qualificações, que possam de alguma maneira levar a uma melhor ou pior qualidade, pois não possui valor intrínseco. Validade quer dizer, aceitação da comunicação mais isto não elimina a verificação de, por exemplo, das leis inconstitucionais, mas isso não se dará sobre a base de qualidade intrínseca da norma, mas apenas em referência ao direito vigente e sob as condições que ele prescreva na qualidade de validade jurídica.

Da mesma forma não se concebe que a validade possa ser dada pela hierarquia das normas pelo conhecido fundamento de validade, de modo que norma inferior será válida se encontrar esse fundamento em norma de superior hierarquia.

A unidade do sistema do direito, portanto, não será dada por uma norma pressuposta, como afirma Kelsen, mas sim por este símbolo que possibilita que cada operação reconheça o que é ou não é comunicação do direito, ou seja, não há para a validade, uma condição de conhecimento. Validade não é norma, é forma e como tal marca a diferença entre validade e invalidade, sendo aquela a que está dentro do sistema e esta a que está fora.

Sua compreensão de validade tem como referência o tempo, ou seja, para o Autor a validade é temporal. Isso demonstra que a validade está na simultaneidade das operações, ou seja, é um símbolo circulante que garante as mudanças dos sistemas. Quando se fala que a validade se encontra no tempo, quer significar com isso a simultaneidade de todas as operações fáticas do sistema social, enquanto tudo o que acontece agora e não o que aconteceu no passado ou que acontecerá no futuro. Ela representa a estabilidade dinâmica do sistema que se manifesta no recurso e na antecipação ao passado e ao futuro.

A validade pode ser compreendida como a memória do sistema, enquanto resultado da diferença entre lembrar e esquecer.

Com a evolução, característica inerente aos sistemas sociais, o que está fora do direito e é inválido pode requerer sua passagem para dentro e tornar-se válido, é esse o papel da validade, enquanto símbolo operativo da validade jurídica, ser capaz de sintetizar novos comportamentos que são relevantes para seu presente estado de atividade. E isso se relaciona com a funcionalidade do direito, que deve ser dotado de normas flexíveis.

Sobre a validade de uma norma, parece-nos que está associada às expectativas normativas com relação a determinados comportamentos.

De qualquer forma, toda essa modificação falada só pode se dar por meio dos procedimentos que o próprio sistema concebe, enfim, naquela referência circular característica dos sistemas autopoieticos.

Com essa sucinta exposição do que seja validade para Luhmann, podemos concluir que a validade do sistema para ele, rompe com o entendimento tradicional não se dá mais em virtude de uma norma superior sólida, mas ao contrário, justamente por sua variabilidade, as possibilidades de mudanças, as alterações são fundamento de toda a estabilidade e, portanto da validade.

3. Nosso entendimento

Partiremos da concepção Kelseniana para justificar nosso entendimento, pois pensamos que a nova teoria ainda não é suficientemente forte para sobrepor os fundamentos da Teoria Pura.

Nesse passo, podemos dizer que a norma jurídica (válida) é o elemento que faz parte do conjunto formado pelo sistema do direito positivo, ela prescreve condutas intersubjetivas e seu sentido é construído por meio da interpretação. Por isso que as normas são as significações construídas a partir da leitura dos textos positivo, ou seja, são os juízos hipotéticos-condicionais (pensamentos) que a leitura provoca em nosso espírito.

O processo de conhecimento pressupõe o cumprimento de algumas etapas de interpretação, dentre as quais podemos citar as análises dos preceitos constitucionais, as regras de coordenação e subordinação, o contato com o texto físico, em uma análise sintática, a busca da significação das palavras que tendem à ambiguidade etc., para então, ser possível construir seu sentido completo, ou seja, construir o juízo hipotético-condicional.

