diritto&diritti dal 1996
diritto.it
direttore Francesco Brugaletta

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/09/2010

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/30210-constru-o-expansiva-da-norma-hipot-tica-fundamental

Autori: Talita Tatiana Dias Rampin, Yvete Flávio da Costa, José Carlos Garcia de Freitas

Construção expansiva da Norma Hipotética Fundamental

Construção expansiva da Norma Hipotética Fundamental

Construction of expansive Hypothetical Fundamental Standard

Talita Tatiana Dias Rampin[*]
Yvete Flávio da Costa[**]
José Carlos Garcia de Freitas[***]

RESUMO: O presente trabalho estuda a "efetividade" como sendo um novo e necessário critério de valoração das normas jurídicas, especialmente daquelas qualificadas como fundamentais no Estado Democrático de Direito brasileiro. A partir da análise comparativa dos critérios de valoração normativa em Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Tércio Sampaio Ferraz Junior, investiga as noções de "validade", "vigência", "eficácia", "justiça", "incidência" e "sistematização". Problematiza os critérios de valoração frente à Teoria da Norma e do Ordenamento Jurídico, enfocando a decidibilidade como questão central da ciência jurídica. Propugna pela inclusão do critério da "efetividade" dentre aqueles dispostos para a valoração das normas jurídicas, dada a contingência da decidibilidade. Nesse sentido, contextualiza o processo de afirmação dos critérios de valoração normativa no movimento histórico de construção da norma hipotética fundamental. Compara as teorias da norma hipotética fundamental em Kelsen e Bobbio, para, em seguida, propor um novo paradigma, constituído por feixes normativos convergentes, passíveis de mútua transposição, de interferência recíproca e com transformação dinâmica.
Palavras-chave: valoração; normas jurídicas; efetividade; norma hipotética fundamental

ABSTRACT: This work studies the "effectiveness" as a new and necessary criterion for evaluation of legal rules, especially those classified as essential in a democratic state of law in Brazil. From the comparative analysis of the normative criteria of evaluation in Hans Kelsen, Norberto Bobbio and Tercio Sampaio Ferraz Junior, investigates the notions of "validity", "duration", "effectiveness", "justice", "incidence" and "systematic." Discusses the criteria for valuation front of the Standard Theory and the Legal System, focusing on the decidability central issue of legal science. Advocates for the inclusion of the criterion of "effectiveness" among those willing to valuation of legal rules, given the contingency of decidability. In this sense, contextualizes the process of affirmation of the criteria for valuation rules in the historic movement for the construction of hypothetical fundamental norm. Compares theories of hypothetical fundamental norm and Kelsen Bobbio, to then propose a new paradigm, consisting of beams converging normative, capable of mutual transposition of reciprocal interference and dynamic transformation.
Keywords: fcriterion for legal rule´s valuation; efficiency; hypothetical fundamental norm.

[*] Mestranda e graduada em Direito pela UNESP, em Franca (SP); pesquisadora bolsista da CAPES na área de Direito Processual Coletivo; professora de antropologia jurídica da Faculdade São Luís, em Jaboticabal (SP); graduanda em Filosofia pela CEUCLAR, em Batatais (SP). Email: talitarampin@gmail.com
[**] Mestre e Doutora em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; professora nos cursos de graduação e pós-graduação da UNESP, em Franca (SP); pós doutora em Filosofia e Teoria do Direito na Universidade de Coimbra, Portugal
[***] Mestre e Doutor em Direito pela UNESP, em Franca (SP); professor nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, e de graduação em Relações Internacionais pela UNESP, em Franca (SP).

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a "efetividade" como sendo um novo e desejado critério de valoração das normas jurídicas, especialmente daquelas qualificadas como fundamentais no Estado Democrático de Direito brasileiro.

O enfoque adotado, qual seja, o prisma da efetividade, revela uma opção metodológica necessária para alcançar uma finalidade pré-determinada: a problematização da concretização dos direitos fundamentais inseridos em um contexto histórico específico. Entendemos que o pesquisador deve se situar no tempo e no espaço, motivo pelo qual delimitamos o estudo à hipótese brasileira (aspecto geográfico ou territorial), mais precisamente a partir da promulgação da Constituição Federal (aspecto normativo) em 1988 (aspecto temporal). Assim, a pesquisa adquire um corte histórico específico, que irá, invariavelmente, guiar a erição da tese proposta.

O tema é polêmico e relevante. Polêmico, porque suscita diferentes posicionamentos doutrinários, mormente no que tange às teorizações sobre os critérios de valoração das normas jurídicas. Relevante, porque possui uma repercussão prática na concretização de direitos, inclusive os "fundamentais".

