

DOCTRINA

Considerações sobre a Organização Hierárquica do Direito

Arthur José Faveret Cavalcanti
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. Sistemas normativos estáticos e dinâmicos. 2. A organização hierárquica e a concepção coercitiva de KELSEN. 3. Normas que prescrevem a observância de outras normas. 4. Coordenação entre as fontes normativas. 5. Condições de obrigatoriedade das normas legais: sistemas norte-americano, francês e inglês. 6. Os contratos. 7. As sentenças. 8. Posição hierárquica do direito internacional e dos Atos Institucionais. 9. A função negativa da norma de superposição: normas sobre vigência e sobre interpretação. 10. Direito intertemporal e direito internacional privado. 11. A Emenda Constitucional n.º 26/85. 12. Determinação do relacionamento hierárquico entre normas intercaladas.

1. O primeiro autor a estudar as relações hierárquicas entre as normas jurídicas foi HANS KELSEN. Antes dele havia a idéia difusa de que certas normas são mais importantes do que outras e, assim, deveriam prevalecer em caso de conflito. Tratava-se, porém, a prevalência das leis constitucionais sobre as ordinárias mais ou menos do mesmo modo que a das leis sobre os decretos e das leis posteriores sobre as anteriores, sem que ninguém se preocupasse em examinar quais os aspectos comuns e quais as diferenças entre esses fenômenos. E ainda hoje é isso o que acontece. Embora KELSEN não se tenha detido sobre tais questões, deve-se em grande parte a ele o instrumental para sua abordagem. Vale, pois, a pena voltarmos nossa atenção ao que ele pensou sobre o assunto.

KELSEN distinguia os sistemas normativos estáticos dos dinâmicos. Nos ordenamentos do primeiro tipo as normas se encadeiam hierarquicamente em função do seu conteúdo. Fazem parte do sistema as normas que possam ser deduzidas de outras pertencentes ao mesmo sistema. Por exemplo: as normas que vedam mentir, que obrigam a respeitar os compromissos assumidos e a não prestar falso testemunho poderiam, segundo KELSEN, ser deduzidas de uma norma mais abrangente que prescrevesse a veracidade, e assim constituiriam, juntamente com esta, um sistema normativo estático. Obviamente há, em tais sistemas, uma primeira norma, que não é deduzida de outras, mas da qual outras podem ser deduzidas.

A diferença entre os sistemas normativos estáticos e os dinâmicos está em que nestes últimos a vinculação se faz, não pelo conteúdo, mas por ser uma norma criada pelo modo estabelecido em outra. Um exemplo do próprio KELSEN é bem ilustrativo. Um pai ordena ao filho que vá à escola. Se o filho indagar por que deveria cumprir essa ordem, poderia lhe ser respondido que um filho deve obedecer sempre às ordens do pai. E se o rapaz insistisse e perguntasse por que deveria cumprir as ordens do pai, a resposta poderia ser que Deus assim ordenara. Cada norma encontra assim a sua justificação em ter sido criada como previsto em outra norma. Mas do mesmo modo que os sistemas estáticos contêm uma norma inicial, que não pode ser obtida por dedução, os sistemas dinâmicos contêm uma primeira norma não justificada por outra que lhe anteceda. Se o filho desejasse saber por que deveria cumprir as ordens de Deus, a única resposta possível seria a de que uma tal norma não poderia ser posta em discussão.

Os sistemas normativos têm assim características análogas à dos sistemas dedutivos da lógica e da matemática. Estes últimos são compostos de teoremas, que são deduzidos de outros teoremas já pertencentes ao sistema. É preciso, porém, que haja um ponto de partida para essa cadeia de deduções. Todo o sistema dedutivo supõe, portanto, um ou mais postulados, que são enunciados que não podem ser deduzidos de outros enunciados pertencentes ao sistema. Um exemplo típico de sistema dedutivo é a geometria euclidiana, toda ela construída a partir de cinco postulados.

O ordenamento jurídico é, para KELSEN, um sistema normativo dinâmico. As normas pertencem ao direito, não por seu conteúdo, mas por terem sido criadas de acordo com outras normas jurídicas. Assim, a norma de um contrato integra o ordenamento jurídico por haver sido criada de acordo com uma norma legal. E a norma legal é a parte do sistema por ter sido criada segundo uma norma constitucional. A norma básica ou fundamental do sistema é aquela à qual todas as demais possam ser referidas, na hipótese de um processo de indagações sucessivas como as formuladas pelo filho que desejava conhecer a justificação da ordem do pai. A norma fundamental não é, porém, uma norma positiva, mas uma norma pressuposta. Nos ordenamentos modernos ela ordenaria o cumprimento da Constituição. Assim, enquanto as normas legais teriam na Constituição o fundamento de sua validade, as normas constitucionais seriam válidas porque criadas segundo a norma fundamental. A validade desta seria, porém, presumida, de modo similar àquele pelo qual Euclides presumiu a veracidade de seus cinco postulados.

2. Está implícito na teoria de KELSEN a idéia de que, ao lado de normas jurídicas que impõem ações e abstenções determinadas, existem normas jurídicas que se limitam a ordenar o cumprimento de outras normas. Essa idéia não foi, porém, explicitada por KELSEN, porque en-

traria em choque com a sua doutrina de que todas as normas jurídicas impõem alguma sanção. Com efeito, uma norma que se limite a ordenar o cumprimento de normas que satisfaçam certos requisitos não impõe sanção de espécie alguma. Logo, não seria uma norma jurídica.