O que queremos relembrar com isso é o papel fundamental do homem no curso do processo de positivação do direito. As normas não surgem do acaso, sua construção requer uma ação humana. O homem quando aplica, necessariamente interpreta, constrói as

significações e faz, portanto, as normas incidirem, gerando os efeitos implicacionais inerentes às normas jurídicas. E tudo, sempre, por intermédio da utilização da linguagem competente do direito.

A validade das normas está necessariamente associada ao ato humano de aplicação de outras normas jurídicas – por meio dos atos de enunciação (que em nossa concepção conformam as fontes do direito), que são as normas de criação ou formação¹⁰, pois são estas que darão fundamento de validade para a norma derivada.

Como qualquer palavra, a validade também é plurissignificativa, não pretendemos efetuar uma investigação destas múltiplas acepções, mas apresentar mais um modelo teórico sobre validade além do de Kelsen e do de Luhmann, que permitirá compreender em qual sentido a palavra é tomada.

Pontes de Miranda, em cotejo com o entendimento de Kelsen levanta a questão de saber se validade confunde-se ou não se confunde com a existência. Para aquele Autor, consoante explicado por Marcelo Neves, validade e existência não se confundem, sendo a existência da norma prévia à validade.

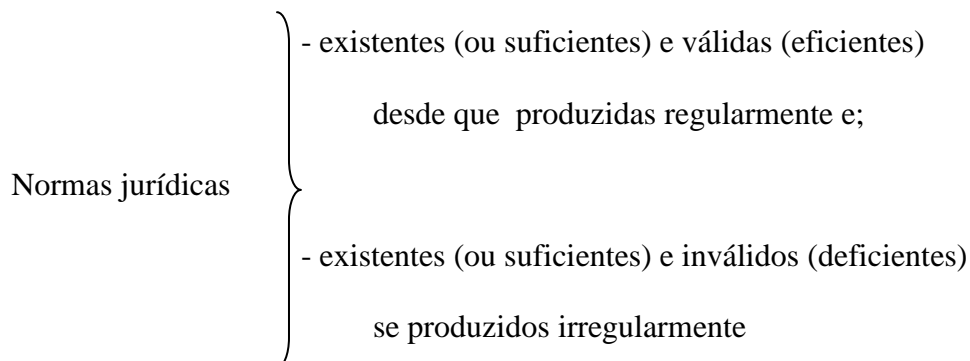
A ‘existência’ de um ato ou norma jurídica, segundo Pontes de Miranda, constitui-se por sua entrada no mundo jurídico, podendo isto ocorrer regular ou irregularmente. Quando o ato jurídico ou a norma jurídica entra defeituosamente no ‘mundo jurídico’, já ‘existência’ sem validade. Os atos e norma jurídicos são válidos quando produzidos regularmente pelos agentes do sistema (órgãos em sentido estrito ou particulares). A invalidade resulta da integração ao ‘mundo jurídico’ de atos e normas produzidos defeituosamente pelos agentes do sistema¹¹.

Existente seria a norma válida, desde que suficiente e eficiente; e existente também é a norma inválida suficiente, porém não eficiente. Suficiente, refere-se à existência, ou seja, ao

¹⁰ Norberto BOBBIO faz a separação entre normas de estrutura e normas de comportamento, as regras de estrutura são aquelas que não implicam em prescrever condutas, mas sim em descrever a forma de criação das regras de comportamento, de conduta. Neste sentido, as regras de estrutura definem o processo de criação das regras de comportamento e as regras de comportamento são as normas prescritivas de conduta intersubjetivas. Se bem que, apesar da denominação estrutura, ela não deixar de regular um comportamento, qual seja: forma de criação das normas de conduta.

suporte-fático inserido no sistema regular ou irregularmente, e eficiência refere-se à validade ou não do ato da norma.

Graficamente teríamos:



Notamos que para se falar em validade (eficiência) ou invalidade (deficiência) é necessário, para esse modelo, que a norma exista (seja suficiente) previamente.

