

VALIDADE, EFICÁCIA, EFICÁCIA SOCIAL E EFICÁCIA JURÍDICA DE UMA NORMA JURÍDICA*

Humberto Ribeiro Soares**

1. No ensinamento de GIUSEPPE LUMIA¹, “Uma norma é válida se está em conformidade com normas de produção próprias do sistema normativo da qual faz parte. Em particular, a validade de uma norma jurídica, (...) depende da sua conformidade com as normas de grau superior que disciplinam a produção das normas jurídicas. A validade de uma norma equivale à sua existência: isto é, uma norma existe como tal somente enquanto for válida; não é válida, portanto, uma norma que tenha sido ab-rogada, ou uma norma que não tenha exaurido o seu iter produtivo (um projeto de lei ainda em discussão no Parlamento, uma sentença ainda não transitada em julgado, um provimento administrativo à espera da aprovação por parte da autoridade encarregada, um contrato não-aperfeiçoado etc.) e ainda menos válida uma norma da qual se pretenda simplesmente a adoção (ou, como se diz, de ‘jure condendo’).”

Diferentemente deste conceito de **validade** da norma, ensina LUMIA quanto a **eficácia** da norma, assim: “A eficácia da norma consiste na conformidade da conduta dos destinatários ao modelo prescrito. Já sabemos como a observância das normas jurídicas conta, sobretudo, com a adesão espontânea dos destinatários, e que, todavia, elas devem poder contar, em última instância, com um aparato coercitivo, de fato, reforce a sua eficácia, cominando e aplicando sanções em prejuízo dos transgressores. Se uma norma não é observada espontaneamente pelos destinatários, e se os transgressores de um modo geral não são alcançados pela sanção prevista, essa norma é manifestamente ineficaz.”²

E acresce mais uma outra característica (esta, quanto a **valor** da norma jurídica): “Por fim, o valor de uma norma jurídica consiste na sua conformidade àqueles princípios ideais julgados necessários para regular as relações intersubjetivas e que se resumem na noção de justiça. Com relação ao seu valor, uma norma pode ser justa ou injusta”. E obtempera: “O ideal seria, obviamente, que **validade, eficácia e valor** coincidissem, e que toda norma válida fosse, ao mesmo tempo, justa e eficaz. Mas isso não impede que os três planos de avaliação possam não coincidir e que uma norma válida possa ser injusta, ou ineficaz, ou injusta e ineficaz ao mesmo

*O presente trabalho é parte de um maior constante do Parecer 669/2006-HRS, dedicado ao estudo da eficácia do Decreto estadual nº 38.162, de 25.08.2005, que emprestou nova redação ao Decreto nº 37.571, de 12.05.2005.

**Procurador do Estado aposentado

¹GIUSEPPE LUMIA, *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, Ed. Martins Fontes, 2003, págs. 59/62.

²GIUSEPPE LUMIA, *ibidem*.

tempo. Esse ponto de vista – que estabelece a distinção entre os três planos de qualificação acima mencionados – é o ponto de vista do positivismo jurídico(...).”³

Quanto a esta última característica, terceiro plano de avaliação – o do **valor** da norma jurídica – não vem ao caso. Fiquemos em **validade** e **eficácia**.

2. NORBERTO BOBBIO igualmente cuida dos três temas, dos três planos de avaliação, que chama de **três critérios de valoração**, em sua *Teoria das Normas Jurídicas*, a dizer que “O estudo das regras de conduta, em particular das regras jurídicas, apresenta muitos problemas interessantes e atuais, não só da teoria geral do direito (sobretudo depois de Kelsen), mas também da lógica e da filosofia contemporânea.”⁴ E que “O primeiro ponto que, a meu juízo, é preciso ter bem claro em mente se quisermos estabelecer uma teoria da norma jurídica com fundamentos sólidos, é que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que estas valorações são independentes uma das outras. De fato, frente a qualquer norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se dos três problemas distintos: da justiça, da validade e da eficácia de uma norma jurídica”.⁵

Quanto ao primeiro destes três imediatamente acima citados, “O problema da justiça – assinala BOBBIO – é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico”. Já “O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ela é justa ou não. (...). Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica. Enquanto para julgar a justiça de uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento. Em particular, para decidir se uma norma é válida (isto é, como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), é necessário com frequência realizar três operações: 1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); 2) averiguar se não foi ab-rogada, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer que ainda o seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama ab-rogação implícita), particularmente com uma norma hierarquicamente superior

³GIUSEPPE LUMIA, *ibidem*.