O que fez então KELSEN para preencher o espaço que tal norma deveria ocupar? Já havia ele fundido a norma que prescreve alguma ação ou abstenção à que estabelece a sanção, na hipótese de inobservância da ação ou abstenção prescrita. Não há, pois, segundo KELSEN, uma norma proibindo o homicídio e outra determinando a aplicação de um castigo aos que cometam tal delito, mas uma única norma estabelecendo que, na hipótese de homicídio, uma certa pena seja aplicada. Deste modo, todas as normas jurídicas imporiam sanções. Mas como embutir uma sanção em normas que regulam a criação de outras normas? Muito simples: do mesmo modo que as normas primária e secundária da teoria tradicional constituiriam uma única norma, também os preceitos que regulam a criação de normas jurídicas formariam com estas últimas uma só norma. Eis como, nas palavras do próprio KELSEN, seria a norma constitucional que fundamentaria a validade da norma legal prescrevendo a punição em caso de roubo: "se o Parlamento, seguindo um certo processo legislativo, decidir que em caso de roubo se deve aplicar a sanção 'X' e ficar estabelecido que determinado indivíduo cometeu tal delito, então a sanção 'X' lhe deverá ser aplicada."

A síntese operada por KELSEN acaba, porém, por reduzir o sistema jurídico a uma única norma, que seria a sua norma fundamental. Assim, estaríamos diante, não de um conjunto de normas em elegante organização hierárquica, mas de uma única norma. É claro, pois, que a partir do ponto em que KELSEN tenta conciliar a concepção hierárquica do direito com a sua peculiar concepção coercitiva, ficamos sem a primeira. Valeria, pois, a pena retomar a trajetória que KELSEN vinha percorrendo a partir do ponto em que ele dela se desviou.

3. A idéia de que o ordenamento jurídico esteja organizado hierarquicamente não seria concebível sem que se admitisse a existência, no seu bojo, de normas que não impõem ações ou abstenções determinadas, mas ordenam o cumprimento de outras normas. São elas as normas de superposição. As normas a serem obedecidas são aquelas que satisfaçam certos requisitos, indicados na norma de superposição, tais como terem sido elaboradas por certas pessoas, segundo um certo processo, o seu conteúdo restrito a certas matérias, e assim por diante. A norma de superposição descreve, pois, uma classe de normas e ordena a seus destinatários o cumprimento das normas pertencentes a essa classe.

As normas a serem obedecidas podem ser posteriores ou anteriores à norma de superposição. O preceito pelo qual uma Constituição manda observar as normas a serem criadas pelo órgão legislativo que ela instituiu é uma norma de superposição. Mas a recepção de um

direito preexistente, como foi, no passado, a do Direito Romano por países europeus, é também feita por uma norma de superposição. Não se trata, pois, de um antecedente cronológico das normas cuja obediência é ordenada, mas de seu antecedente lógico, no sentido de que uma norma só é parte do sistema, ou seja, obrigatória, se a sua observância for determinada por uma norma de superposição a ele pertencente.

O conceito de norma de superposição é necessário à explicação de diversos fenômenos jurídicos, como, por exemplo, a prevalência, que entre nós ocorre, da Constituição sobre as leis ordinárias. As normas constitucionais são mais importantes do que as legais. Mas se isso justifica a sua prevalência, nada nos informa sobre o mecanismo mediante o qual ela se concretiza. As normas legais pertencem ao ordenamento, ou seja, são obrigatórias, porque a sua observância é determinada por uma norma de superposição constitucional. Mas essa norma ordena o cumprimento apenas das normas legais compatíveis com a Constituição. Uma norma legal que conflite com a Constituição não é, pois, obrigatória, consistindo nisso a prevalência da Constituição.

A teoria tradicional do direito distingue normas que regulam comportamentos, daquelas cujo objeto sejam outras normas, regulando-lhes ora a criação, ora a interpretação e aplicação ou a vigência, e assim por diante. Dentre as segundas estão as chamadas normas de produção jurídica. ENRICO ALLORIO já havia notado que as normas de produção jurídica nada mais fazem do que determinar o cumprimento das normas criadas na conformidade do que elas estabelecem. As normas de produção jurídica da teoria tradicional são, pois, normas de superposição. Mas também o são as demais normas que se ocupam de outras normas.

Com efeito, as normas de superposição podem desempenhar duas funções básicas. A primeira delas consiste em tornar obrigatórias normas que, de outro modo, não o seriam. É essa a função da norma de superposição constitucional que manda observar as normas de legislação ordinária: na sua ausência as normas legais não seriam obrigatórias. Mas a norma de superposição pode desempenhar também uma segunda função, de sentido oposto ao da primeira, consistente em eliminar a obrigatoriedade de normas que, na ausência dela, seriam obrigatórias. As disposições do nosso Código Civil, que definem leis vigentes como sendo aquelas que tenham sido publicadas de um certo modo e não tenham sido revogadas, expressamente ou pela superveniência de lei em sentido contrário, formam também uma norma de superposição. De fato, elas nada mais fazem do que determinar o cumprimento das normas contidas nas leis que se qualifiquem como vigentes. Observe-se, porém, que na ausência de tais disposições, também as normas legais não vigentes seriam obrigatórias, pois, ao determinar a observância das normas legais, a Constituição não distin-

gue as que estejam em vigor das que não estejam. Essa norma do Código Civil atua, pois, eliminando a obrigatoriedade de normas que, na sua ausência, seriam obrigatórias. As normas de superposição que desempenham esta segunda função referem-se sempre, ao fazê-lo, a normas a serem criadas pela mesma fonte de onde elas provêm. Elas servem, portanto, para que uma fonte restrinja a obrigatoriedade das próprias normas.