Marcelo Neves, seguindo o entendimento de Pontes de Miranda, substitui a palavra existência por pertinencialidade. Justifica o uso do termo pertinencialidade em vez de existência porque o sistema do direito positivo enquanto proposicional prescritivo não pertence ao mundo do ser e o termo existência pode trazer esse entendimento. Pertinente é a norma que foi integrada ao sistema, que, portanto, existe no sistema, podendo ser válida ou inválida, dependendo do atendimento ou não, das regras de produção.

Aqueles que adotam essa corrente entendem que a validade é qualidade da norma¹².

Admitem, também, a presunção de validade, com os mesmos fundamentos que a corrente que trataremos em seguida concebe, a partir da diferenciação entre os sistemas de normas dinâmicos e estáticos estabelecido por Kelsen, vejamos.

Essa relação de pertinencialidade é conferida por meio de outra norma: uma norma de hierarquia superior.

Fala-se, no entanto, em presunção de validade, porque o sistema admite que o aplicador da lei (legislador) possa ter deixado de observar os procedimentos adequados durante o processo de criação das normas, dando a possibilidade de submetê-las ao controle de constitucionalidade.

¹¹ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das Leis* p. 41 *apud* MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*: tomo 4. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

Ensina Paulo de Barros Carvalho¹³ que as normas que não forem expulsas permanecerão válidas, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade pelo controle direto (ou concentrado) atinge a vigência. Já, a declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso, não afeta a vigência, apenas a eficácia técnica pela edição da resolução do Senado, deixando a norma válida e vigente, mas com sua eficácia suspensa.

Alguns autores, explica Paulo de Barros Carvalho, dizem que a revogação (ab-rogação ou derrogação) afetaria a validade da norma, fazendo-a desaparecer do sistema.

O conceito de ab-rogação como forma de cortar-se a validade da norma é que precisa ser repensado. Tenho para mim que a regra ab-rogada permanece válida no sistema até que se cumpra o tempo de sua possível aplicação. Vencido o termo do tempo, pela ocorrência dos fatos extintivos que a legislação prevê, agora sim, poderemos falar em desaparecimento da validade. O sistema 'S' não conterà mais a norma 'n'¹⁴.

Este autor admite apenas duas possibilidades para que a norma jurídica possa perder a validade (ser expulsa do sistema): quando, sendo ab-rogada, ela não chegue a adquirir vigência ou quando, mesmo sendo vigente, não pôde ser aplicada. Explica que não se justificaria a aplicação, a fatos pretéritos, de normas que não fizessem mais parte do sistema (as inválidas), a ab-rogação afeta, nos demais casos, apenas a vigência, a força da norma jurídica.

Tárek Moysés Moussallem¹⁵ não aceita que a validade possa ser plena ou parcial, para ele “Não há possibilidade da norma pertencer mais ou menos ao sistema”. Por outro lado, sob o ponto de vista do sistema dinâmico admite a presunção de validade das normas.

Diante do que foi exposto podemos afirmar que essa corrente entende que a validade se confunde com a existência. Existente é a norma que pertence ao sistema do direito positivo e que, portanto, é válida. Inexistente, por outro lado, é a norma que ainda não foi posta no sistema do direito positivo, então, jurídica não será.

¹² SANTI. Eurico Marcos Diniz de, *Lançamento tributário*; QUEIROZ, Luis César Souza. *Sujeição passiva tributária*.

¹³ *Curso de direito tributário*, p. 82.

¹⁴ *Ibid.*, p. 52.

¹⁵ *Fontes do Direito Tributário*, p. 178.

Tárek Moysés Moussalem¹⁶ aduz que “(...) as normas são consideradas válidas quando concordam como critério eleito pelo cientista para tanto”. E também:

Da mesma forma que dizemos que a verdade é uma relação entre duas proposições (verdade por coerência), ou seja, é a relação de concordância entre uma pré-interpretação e um enunciado posterior, a validade é a relação de concordância entre a norma do sistema do direito positivo, de acordo com o(s) critérios(s) adotados pelo cientista do direito¹⁷.