⁴NORBERTO BOBBIO, *Teoria da Norma Jurídica*, Ed. EDIPRO, 3ª edição, 2005, ps. 45/55.

⁵BOBBIO, *ibidem*.

(uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras). O problema da validade jurídica pressupõe que se tenha respondido à pergunta: o que se entende por direito? Trata-se, querendo adotar uma terminologia familiar entre os jusfilósofos, do problema ontológico do direito".⁶

Finalmente, no que pertence ao terceiro critério de valoração, o da *eficácia*, diz BOBBIO, "O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a invocou".⁷

E BOBBIO comenta:

"Estes três critérios de valoração de uma norma dão origem a três ordens distintas de problemas, e são independentes um do outro, no sentido em que a justiça não depende nem da validade nem da eficácia, a eficácia não depende nem da justiça nem da validade. Para mostrar estas várias relações de independência, formulemos as seis proposições seguintes:

1. Uma norma pode ser justa sem ser válida. Para dar um exemplo clássico, os teóricos do direito natural formulavam em seus tratados um sistema de normas advindo de princípios jurídicos universais. Quem formulava estas normas, considerava-as justas, porque as inferia de princípios universais de justiça. Mas estas normas, a não ser que fossem escritas em um tratado de direito natural, não eram válidas. Tornavam-se válidas apenas na medida em que eram acolhidas por um sistema de direito positivo. O direito natural pretende ser o direito justo por excelência, mas somente pelo fato de ser justo não é também válido.

2. Uma norma pode ser válida sem ser justa. Aqui não é preciso ir muito longe para buscar exemplos. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: entre o ideal de justiça e a realidade do direito há sempre um vazio, mas ou menos grande, dependendo dos regimes. Certamente o direito, que em todos os regimes de um certo período histórico e em alguns contemporâneos que consideramos civilmente ultrapassados, admite a escravidão, não é justo, mas nem por isso é menos válido. Não faz muitos anos vigoravam leis raciais que nenhuma pessoa racional

estaria disposta a considerar justa e, não obstante, eram válidas. Um socialista dificilmente conceberá como justo um ordenamento que reconhece e protege a propriedade individual; assim como um reacionário dificilmente admitirá como justa uma norma que considere a greve lícita. E ainda, nem o socialista nem o reacionário terão dúvidas sobre o fato de que, em um ordenamento positivo como o italiano, tanto as normas que regulam a propriedade individual quanto as que reconhecem o direito de greve são válidas.

3. Uma norma pode ser válida sem ser eficaz. O caso mais clamoroso é sempre o das leis de proibição de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América, que vigoraram durante vinte anos entre as duas guerras. Afirma-se que o consumo de bebidas alcoólicas durante o regime proibicionista não era inferior ao consumo do período imediatamente sucessivo, quando a proibição foi abolida. Certamente se tratava de leis "válidas", no sentido que emanadas dos órgãos que tinham competência para tanto, mas não eram eficazes. Sem ir tão longe, muitos artigos da Constituição Italiana não foram até hoje aplicados. O que significa a tão freqüente deplorável desaplicação da Constituição? Significa que nos encontramos frente a normas jurídicas que, embora válidas, isto é, existentes enquanto normas, não são eficazes.