A ciência jurídica sofreu profunda influência kelseniana. Em nome da norma, do legalismo, da pretensa "pureza", a resolução da conflituosidade social se afastou da realidade, dos fatos. Paulatinamente, o Direito perde seu conteúdo humano, designando antes um conteúdo legalista e/ou uma opção político-partidária do que uma forma de expressão social. Da dimensão intersubjetiva, passamos a técnico-legislativa. Em um ambiente que contesta a eficácia das instituições e das leis, indagamos: quais são os critérios de valoração das normas jurídicas admissíveis?

Imbuídos desse questionamento, iniciamos o nosso estudo. A partir da análise comparativa dos critérios de valoração normativa em Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Tércio Sampaio Ferraz Junior, investigamos as noções de "validade", de "vigência", de "eficácia", de "justiça", de "incidência" e de "sistematização". Optamos por pormenorizar em tópicos específicos cada uma das teorizações dos juristas, já que a tríade de valoração admitida por cada um deles difere.

Nesse sentido, passamos ao estudo da "Efetividade" enquanto critério de valoração normativa, dado que nenhuma das concepções cristalizadas a ela se refere. Iniciamos esse segundo tópico estudando o conceito de "Efetividade" e, após inserir a temática na Teoria da Norma e do Ordenamento Jurídico, afirmamos sua adoção enquanto critério valorativo, justificando-o como contingência da decidibilidade.

No terceiro momento, contextualizamos o processo de afirmação dos critérios de valoração normativa no movimento histórico de construção da norma hipotética fundamental. Para tanto, foi necessário comparar as teorias normativas hipotéticas em Kelsen e Bobbio, ressaltando, respectivamente, o fenômeno da "validade" e da "historicidade". Por fim, propomos um novo paradigma hipotético fundamental, construído por feixes normativos (de diversas espécies), todos convergentes, passíveis de mútua transposição, dotados de interferência recíproca e de transformação dinâmica.

O referencial teórico adotado foi: "Teoria Pura do Direito" e "Que és la justicia?" de Hans Kelsen; "Teoria da Norma Jurídica" de Norberto Bobbio; "Ciência do Direito" de Tércio Sampaio Ferraz; e "Teoria Geral dos Direitos Fundamentais" de Robert Alexy. A escolha desse referencial justifica-se pela importância de cada um desses autores dentro da ciência do Direito.

O estudo não pretende ser exaustivo, antes, suscita reflexão sobre tema que gradativamente vem sendo preterido na ciência do Direito. A amplitude do tema demanda maiores digressões, não só no tocante às páginas que poderiam ser escritas, como, inclusive, na capacidade daqueles que o intentam. Assim sendo, de imediato reconhecemos nossas limitações e pedimos vênia para realizar uma abordagem que não tenciona ser absoluta ou definitiva.

1 CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

A afirmação do caráter científico1[1] do Direito não foi harmônica. Os primeiros estudos científicos jurídicos encontraram (como ainda encontram) um alto nível de dificuldade em conceituar o "Direito" enquanto "sistema de conhecimentos" sobre a realidade jurídica. Não sem razão, os desafios iniciais tangiam à identificação do sentido da ciência (que não é unívoco), à delimitação de seu objeto, ao estabelecimento de um método próprio e, principalmente, ao reconhecimento de sua autonomia, caractere este indispensável para distinguir o Direito das demais ciências.

A dificuldade maior foi impingir um "limite de tolerância" com o qual essa novel ciência trabalha, já que, ao contrário das demais, o Direito trabalha com hipóteses, ou seja, enunciados que, em certa época, são de comprovação e verificação relativamente frágeis. Até então, todas as ciências cultivavam a cultura de refutar enunciados duvidosos ou de insuficiente verificação e/ou comprovação.

A particularidade do Direito, que lhe permite trabalhar com essas ditas "hipóteses", é a distinção de seu objeto, de caráter notadamente valorativo. Aliado a isto, trata-se de ciência de

caráter prático, qual seja: logra interpretar normas tendo em vista sua posterior aplicação. Nesse sentido, inegável, também, o caráter normativo desta ciência, ao qual soma-se sua função interpretativa e decisória.

A denominada "Teoria da Norma" constitui ponto crítico dentro da Ciência do Direito. De fato, foi a partir das construções teóricas kelsenianas que podemos, com maior propriedade, afirmar a existência de uma ciência jurídica autônoma.

1.1 A concepção de Hans Kelsen na "Teoria Pura do Direito"

Hans Kelsen (Praga, 1881 – Berkeley, 1973), constitui um verdadeiro marco na ciência jurídica. Sua obra pioneira "Teoria Pura do Direito", publicada em 1934, é a primeira tentativa fundamentada em delimitar a autonomia científica do Direito.