É neste contexto que entendemos que o direito se expressa por meio da linguagem e, por isso, pode ser estudado pelas categorias da Semiótica e também da Lógica.

Segundo Tárek Moysés Moussalem¹⁸ a validade das normas deve ser indagada pelas três dimensões da Semiótica: sintática, semântica e pragmática. (Discorreremos brevemente sobre cada uma delas).

Em termos sintáticos, são avaliados os procedimentos formais, ou seja, se sujeito e os procedimentos previstos em norma de superior hierarquia foram observados.

Na perspectiva semântica, considera-se a compatibilidade de conteúdo prevista na norma superior em comparação com a norma derivada.

A pragmática verifica a validade das normas sob a óptica dos utentes em um processo comunicacional, onde, se o destinatário atender às determinações da norma, está será válida, caso contrário, inválida. Isso nos parece a própria eficácia social. Todavia, não é objeto do estudo presente.

Sob o ponto de vista lógico, podemos trabalhar com a teoria das classes ou conjuntos, e seus conceitos de denotação e conotação¹⁹.

3.1 Teoria das Classes

O sistema do direito positivo é uma classe que determina quais são os critérios – por conotação – que devem ser atendidos para que uma norma seja válida. Tendo sido atendidos

¹⁶ *Fontes do direito tributário*, p.176.

¹⁷ *Ibid.*, p. 176.

¹⁸ *Ibid.*, p. 179.

¹⁹ Denotação é o conjunto de objeto aos quais se pode atribuir o mesmo signo e conotação são os critérios ou requisitos exigidos para que aquela atribuição seja possível.

esses critérios a norma passará a fazer parte desse conjunto, pois, apresenta as notas exigidas para tanto (denotação).

Durante a análise sintática das normas, pensamos não ser possível saber se o procedimento ou o sujeito competente foram os determinados pela norma de criação. A sintática verifica apenas a forma, ou seja, verifica a existência de pelo menos UM órgão político habilitado, mesmo que não seja competente e UM único procedimento de produção das normas. Os respectivos órgãos e procedimentos competentes, só poderão ser verificados pela análise semântica.

E assim concluímos que, a validade é pertinência, todavia, estritamente formal. Dizer que a norma N é válida, significa que ela pertence ao um determinado sistema, consoante atendimento às formalidades determinadas. A validade é functor relacional entre a norma o ordenamento jurídico. Por isso entendemos que a operação de classes e a análise sintática se igualam e, analisar sintaticamente ou realizar a operação lógica de classes cumprirá apenas o papel da verificação de cunho formal.

Os critérios, que denominaremos “critérios mínimos para a validade” que entendemos que foram eleitos pelo sistema do direito positivo são os seguintes:

- normas editadas por UM órgão político habilitado, mesmo que não seja competente;
- que tenham atendido UM único procedimento de produção das normas, mesmo que não seja o adequado, e;
- tenham sido publicadas.

Vemos que ocorre apenas uma operação lógica de subsunção de classes, pois os critérios adotados para a identificação nos parecem mais adequados quando analisamos o direito de maneira sistemática. O sistema do direito positivo, apesar de poder ser investigado pela óptica estática, em repouso – que se consistirá na análise semântica –, de fato é dinâmico, e não haveria como, a cada momento em que uma norma fosse criada aferir se a mesma é válida, validade esta, no entendimento de que tenham prontamente atendido aos procedimentos regulares e sido expedidas pelo órgão competente. Isso retiraria a dinâmica do sistema.

A norma que entra pelas portas do sistema, por intermédio da senha, que são os “critérios mínimos”, é válida e não perderá mais essa condição.

O que o sistema oferece, após a inclusão da norma no sistema, são: o controle de constitucionalidade e a revogação, que são outras coisas, que não se confundem com a validade.

Sendo assim, também não é correto diferenciar a existência da validade. Ou se tem validade, pertence, existe no mundo do Dever-ser ou então faz parte do mundo do Ser.