A possibilidade de terem as normas de superposição essas duas funções obriga-nos a considerar a hierarquia como um nexo, não entre fontes, mas entre normas jurídicas. As normas oriundas da fonte de onde provêm as leis ordinárias são sempre inferiores às normas de fonte constitucional. Mas podem duas normas oriundas da mesma fonte terem hierarquia diversa. A norma legal que regula a vigência das demais normas legais é hierarquicamente superior a estas, embora provenha da mesma fonte.

Inicialmente examinaremos, a título de ilustração, alguns casos de normas de superposição que desempenham a primeira das duas funções acima referidas, ou seja, tornam obrigatórias outras normas jurídicas. Em seguida, veremos a técnica mediante a qual, graças à outra função das normas de superposição, uma fonte distribui as normas que dela provêm em diferentes níveis hierárquicos.

4. O exemplo mais eloqüente da norma de superposição com a primeira das duas funções acima referidas é a norma constitucional que ordena o cumprimento das normas da legislação ordinária. Estas últimas não são, porém, as únicas que têm em normas constitucionais a origem de sua obrigatoriedade. Também as normas oriundas de decretos-leis, de leis complementares e de leis estaduais, dentre outras, são obrigatórias apenas porque existem na Constituição normas de superposição prescrevendo a sua observância.

A coordenação entre essas diferentes fontes normativas pode ser feita pelo critério da competência ou pelo da preferência. O primeiro deles consiste em cada norma de superposição determinar quais sejam os assuntos a serem regulados pelas normas a ela subordinadas, de tal sorte que uma norma tratando de assunto diverso, não se inclua entre aquelas cuja observância é prescrita. É esse o mecanismo pelo qual se evitam, entre nós, conflitos entre as legislações da União e dos Estados. Uma lei federal, que trate de assunto reservado pela Constituição à legislação estadual, não está entre as leis federais cuja observância é prescrita e assim não é obrigatória.

O critério da preferência é usado quando as fontes normativas instituídas pelas diferentes normas de superposição tenham competências concorrentes: em caso de conflito entre duas normas de fontes diversas, apenas a oriunda da fonte em favor da qual se estabeleça a preferência é obrigatória. O exemplo típico é o da preferência das leis em relação aos regulamentos do Executivo. Ouve-se, muitas vezes, di-

zer que os regulamentos são subordinados hierarquicamente às leis. Entre nós isso não acontece, porque a norma de superposição à qual os regulamentos devem a sua obrigatoriedade não está em uma lei, mas na Constituição. Excetuados certos assuntos, que não podem ser disciplinados por regulamentos, como, por exemplo, a criação de impostos, existe uma ampla faixa de competência concorrente entre eles e as leis. Todavia, conforme preceito constitucional, os regulamentos se destinam a assegurar o cumprimento das leis. Segue-se, pois, que, em caso de conflito, as leis prevalecem. Ou seja, a Constituição manda observar apenas os regulamentos compatíveis com as leis, não sendo, pois, obrigatórios os regulamentos que as contrariem.

5. As condições que as normas legais devem satisfazer para serem obrigatórias nem sempre são as mesmas. No sistema norte-americano, que é adotado entre nós, as leis contrárias à Constituição não são obrigatórias. Embora a Constituição americana não contenha qualquer disposição expressa nesse sentido, entende-se que tal consequência estaria implícita no texto constitucional. Essa doutrina foi pela primeira vez formulada em 1803, pela Suprema Corte, no caso *MARbury vs. MADISON* e vem sendo seguida desde então. No sistema francês, contudo, mesmo as leis contrárias à Constituição são obrigatórias. Julga-se que se fosse reconhecido aos tribunais o poder de recusar a aplicação de atos do Legislativo, ainda que sob o fundamento de serem eles incompatíveis com a Constituição, estaria sendo violado o princípio da separação dos Poderes.

A diferença entre o sistema americano e o francês está no teor das normas de superposição, que disciplinam a obrigatoriedade das leis. A interpretação da Constituição norte-americana, seguida em *MARbury vs. MADISON*, supõe uma norma de superposição que condiciona a obrigatoriedade das normas legais, não só a terem elas sido elaboradas pelo órgão legislativo, como à sua compatibilidade com a própria Constituição. As normas cuja observância essa norma de superposição preceve são as que satisfaçam tais requisitos. O último desses requisitos não é, porém, exigido pela norma de superposição da Constituição francesa: ela ordena o cumprimento das normas emanadas do órgão legislativo, abstração feita de sua compatibilidade com o texto constitucional. Sem dúvida, no sistema francês a criação de leis inconstitucionais é uma infração à Constituição. Mas isso resulta de que a par da norma de superposição, que prescreve a observância de quaisquer atos do órgão legislativo, existe uma norma constitucional que proíbe a criação de leis inconstitucionais, norma essa, porém, imperfeita, já que não há previsão de sanções para o seu descumprimento. Portanto, no direito francês as leis inconstitucionais, embora resultem de transgressões à Constituição, são ainda assim obrigatórias.