Os críticos de Kelsen ressaltam, em uníssono, a opção metodológica do jurista em estabelecer a norma como objeto de estudo do Direito. Contudo, superar sua construção teórica é empreitada que poucos ousam executar. As críticas mais ferrenhas cingem à exclusão, por Kelsen, de temáticas "extra-jurídicas", tal como a "justiça", do âmbito científico do Direito. Para esses críticos, o aspecto valorativo é intrínseco à própria existência do Direito, motivo pelo qual refutá-lo é o mesmo que negá-lo.

Ao contrário do que o senso comum desperta, Kelsen não ignorou a temática da justiça. Em sua obra "Que és la justicia?", o jurista dedica-se ao estudo dessa tão importante temática que, segundo ele, se ocuparam inúmeros estudiosos, aos longo do tempo. Após citar as tentativas teóricas de Platão, Aristóteles, entre outros, de estabelecer um conceito universal e absoluto do que venha a ser "justiça", Kelsen finaliza sua análise ponderando ser possível somente estabelecer o que é justiça para ele próprio, ou seja, só é possível ao Homem estabelecer um conceito relativo de justiça. Somente poderíamos cogitar o que é a justiça para nós mesmos, segundo nossas experiências, aspirações, história de vida, contexto social, enfim. Conclui (2000, p.83):

> Em rigor, não sei e nem posso dizer o que é a justiça, a justiça absoluta, esse lindo sonho da humanidade. Devo me conformar com a justiça relativa: somente posso dizer o que a justiça é para mim.
> Uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, constitui o que de mais importante em minha vida, a justiça é para mim o que sustenta e protege o florescimento da ciência e, junto com esta, florescem a verdade e a sinceridade.
> É a justiça da liberdade, a justiça da paz, a justiça da democracia, a justiça da tolerância.

A partir dessas análises, é possível indicar os fundamentos de sua teoria do direito e da norma jurídica. Sendo a justiça aquilo que leva o ser humano à felicidade, e sendo certo que é impossível fazer, sempre, todos os indivíduos felizes o tempo todo, Kelsen concebe a existência de uma hierarquia de valores na sociedade, que é refletido no sistema positivo. Essa hierarquia seria resultado de influências recíprocas dentro de um dado grupo (família, raça, clã, casta, profissão) e em determinadas condicionantes históricas. Nesse momento, identificamos um ponto de convergência com as premissas de sua "Teoria Pura do Direito": à ciência jurídica não importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. Para Kelsen, essas indagações, que incidem diretamente sobre a hierarquia de valores existentes na sociedade, são pertinentes à política do Estado, não ao Direito.

> A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.
> Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procurar responder a esta questão: o que é e como é o Direito? (...)
> Quando a si própria se designa "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2006, p.1)

Com isso, Kelsen não pretende excluir as demais formas de análise ou ciências; antes, pretende afirmar que o conhecimento jurídico se dirige às normas. Sua intenção precípua é evitar o sincretismo metodológico e, para tanto parte da hipótese de que o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento [jurídico], é uma ordem [sistema] normativa de conduta humana [dever ser].

Em sua "Teoria Pura do Direito", constatamos o estudo da norma jurídica a partir de sua tríplice valoração, pautada nos seguintes critérios: validade (atributo de existência); vigência (atributo da capacidade de produzir ou surtir efeitos); e eficácia (atributo que remete à obediência e observação das normas pelos sujeitos, que passam a orientar suas condutas lastreados nessas). Tais critérios de valoração subsidiam uma concepção limitada da norma jurídica, entendida como ordem coativa, que estabelece a imposição de um ato de coação contra situações sociais consideradas indesejáveis.

1.2 A concepção de Norberto Bobbio na "Teoria da Norma Jurídica"

Norberto Bobbio (Torino, 1909 – 2004), atualmente considerado um dos maiores teóricos do Direito e da Política, coincidentemente tal como Kelsen, publica sua obra-marco em 1934, consistente em estudos de Filosofia do Direito sobre a influência da fenomenologia de Edmund Husserl sobre a Filosofia jurídica e social. Pertinente à presente análise, constatamos que Bobbio deu sequência à posição clássica de Kelsen ao adotar o normativismo – o Direito entendido como conjunto de normas válidas – como ponto de vista preferencial na definição do fenômeno jurídico (BARRETTO, 2006, p.110). Em 1958 publica a primeira edição de "Teoria da Norma Jurídica", na qual indentificamos capítulo que trata sobre os diferentes ângulos que as normas jurídicas podem ser percebidas e estudadas: justiça, validade e eficácia. Ao contrário da concepção kelseniana, notamos que Bobbio não refuta o problema da justiça do âmbito científico do Direito, trazendo esse componente valorativo para o bojo jurídico. Desta feita, podemos constatar indícios do culturalismo jurídico nos estudos de Bobbio, que posteriormente é trabalhado por Miguel Reale em sua Teoria Tridimensional do Direito.