Dizemos, portanto, que a validade e existência se confundem. Existentes são as normas jurídicas que pertencem ao sistema, para existirem, têm que pertencer (serem válidas). Isso porque, não podemos perder de vista, estamos tratando de um mundo diferente, o mundo do Dever-ser.

Enquanto as normas estiverem em fase de elaboração, mesmo após a promulgação apesar de existentes (e isso não se pode negar) o serão em razão de outro mundo, o mundo do Ser. Apenas após a publicação é que a norma será jurídica (ou válida ou existente) no mundo do Dever-ser (Sistema do direito positivo)

Não concordamos em dizer que a norma tenha presunção de validade. Ou se tem validade ou não se tem. Sobre a validade relativa ou absoluta das normas, ou plena e parcial, também refutamos. “Não há possibilidade de a norma pertencer ‘mais ou menos’ ao sistema”²⁰.

Porque para ser válida (pertencer ao sistema do direito positivo), basta ter atendido aos “critérios mínimos de validade” acima elencados.

As normas para serem jurídicas têm que ser válidas. Dizer normas jurídicas válidas é incorrer em redundância.

SÍNTESE CONCLUSIVA

1. Kelsen, quando se propõe a estudar o direito em sua pureza, ele quer eliminar de sua teoria tudo aquilo que não pertença ao objeto, que é o direito, para tanto ele faz um corte epistemológico desprovendo o direito das demais relações que, naturalmente ele tem com a sociologia, psicologia etc., excluindo de sua análise os elementos que denominou metajurídicos; **2.** Para isso ele utiliza como metodologia a elaboração de dicotomias, na qual a

²⁰ MOUSSALLEM. Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*, p.178.

mais relevante é a distinção entre o “ser” e o “dever-ser” ou, entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser; **3.** Dentre outras categorias tensionadas, que são decorrência da distinção entre ser e deve ser temos: norma e proposição; imputação e causalidade; lícito e ilícito; prescrição e descrição; verdade e falsidade etc., e também validade e não-validade; **4.** As normas jurídicas, enquanto elementos que compõem o direito positivo, diferenciam-se das demais normas por sua coercitividade, pois podemos dizer que todas as normas têm como objetivo regular as condutas dos homens, sejam sociais, morais, jurídicas etc.; **5.** Kelsen também separa os sistemas de normas, analisando-os sob o ponto de vista dinâmico e sob o ponto de vista estático. Sob o ponto de vista estático, o que se verifica é se a conduta é devida em razão do seu conteúdo. E, no dinâmico o sistema é compreendido pelo processo de produção de normas, no qual a norma de superior hierarquia (norma de criação) dá fundamento de validade à norma derivada (inferior). Conformando uma relação hierárquica que encontrará seu último fundamento máximo de validade na norma hipotética fundamental; **6.** Quanto à validade ela se relaciona com as normas e, válida será a norma que pertencer a um determinado ordenamento jurídico e que possuir força de regular as condutas humanas, tendo em vista que pertencer é existir, na concepção do autor, a validade confunde-se com existência. Dado que a validade é uma relação de pertinencialidade, ele não define o conceito de validade, mas informa os procedimentos que devem ser observados para que uma determinada norma possa ser considerada válida; **7.** Sendo assim, as normas serão válidas desde que atendam aos procedimentos estabelecidos pela norma de formação e tudo sob o ponto de vista dinâmico. Não importando o conteúdo; **8.** Ponto polêmico, e um dos mais criticados em sua Teoria, é quando afirma que a norma para ser válida deve conter um mínimo de eficácia. Aparentemente, acaba misturando conceitos extrajurídicos, já que a eficácia, enquanto cumprimento das normas jurídicas pelo homem, não caberia à análise do direito e sim à sociologia. Exatamente por isso que ele não discorre muito a respeito dessa eficácia, já que sua proposta é tratar o direito na sua pureza; **9.** Luhmann constrói uma teoria totalmente diferenciada da que até então vem vigorando, para ser aplicável a todos os sistemas e não exclusivamente ao Direito, como na Teoria Pura; **10.** Ele não mais trabalha com as dicotomias tensionadas de Kelsen, mas estabelece um modelo paradoxal, pois, para ele a comunicação (ou a sociedade) se forma de modo paradoxal. Tudo é produto de diferença entre duas operações; **11.** De acordo com a sua teoria dos sistemas, a sociedade é compreendida enquanto um fenômeno de comunicação. O que diferencia a sociedade do ambiente (mundo) a que pertence, é a comunicação; **12.** À medida que surgem novas possibilidades de