No direito inglês não existe um documento solene denominado Constituição. O direito constitucional da Inglaterra, como tal entendi-

do o conjunto de normas que regula o funcionamento dos Poderes do Estado, é formado, como acontece em outros setores do direito, por atos do Parlamento e precedentes judiciais. Um ato do Parlamento posterior revoga o anterior com que seja incompatível, pouco importando fosse este, mas não aquele, parte do que se considera direito constitucional inglês. Não há, pois, como entre nós, nos Estados Unidos e na França, uma norma de superposição constitucional de onde as normas legais derivem sua obrigatoriedade. As normas constitucionais e as demais normas jurídicas, emanadas de atos do Parlamento ou de precedentes judiciais, estão no mesmo nível hierárquico e derivam sua obrigatoriedade da mesma norma de superposição. Essa norma não está, porém, expressamente formulada e sua existência pode ser apenas presumida.

6. No campo do direito privado, a norma de superposição mais importante é a que prescreve a obediência aos contratos. O que caracteriza um contrato, e o distingue de outros atos jurídicos que, como ele, dependem de acordo de vontades, é que por meio dele cria-se direito novo. Há muitos atos jurídicos bilaterais que fazem surgir deveres para as partes. O casamento é um exemplo. Trata-se, porém, de deveres segundo normas preexistentes, que não foram criadas pelas partes. Com o contrato as coisas se passam de forma diversa. As normas que regem o comportamento dos contratantes não são normas preexistentes mas as que eles próprios criaram. A lei se limita a determinar o cumprimento dessas normas, exigindo, quando muito, que seu conteúdo não ultrapasse certos limites e, por vezes, que o contrato de que resultem observe alguma forma especial, procedimento, aliás, similar ao da Constituição em relação às normas legais. A norma que obriga as partes não está, porém, na lei, mas no contrato.

Mas a cadeia das normas de superposição não termina ao nível das normas contratuais. Há normas criadas em contrato que são também elas de superposição. É o que acontece, por exemplo, com os contratos de trabalho. O contrato de trabalho se distingue da locação de serviços regida pelo Código Civil por acarretar o que a doutrina denomina de subordinação do empregado. Pelo contrato de trabalho, o empregado não se obriga a ações ou abstenções determinadas, como na locação de serviços, mas a cumprir as ordens do empregador, compreendidas em certos limites contratualmente ajustados. A principal norma do contrato de trabalho é, pois, uma norma de superposição. O empregador, por sua vez, por outra norma de superposição, pode delegar a prepostos os poderes normativos de que está investido pelo contrato. Essas delegações muitas vezes se sucedem. A organização hierárquica de uma empresa é uma decorrência dessa característica do contrato de trabalho e seria impossível sem ela. A observância da ordem mais insignificante dirigida pelo último preposto a um subordinado é, portanto, prescrita por toda uma cadeia de normas jurídicas que vai, sem interrupções, ao ápice do ordenamento.

7. A sentença que julga procedente uma ação constitutiva nada mais é do que um evento que contribui para a formação ou extinção de al-

gum dever previsto em lei. Ela própria não cria qualquer novo dever, ficando, pois, afastada a possibilidade de incluí-la entre as normas jurídicas. As sentenças nas ações declaratórias e condenatórias podem negar a existência do dever de uma das partes alegado pela outra, como acontece, por exemplo, se a ação condenatória é julgada improcedente. Se em desacordo com a lei, dela resulta simplesmente a impossibilidade de aplicar a sanção por inobservância de um dever legal efetivamente existente. Não são, porém, criados novos deveres. Portanto, também nesses casos a sentença não faz uma nova norma jurídica. Mas a sentença pode também afirmar a existência de um dever, como acontece quando a ação condenatória é julgada procedente ou quando se declara a existência da relação jurídica, entre autor e réu, alegada por aquele. É com relação a essas sentenças que cabe indagar se constituem, ou não, normas jurídicas.

Se elas fossem necessariamente conformes à lei, ou seja, se os deveres proclamados em tais sentenças estivessem sempre entre os resultantes de normas legais, os seus efeitos poderiam ser explicados sem que houvesse necessidade de lhes atribuir a natureza de norma jurídica. Acontece, porém, que elas podem ser contrárias à lei e frequentemente o são. Nesse caso elas impõem à parte um dever diverso dos previstos na lei, criando, assim, direito novo. Não é possível, pois, compreender os seus efeitos, sem lhes reconhecer a qualidade de normas jurídicas. A sentença cria então uma norma individual, de forma semelhante a de um contrato. Por outro lado, se a sentença que fere a lei e proclama a existência de um dever é uma norma jurídica, não há por que negar tal qualidade à sentença que proclama um dever já previsto na lei. A diferença entre os dois casos está apenas em que a norma individual da sentença no primeiro caso conflita com o ordenamento, o que não acontece no segundo. Em ambos, porém, trata-se de normas. E se tais normas são obrigatórias, não é senão porque há na lei uma norma de superposição que determina o seu cumprimento.

A norma que a sentença estabelece é sempre obrigatória, mas daí não se segue seja facultado ao juiz proferir sentenças em desacordo com a lei. Ao lado da norma de superposição que determina o cumprimento das sentenças, estejam elas de acordo com a lei, ou não, há outra norma que proíbe ao juiz de sentenciar em desacordo com a lei. A relação entre a sentença e a lei é, pois, a mesma que existe, no direito francês, entre a lei e a Constituição. Assim como o legislador francês está proibido de criar leis em desacordo com a Constituição, o juiz está proibido de proferir sentenças em desacordo com a lei. Mas, em um caso como no outro, o desrespeito à proibição em nada afeta a obrigatoriedade da norma resultante.