4. Uma norma pode ser eficaz sem ser válida. Há muitas normas sociais que vão sendo seguidas espontaneamente ou pelo menos habitualmente, isto é, são eficazes, como por exemplo, entre um certo círculo de pessoas, as regras da boa educação. Estas regras, pelo simples fato de serem seguidas, não se tornam por isso regras pertencentes a um sistema jurídico, ou seja, não adquirem validade jurídica. Poder-se-ia objetar que o direito consuetudinário constitui um exemplo evidente de normas que alcançam validade jurídica, quer dizer, chegam a fazer parte de um sistema normativo, apenas através da eficácia. E o que é o uso constante, regular, generalizado, uniforme que se exige de um costume para que ele se torne jurídico, senão aquilo que chamamos de "eficácia"? Mas a esta objeção se pode responder que nenhum costume se torna jurídico só através do uso, porque o que faz tornar-se jurídico, o que o insere no sistema, é o fato de ser acolhido e reconhecido pelos órgãos competentes desse sistema para produzir normas jurídicas, como o legislador ou o juiz. Enquanto for apenas eficaz, uma norma consuetudinária não se torna jurídica. Transforma-se em jurídica quando os órgãos de poder lhe atribuem validade, o que confirma que a eficácia não se transforma diretamente em validade, e portanto uma norma pode continuar a ser eficaz sem por isso se tornar jurídica.

⁶BOBBIO, *ibidem*.

⁷BOBBIO, *ibidem*.

5. Uma norma pode ser justa sem ser eficaz. Vimos que uma norma pode ser justa sem ser válida. Não devemos deixar de acrescentar que pode ser justa sem ser eficaz. Quando a sabedoria popular diz que “não há justiça neste mundo”, refere-se ao fato de que muitos são aqueles que exaltam a justiça com palavras, poucos são os que a transformam em ato. Em geral, uma norma para ser eficaz deve também ser válida. Se é verdade que muitas normas de justiça não são válidas, com maior razão não são nem mesmo eficazes.

6. Uma norma pode ser eficaz sem ser justa. O fato de uma norma ser universalmente seguida não demonstra sua justiça, assim como, também, o fato de não ser absolutamente obedecida não pode ser considerado prova de sua injustiça. A derivação da justiça da eficácia poderia equiparar-se a um dos argumentos mais freqüentemente discutidos entre os jusnaturalistas, o chamado ‘consensus humani generis’, ou simplesmente ‘consensus omnium’. Perguntam-se os jusnaturalistas: *pode-se considerar como máxima de direito natural a que seja acolhida por todos os povos (alguns diziam “todos os povos civilizados”)? A resposta dos mais intransigentes era a negativa explícita e com razão, pois o fato de a escravidão, por exemplo, ter sido praticada por todos os povos civilizados em um certo período histórico não a transformava numa instituição conforme a justiça. A justiça é independente da validade, mas também independente da eficácia.*”⁸

Portanto, insisto, note-se bem, os três critérios de valoração de uma norma jurídica – justiça, validade e eficácia –

*“dão origem a três ordens distintas de problemas, e são independentes um do outro, no sentido em que a justiça não depende nem da validade nem da eficácia, a eficácia não depende nem da justiça nem da validade. [ênfases acrescentadas].”*⁹

E prossegue BOBBIO:

“O problema da validade constitui o núcleo das investigações quem pretendem determinar em que consiste o direito enquanto regra obrigatória e coativa, quais são as características peculiares do ordenamento jurídico que o distinguem dos outros ordenamentos normativos (como o moral), e portanto, não os fins que devem ser realizados, mas os meios cogitados para realizar esses fins, ou o direito como instrumento de realização da justiça. Daí nasce a filosofia do direito como teoria geral do direito. O problema da eficácia nos leva

⁸Idem, *ibidem*

⁹Idem, *ibidem*.

ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito, na sua origem, no seu desenvolvimento, na sua modificação, investigações estas que normalmente são conexas a indagações de caráter histórico e sociológico. Daí nasce aquele aspecto da filosofia do direito que conflui para a sociologia jurídica [ênfases acrescentadas].

Esta tripartição de problemas é de hoje geralmente reconhecida pelos filósofos do direito e, ademais, corresponde em parte à distinção das três funções da filosofia do direito (funções deontológica, ontológica e fenomenológica) que tem se desenvolvido desde o início do século XX na filosofia do direito italiano, principalmente por obra de Giorgio Del Vecchio”.