comunicação temos mais complexidade social e isto se dá naturalmente, sem um prévio planejamento, resultando numa multiplicação de subsistemas; **13.** Para que se formem os subsistemas é necessário que se realize seleções conforme determinados critérios ocorre uma redução de complexidade, pois ao mesmo tempo a comunicação também é reduzida. E é justamente essa redução que leva à sociedade a se expandir por meio da complexidade; **14.** A contrapartida do aumento da contingência, do risco e da complexidade está, portanto, na diferenciação funcional; **15.** Para isso cada subsistema passa a ter um código próprio em relação aos demais – o que lhe dá fechamento operacional -, desenvolvendo-se por meio de suas atividades próprias e conceitos auto-referenciais, ou autopoieticos; **16.** Mas esse fechamento não significa isolamento, ao contrário, representa abertura cognitiva, característica dos sistemas autopoieticos. De modo que as células-subsistemas se comunicam entre eles, mas de forma exclusivamente cognoscitiva; **17.** O direito é um subsistema social e é tido como um sistema comunicativo quem tem a função de generalizar de forma congruente as expectativas normativas na sociedade; **18.** O fechamento operacional do subsistema social do direito é dado pelo código binário lícito/ilícito. Essa é sua garantia de diferenciação funcional. Tudo que ingressar no direito será processado por meio deste código; **19.** O estudo da sociedade complexa requer o estudo dos acoplamentos estruturais, que são os intercâmbios de atividades desempenhadas por cada sistema; **20.** Nós partimos de uma concepção Kelseniana, para fundamentar nosso entendimento; **21.** Segundo modelo teórico de Pontes de Miranda a validade não se confunde com a existência, sendo esta prévia àquela; **22.** A validade confunde-se com a existência, tem *status* de relação, consoante modelo de Kelsen. O fundamento de validade será a norma de superior hierarquia; **23.** Em nosso entendimento a validade também se confunde com a existência, mas o fundamento de validade eleito pelo sistema não é uma norma de superior hierarquia e sim, em propriedades, determinadas pelo dinamismo do sistema, que estabelecem o que denominamos “critérios mínimos para a validade” que são: - ser editada por UM órgão político habilitado, mesmo que não seja competente; - ter sido atendido UM único procedimento de produção das normas, mesmo que não seja o adequado, e; - ter sido publicada; **24.** O controle de constitucionalidade atestará o fundamento de constitucionalidade de não o fundamento de validade. Falaremos em normas válidas e inconstitucionais; **25.** A norma desde que preencha os requisitos mínimos para a validade que elencamos, nunca mais perderá essa condição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Direito tributário – Fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugênia; GUIBOURG, Ricardo. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- GIORGI, Raffaele De. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin: 2006.
- GUIBOURG, Ricardo A., GHIGLIANI, Alejandro M., GUARINONI, Ricardo V.,.. *Introducción al conocimiento científico*. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans., BULYGIN, Eugenio., WALTER, Robert. *Validez y eficacia del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade (Das Recht der Gesellschaft)*. Tradução Provisória para o Espanhol de Javier Torres Nafarrate.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- QUEIROZ, Luís César Souza de. *Sujeição passiva tributária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. Buenos Aires: Paidós, 1999.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação do direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.