8. Até aqui examinamos ocorrências de normas de superposição no ordenamento interno. Mas elas estão também presentes no âmbito do direito internacional, como o demonstra a demarcação de competência entre os diferentes ordenamentos nacionais. Cada ordenamento

tem competência para obrigar ou proibir apenas atos no interior de seu território. É possível que um ordenamento nacional estabeleça deveres em função de eventos ocorridos no exterior. Mas só um comportamento interno pode ser objeto do dever. O imposto de renda brasileiro, por exemplo, tributa rendimentos auferidos no exterior. Mas o dever de pagar o imposto, embora gerado por um evento ocorrido fora do território, tem por objeto um ato a ser praticado no interior desse território.

A impossibilidade de um ordenamento de reger fatos fora de seu território decorre, sem dúvida, de escaparem eles de seu poder de coerção. A subordinação a um ordenamento é, pois, antes de tudo, de fato. Esse fato está, porém, na origem de todos os ordenamentos internos, que não são obrigatórios para o direito internacional, senão na medida em que sejam efetivamente observados. Nisso consiste o princípio da efetividade. Tal princípio nada mais é, assim, do que uma norma de superposição de direito internacional, que determina sejam obedecidas, em cada território, as normas criadas pelas pessoas capazes de se fazerem obedecer. O direito internacional faz, pois, da força a origem dos ordenamentos internos. Por menos agradável que seja essa constatação, não seria realista evitá-la.

Mas essa norma de superposição de direito internacional não determina a observância, em cada território, da Constituição que lá esteja em vigor. Ela obriga que se cumpram as normas criadas pelas pessoas capazes de se fazerem obedecidas, que são obviamente os detentores da força. Existe, pois, um intervalo entre a Constituição e o direito internacional. E é forçoso admitir a presença, nesse intervalo, de uma norma de superposição, pela qual os detentores de força determinam a observância, seja de uma Constituição a ser elaborada de uma certa maneira, seja do direito de um outro país, seja de um outro conjunto de normas qualquer. Essa norma de superposição, que na linha de KELSEN seria considerada a norma fundamental do ordenamento interno, é o elo pelo qual ele está ligado ao direito internacional.

Foi nesse intervalo entre a Constituição e o direito internacional que se inseriram os famosos atos institucionais, que vigoraram entre nós até algum tempo atrás. Tais atos substituíram a norma da qual resultava a obrigatoriedade da Constituição de 1946. No lugar dela, foram colocadas diversas normas, uma das quais mandando ainda observar a Constituição de 1946, mas somente na parte em que fosse compatível com as novas normas então criadas.

Essas considerações nos permitem compreender por que as revoluções, que subvertem violentamente o ordenamento jurídico de um país, representam, para o direito internacional, a simples substituição, de uma norma por outra, em tudo similar ao que a revogação de uma lei representa para a Constituição. A revolução é um fato jurídico pelo qual é substituída a norma de superposição que liga o direito interna-

cional ao direito interno, por uma outra norma de superposição que prescreve a observância de uma nova Constituição ou de um novo conjunto de normas qualquer. E não deve causar espanto que um ato de desobediência ao direito preexistente crie direito novo. O direito internacional quer a observância do ordenamento eficaz, pouco importando que na sua imposição o ordenamento anterior tenha sido violado.

Observe-se, finalmente, que pela norma de superposição de direito internacional a que nos estamos referindo, o direito internacional e os diferentes direitos internos se integram em um ordenamento único, estes em posição hierárquica inferior. Isto não preclui, porém, a indagação sobre se as normas de direito internacional prevalecem, ou não, sobre as de direito interno. Como já vimos, nem sempre as normas perdem a sua obrigatoriedade por incompatibilidade com normas superiores. No direito francês as normas legais não têm a sua obrigatoriedade afetada por serem contrárias à Constituição, como entre nós as sentenças são obrigatórias, ainda que contrariem as leis. Igual relação pode existir entre o direito interno e o direito internacional, dependendo do que o direito interno estipule. E um direito interno, com normas incompatíveis com o direito internacional, tem a sua observância prescrita por este, bastando para isso que seja dotado de efetividade, por paradoxal que tal conclusão possa parecer.

9 Diz-se que uma norma é válida ou obrigatória quando a sua observância seja determinada por outra norma cuja obrigatoriedade já se tenha estabelecido. A obrigatoriedade de uma norma nada mais é, pois, do que o dever de obedecê-la, imposto por uma norma de superposição. Excetuada a norma fundamental do ordenamento, cuja obrigatoriedade se aceita, de forma similar àquela pela qual, nos sistemas dedutivos de lógica e de matemática, são adotados os postulados iniciais, as normas jurídicas retiram a sua obrigatoriedade de normas de superposição. Não seria, porém, correto imaginar que o único papel da norma de superposição seja o de transmitir obrigatoriedade.

Com efeito, no que respeita à obrigatoriedade, a norma de superposição desempenha duas funções distintas. A primeira delas consiste, sem dúvida, em conferir obrigatoriedade a outras normas. Foi o que vimos: a fonte de onde provém a norma de superposição serve-se dela para delegar parcelas do poder normativo de que está investida, fazendo, assim, surgir uma nova fonte normativa. O exemplo típico é a norma constitucional que prescreve a observância das normas legais e, assim, institui uma nova fonte normativa incumbida de criar tais normas. Trata-se de uma função positiva, pois torna obrigatórias normas que, de outro modo, não o seriam.

Mas há também uma função negativa da norma de superposição. O poder de criar normas jurídicas implica o de estabelecer, digamos, em que lugares, por quanto tempo, dentro de que circunstâncias, e assim por diante, as normas a serem criadas devam ser obedecidas. Em

outras palavras: o poder de criar normas traz consigo o de limitar a sua obrigatoriedade. Pois bem: as normas de que resultam essas limitações são também elas normas de superposição. A fonte determina a observância apenas das normas, criadas por ela própria, que satisfaçam certos requisitos, eliminando, assim, a obrigatoriedade das demais.