3. Útil é, outrossim, a invocação de KELSEN, que; quanto ao tema – abstraindo-me do plano da justiça que não vem ao caso neste estudo –, doutora, em sua *Teoria Pura*, que “Nesta limitação revela-se a conexão, já repetidas vezes acentuada antes e sumamente importante para uma teoria do Direito positivo, entre validade e eficácia do Direito. A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser.”¹⁰ E acrescenta: “A eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade” e “Assim como é impossível, na determinação da vigência, abstrair da realidade, assim também é impossível identificar a vigência com a realidade.”¹¹

Já em outra de suas monumentais obras, a *Teoria Geral do Direito e do Estado*, HANS KELSEN ministra que: “Por ‘validade’ queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redundo no mesmo – pressupomos que ela possui ‘força de obrigatoriedade’ para aqueles cuja conduta regula. (...) No que foi escrito anteriormente, tentamos esclarecer a diferença entre a validade e a eficácia do Direito. Validade do Direito significa que as normas jurídicas são obrigatórias, que os homens devem se conduzir como prescrevem as normas jurídicas, que os homens devem obedecer e aplicar as normas jurídicas. Eficácia do Direito significa que os homens realmente se conduzem como, segundo as normas jurídicas, devem se conduzir, significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas. A validade é uma qualidade do Direito; a chamada eficácia é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não, como o uso lingüístico parece sugerir, do Direito em si. A

¹⁰HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Ed. Martins Fontes, 2006, p. 235.

¹¹Idem, *ibidem*.

afirmação de que o Direito é eficaz significa apenas que a conduta efetiva dos homens se conforma às normas jurídicas. Assim, **validade e eficácia referem-se a fenômenos inteiramente diferentes.**(...) A afirmação de que uma norma é válida e a afirmação de que é eficaz são, é verdade, duas afirmações diferentes. Mas, apesar de validade e eficácia serem dois conceitos inteiramente diversos, existe, contudo, uma relação muito importante entre os dois. Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo, é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade; uma condição, não a razão da validade. Uma norma não é válida porque é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é, como um todo, eficaz. A relação entre validade e eficácia é cognoscível, porém, apenas a partir da perspectiva de uma teoria dinâmica do Direito que lide com o problema da razão da validade e o conceito de ordem jurídica [ênfases acrescentadas].”

4. Acabou-se de ver como LUMIA, BOBBIO e KELSEN enfrentam os temas da **validade** e da **eficácia** – “**fenômenos inteiramente diferentes**” – de uma norma jurídica.

E, referentemente ao da **eficácia**, restou claro que tais mestres têm em vista que “O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica)”, portanto, tomam a **eficácia** neste único sentido.

5. JOSÉ AFONSO DA SILVA é autor de consagrada obra sobre a matéria, a festejada *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, em que propõe classificação hoje geralmente adotada. É fato que o faz para normas constitucionais, contudo, sua construção é válida para as demais normas. Mas, em seu estudo, toma **eficácia** em dois sentidos, os da **eficácia social** e da **eficácia jurídica**. Diz:

“Eficácia do Direito. Toma-se a expressão em dois sentidos. A **eficácia social** designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz KELSEN, ao ‘fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos’. A **eficácia jurídica** da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade e não efetividade.”

Tal dicotomia, subdivisão, nos importa aqui. Não vem ao caso, porém, para o presente estudo, o ângulo, a subdivisão **eficácia social**, porque não está em causa para os fins deste estudo. O que vem a pelo é, todavia, a **eficácia jurídica**.

6. Sobre o fenômeno da **eficácia jurídica**, mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA tece sensíveis lições, partindo de lembrar que “Uma norma jurídica, no entanto, entra em vigor antes de tornar-se eficaz, isto é, antes de ser seguida e aplicada”.¹² E, precisamente aí, propõe a classificação das normas jurídicas quanto à sua **eficácia jurídica**, a saber, em

- I – normas de **eficácia plena**;
- II – normas de **eficácia contida**;
- III – normas de **eficácia limitada ou reduzida**.

E explica (a leitura se fará com os devidos precatos, buscando adaptar-se às normas jurídicas infraconstitucionais):

“Na primeira categoria [normas de eficácia plena], incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo [normas de eficácia contida] também se constitui de normas que incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, **as normas do terceiro grupo [normas de eficácia limitada] são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.**”

Por isso, pode-se dizer as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesse objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia **limitada** são de **aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia**, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não essenciais, ou melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. “As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade [ênfases acrescentadas]”.

¹²JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, RT, 1968, p. 57.