Voltemos ao exemplo, a que já nos havíamos referido, das disposições do Código Civil que tratam da vigência das leis. Segundo elas, leis vigentes são as que tenham sido publicadas de uma certa maneira e não tenham sido revogadas expressamente ou por lei em contrário. Por que essa definição de vigência? Certamente, para estabelecer que apenas as normas resultantes de leis que a satisfaçam são obrigatórias. Estamos, pois, diante de uma norma de superposição que ordena a observância de tais normas. Mas a fonte dessa norma de superposição é a mesma das demais normas legais. Portanto, na sua ausência, subsistiria a obrigatoriedade das demais normas legais. A função que ela desempenha não é, pois, a de criar obrigatoriedade, antes pelo contrário, a de limitá-la. Se ela não existisse, também as normas resultantes de leis revogadas seriam obrigatórias, pois a Constituição manda obedecer as normas contidas em leis, sem distinguir as revogadas das vigentes. Ao editar tal preceito, o legislador limitou, portanto, a obrigatoriedade das normas oriundas do poder normativo de que fora investido pela Constituição.

Portanto, a norma de superposição, assim como pode ter uma função positiva, pela qual confere obrigatoriedade a certas normas, é capaz, ainda, de uma função negativa, consistente em impedir que outras normas se tornem ou permaneçam obrigatórias.

Quando uma fonte deseja limitar a obrigatoriedade das próprias normas, tudo o que tem a fazer é colocar, entre a norma de superposição a que ela deve o seu poder normativo e as normas resultantes do exercício desse poder normativo, uma norma de superposição negativa. Foi esse o procedimento do nosso legislador ordinário ao editar a norma que regula a vigência das leis. E nada obsta que, pela repetição desse procedimento, se produzam novas e sucessivas intercalações. Eis por que, além da norma que regula a vigência das leis, é possível encontrar, nos ordenamentos modernos, diversas outras intercalações.

São, por exemplo, normas de superposição intercaladas as disposições legais que fixam prazo determinado de vigência para certas leis. Elas ordenam a observância de outras normas legais, mas somente enquanto não esgotado um certo prazo. Na sua falta, essas outras normas conservariam a sua obrigatoriedade, sem limitação de tempo. A função que elas desempenham é, pois, a de restringir a obrigatoriedade das normas a elas subordinadas a um certo lapso de tempo.

É comum que os sistemas de direito legislado contenham disposições estabelecendo como as leis devem ser interpretadas. Tais disposições partem obviamente do pressuposto que as mesmas palavras comportariam mais de uma interpretação, cabendo, assim, ao legislador optar por uma delas. Não seria aqui o local apropriado para demonstrar quão equivocado é esse entendimento e que se tornaria impossível a comunicação por palavras, se o ato de comunicar comportasse mais de um sentido. Vamos pois, admitir que os textos legais possam ter realmente mais de um sentido, e que, assim, as mesmas leis expressariam normas diferentes, conforme a interpretação adotada. Justificar-se-ia, pois, que se estabelecesse serem obrigatórias apenas as normas resultantes de um certo tipo de interpretação. A norma sobre interpretação faz exatamente isso. Ela é uma norma de superposição, pois manda observar outras normas: as que resultem da interpretação preconizada. E a sua função é negativa, pois tais normas seriam obrigatórias mesmo se ela não existisse, servindo elas para afastar a obrigatoriedade das normas que supostamente resultariam de interpretações diversas.

É possível encontrar normas intercaladas em qualquer nível hierárquico. Mesmo nos contratos elas se fazem presentes. A norma de um contrato, que regula a sua rescisão ou prevê circunstâncias em que ele deixe de ser obrigatório, é uma norma de superposição intercalada: ao mesmo tempo que prescreve a observância das demais normas contratuais, condiciona a obrigatoriedade destas à inexistência de ato rescisório ou de outros eventos extintos nela previstos.

10. As normas intercaladas até aqui consideradas têm apenas a função negativa. Elas restringem a obrigatoriedade de certas normas, mas não conferem obrigatoriedade. Há, porém, normas intercaladas com as duas funções, pois tornam obrigatórias um grupo de normas e eliminam a obrigatoriedade das normas de outro grupo. É esse o caso do direito internacional privado e do direito intertemporal.

As disposições de direito intertemporal e de direito internacional privado formam, sem dúvida, normas de superposição, pois não cogitam de comportamentos específicos, mas da observância de outras normas. Por exemplo: a disposição do Código Tributário Nacional, segundo a qual a legislação aplicável é a vigente no momento da ocorrência do fato gerador, determina que se cumpram, com relação a cada fato gerador, as normas da legislação em vigor no momento em que ele tenha ocorrido. De igual modo, a regra da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual as obrigações se regem pela lei do país onde tenham sido contraídas, não está ordenando qualquer ação ou abstenção, mas a observância de outras normas.

As normas de direito internacional privado e de direito intertemporal desempenham a função negativa, já que eliminam parcialmente a obrigatoriedade de normas oriundas das fontes que as criaram. As

primeiras produzem esse efeito quando ordenam a aplicação do direito de outro país: por força de norma segundo a qual a lei aplicável é a do lugar em que a obrigação se tenha constituído, o direito brasileiro não é obrigatório com relação a obrigações nascidas fora do território nacional. Se essa norma não existisse, o nosso direito seria aplicável a qualquer obrigação a ser cumprida no país, nada importando o local em que ela houvesse sido contraída. Quanto à norma de direito intertemporal, ela retira parcialmente a obrigatoriedade do direito vigente: o direito tributário vigente não é obrigatório com relação a fatos geradores que lhes sejam anteriores. Sem essa norma, o direito vigente se aplicaria a qualquer fato gerador, independente da época de sua ocorrência.

Mas o direito internacional privado e o direito intertemporal desempenham também função positiva, tornando obrigatórias normas que não o seriam na sua ausência. Isso acontece quando o direito internacional privado ordena o cumprimento do ordenamento de outro país e o direito intertemporal, a observância de normas jurídicas já revogadas. Com efeito, se não existisse direito internacional privado, os direitos estrangeiros não seriam jamais obrigatórios entre nós. De igual modo, a obrigatoriedade de normas revogadas subsiste apenas graças ao direito intertemporal.

11. A teoria que se está expondo permite que se compreenda a posição que ocupa em nosso ordenamento a Emenda Constitucional 26/85, com base na qual foi convocada a Assembléa Nacional Constituinte.

Há, em nossa atual Constituição (refiro-me à resultante da Emenda n.º 1/69), uma norma de superposição, intercalada entre a norma em que se originou o poder normativo do constituinte (item 8 acima) e as demais normas resultantes do exercício desse poder normativo. Trata-se da norma concernente às emendas constitucionais. A exemplo do direito internacional privado e do direito intertemporal, essa norma desempenha uma função positiva e outra negativa. A primeira consiste em tornar obrigatórias as emendas constitucionais. Na sua ausência, não seria possível emendar a Constituição, e assim as normas constantes de pretensas emendas seriam destituídas de obrigatoriedade. Mas ela tem também uma função negativa, pois restringe a obrigatoriedade das demais normas constitucionais, ao condicioná-la à inexistência de emendas, elaboradas pelo modo nela previsto, dispendo em sentido contrário. Na sua falta, a Constituição original não perderia jamais a obrigatoriedade.

A norma constitucional que regula as emendas à própria Constituição tem, pois, uma posição hierárquica superior à das demais normas constitucionais, estejam estas no texto original da Constituição ou em emendas subseqüentes.

A Emenda Constitucional 26, como as demais emendas constitu-

cionais, deve a sua obrigatoriedade a essa norma de superposição. Mas há algo que a distingue: a Emenda Constitucional 26 contém, também ela, uma norma de superposição intercalada, hierarquicamente superior às demais normas constitucionais. Até o advento da Emenda 26, as normas constitucionais só perdiam a obrigatoriedade se revogadas por emendas subseqüentes. Agora, elas deixam também de ser obrigatórias com o advento do que será a nova Constituição. A Emenda 26 se insere, pois, entre a norma da Constituição de 1969, que regula as emendas, e as demais normas Constitucionais.

A Emenda 26 não se limita, porém, a restringir a obrigatoriedade das outras normas constitucionais. Ela é, ainda, a fonte da obrigatoriedade da Constituição que está sendo elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte. Na ausência dessa emenda, não teriam qualquer valor as normas criadas pelas pessoas que formam a Assembléia. Tais normas serão obrigatórias apenas porque a Emenda 26 assim o determina. Daí resultam conseqüências práticas: a nova Constituição só poderá fazer aquilo que poderia ser feito pela Emenda a que ela deve a sua obrigatoriedade, o que a impede de eliminar a Federação ou a República.

12. A subordinação de uma norma a outra é um nexó lógico entre elas. Como vimos, a subordinação pode ocorrer quando a fonte de que se origina uma das normas delega a outra fonte o poder de criar normas jurídicas. Mas a mesma fonte, pela técnica da intercalação, pode distribuir as normas que cria em diferentes níveis hierárquicos, delimitando-lhes assim a obrigatoriedade. A norma de superposição intercalada não é um antecedente cronológico das normas que lhe estão subordinadas, mas um antecedente lógico, pois a fonte pode sempre intercalar uma nova norma, na posição hierárquica que lhe parecer mais adequada. Antes da Emenda Constitucional 26, as normas constitucionais estavam subordinadas à norma da Constituição de 1969 que regula as emendas à Constituição. A Emenda Constitucional 26 foi intercalada entre aquelas e esta. E as normas da futura Constituição estarão subordinadas diretamente à Emenda 26, a menos que, como é provável, o legislador constituinte intercale entre elas e a Emenda 26 uma nova norma de superposição admitindo e disciplinando emendas à futura Constituição.

Nem sempre está claro, porém, qual o relacionamento hierárquico entre as diferentes normas intercaladas. Entre as normas de nossa legislação ordinária estão intercaladas, como vimos, as que regulam a vigência das leis, as de interpretação, as de direito intertemporal e de direito internacional privado. Certamente não há subordinação entre duas normas de direito internacional privado, pois, cogitam elas de hipóteses que não abrangem outras normas do mesmo tipo. Mas entre o direito intertemporal e o direito internacional privado há necessariamente subordinação de um ou de outro. E pode ser preciso deci-

dir, com vistas a algum caso concreto, qual das normas envolvidas tem precedência e qual a subordinada.

Imaginemos que em um certo país, a que chamaremos Alfa, vigore uma norma de direito intertemporal, designada como norma A, estabelecendo que, em matéria de contratos, a lei aplicável é a do tempo da celebração do contrato e não a do tempo de sua execução. Nessa ocasião, em um segundo país, o país Beta, um certo contrato foi celebrado, para execução no país Alfa. Vigorava então em Alfa, também uma norma B, de direito internacional privado, estabelecendo que, em matéria de contratos, a lei aplicável é a do lugar da contratação. Mais tarde essa norma é revogada por uma norma C, que introduz na legislação de Alfa o princípio de que, em matéria de contratos, a legislação aplicável é a do lugar da execução. Se um juiz de Alfa fosse chamado a decidir um litígio entre as partes contratantes, deveria ele aplicar o direito das obrigações de Alfa ou de Beta? A resposta a essa indagação depende de como resolvermos o problema da relação entre as normas de direito intertemporal e de direito internacional privado.

Se o juiz entender que a norma de direito internacional privado está subordinada à de direito intertemporal, principiará a busca da norma aplicável pela norma A do país Alfa, que determina a aplicação da lei vigente no momento da celebração do contrato. Ora, no momento da celebração do contrato, vigorava a norma B, de direito internacional privado, que mandava aplicar a lei do lugar da contratação. Como o lugar da contratação era o país Beta, seria então aplicado o direito das obrigações desse país.

Todavia, se o juiz concluísse pela subordinação da norma de direito intertemporal, deveria tomar, como ponto de partida, a norma C, que era a norma de direito internacional privado vigente em Alfa no momento do julgamento. Essa norma C mandava aplicar a lei do lugar da execução, ou seja, a lei de Alfa. Por força da norma C, passaria à norma A, de direito intertemporal de Alfa, que determinava a aplicação da lei do tempo de contratação. E em conseqüência da norma A, ele então aplicaria o direito das obrigações de Alfa, que estivesse vigorando no momento em que o contrato foi celebrado.

A questão do relacionamento entre o direito intertemporal e o direito internacional privado foi abordada, ainda que sumariamente, por MARTIN WOLFF, que menciona um caso concreto, ocorrido no final do século passado, em que a discussão se travou em torno desse ponto. A opinião de WOLFF é a de que o direito internacional privado seria subordinado ao direito intertemporal, mas ele não explica por quê. De qualquer modo, o problema não se restringe a esses dois setores do direito, tendo um âmbito bem maior, já que alcança todas as normas intercaladas.

Entre nós tudo se passa como se a norma intercalada, com prece-

dência sobre as demais, seja a que regula a vigência das leis. Embora tal princípio não esteja expresso, há como que um consenso tácito nesse sentido. De fato, as demais normas intercaladas são consideradas obrigatórias somente se resultantes de leis que satisfaçam as condições que a norma de vigência estatui. Caso não desconsiderássemos as normas sobre interpretação, seriam elas aparentemente aplicáveis aos textos de direito internacional privado e de direito intertemporal, o que as colocaria acima das normas que esses textos expressam. No tocante ao relacionamento entre o direito intertemporal e o direito internacional privado, a decisão é muito mais difícil. As normas de direito internacional privado são, porém, muito estáveis, raramente sendo modificadas. Além disso, na grande maioria dos casos, delas resulta a aplicabilidade do direito interno. Em conseqüência, o direito que rege o caso concreto é quase sempre o mesmo, quer se dê precedência ao direito intertemporal, quer ao direito internacional privado.

Reflexões acerca do Poder Regulamentar — Propostas à Constituinte

Augusto Henrique Werneck Martins
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

“Ora, a lei... o que é a lei, se o major quiser?...”
(Dona Maria ao Major Vidigal, *in* Manoel Antônio de Almeida. *Memórias de um Sargento de Milícias*, São Paulo, Martins, p. 271¹).

Apresentar um pequeno trabalho. Sobre o Poder Regulamentar. A tarefa que se me dá não é a de realizar outra monografia de abordagem acadêmica sobre o tema, mister de que muitos já bem se desincumbiram. Proponho-me a refletir um tanto acerca do Regulamento — do Regulamento “brasileiro” — enquanto instrumento de imposição de modalidades determinadas de ordem jurídica. Espiar, com brevidade, as circunstâncias históricas onde o instituto evoluiu e, no entanto, sugerir alguns princípios informadores de uma acepção democrática da hierarquia das normas jurídicas, propiciando seja a Sociedade Civil a protagonista da construção do conceito de legalidade, em detrimento dos maiores de sempre.

I — Aportes Históricos do Conceito de Poder Regulamentar

A idéia de “Poder Regulamentar” está intrinsecamente ligada à aparição histórica do Estado Liberal. A separação de Poderes, com a decorrente fixação da acepção formal do ato legislativo, ensejou a categorização dos atos do Poder Executivo, reconhecendo-lhes uma dita capacidade de editar normas jurídicas de acerto teor.

Assim, considerando a lei em sentido formal como lapidar criação iluminista, também o será o regulamento, guardada a distância entre o sentido e o alcance do termo, então. A fórmula indicada não é especialmente ousada, nem inovadora. Admite que a articulação de legitimidade e legalidade, em nome de uma segurança jurídica, é devida ao pensamento liberal clássico, tão-somente. Ora, se a doutrina da separação de Poderes expõe a sede da soberania popular no Parlamento — na realização da função legislativa, foi urdida principalmente por MONTESQUIEU² e sedimentada por cientistas políticos ou juspublicistas como STUART MILL, TOCQUEVILLE, HAMILTON, MADISON e JAY³, entre outros, não se poderia deixar de entrever que a corrente teórica responsável pela sistematização e justificação empírica do ato legislativo trouxe em seu bojo a permissão da própria exceção à regra formulada.