Para Bobbio, as normas jurídicas são parte da experiência jurídica, mas não toda ela. Há outras realidades normativas que não podemos ignorar, como por exemplo: a religião, a moral, bem como outros conjuntos ordenados de regras de conduta.

> A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. A maior parte das regras já se tornaram tão habituais que não nos apercebemos mais de sua presença (BOBBIO, 2001, p.26).

Fenômeno comum à estas regras é a tríade valorativa à qual se submetem. Segundo Bobbio, as normas jurídicas podem ser analisadas a partir de três critérios: (a) se é justa ou injusta; (b) se é válida ou inválida; (c) se é eficaz ou ineficaz. Nesse sentido, importante analisar o conceito de "justiça" em Bobbio, que a entende como sendo uma análise da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico (deontologia).

Além da aceitação do critério da justiça, Bobbio difere da teoria kelseniana ao dimensionar a "validade" a partir de premissas diversas. Para ele, esse critério se identifica com o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor que se possa fazer sobre a mesma (ontologia). Sua verificação depende das seguintes análises: (b.1) verificação da legitimidade (competência da autoridade); (b.2) verificação da não ab-rogação

(norma sucessiva no tempo); e (b.3) verificação da compatibilidade da norma com outras no sistema (ab-rogação implícita).

Bobbio complementa seu estudo analisando a independência daqueles critérios de valoração das normas jurídicas. Nesse sentido, afirma que:

1. Uma norma pode ser justa sem ser válida (ex. direito natural);
2. Pode ser válida sem ser justa (ex. escravidão);
3. Pode ser válida sem ser eficaz (ex. bebidas alcoólicas nos EUA);
4. Pode ser eficaz sem ser válida (ex. regras da boa educação);
5. Pode ser justa sem ser eficaz (ex. normas constitucionais);
6. Pode ser eficaz sem ser justa (ex. escravidão).

Do exposto, percebemos que os critérios propostos por Bobbio possuem um forte componente cultural ou valorativo, ao trazer para a ciência do Direito o questionamento axiológico da "justiça".

1.3 A concepção de Tércio Sampaio Ferraz Junior na "Ciência do Direito"

Tércio Sampaio Ferraz Junior (São Paulo, 1941), renomado jurista brasileiro, partindo da análise da Teoria do Ordenamento jurídico de Norberto Bobbio, lhe impinge novo horizonte científico. Para o jusfilósofo, para além da preocupação estrutural com o que seja o Direito válido, essa definição tem a ver com a eficácia da norma, referindo-se ao problema da função do Direito, colocando-o, diferentemente de Kelsen, como um fenômeno que, além de não se confundir nem somente regular força, instrumentaliza a consecução de determinados fins valorativos da sociedade (BARRETTO, 2006, p.111).

A problematização do Direito enquanto ciência é para Tércio menos um problema com a verdade do que com a questão da decidibilidade, constituindo esta a verdadeira e máxima preocupação do Direito. Para ele, a qualidade de não refutabilidade absoluta dos enunciados do Direito, lhe impinge caráter instrumental. Esta instrumentalidade se dá devido ao fato de que o Direito possui uma finalidade pré-determinada: a decisão. Assim, essa ciência é um saber tecnológico no qual os enunciados são dispostos de tal modo que confluam para uma determinada decisão. Nesse movimento, a dogmatização dos pontos de partida torna-se um imperativo, e a atividade do construtor do direito vislumbra uma aplicação prática.

Conceito central em sua teoria é a concepção dos critérios de valoração das normas jurídicas. Tércio retoma a tríade kelseniana de validade, vigência e eficácia, porém, dá-lhe novos contornos. A "validade" em Tércio pode ser referente ao âmbito fático (incidência), ao

constitucional (integração num sistema unitário) e ao ideal (validade em virtude de uma proposta argumentativa). Notamos que sua construção é trabalhosa, extremamente técnica e, por isso, precisa. No tocante aos outros dois critérios, Tércio modifica seu alcance: vigência é a verificação das condições formais de aplicabilidade; eficácia é a análise da possibilidade real de ser aplicada**.**

Do que foi exposto, notamos que: (a) os critérios de valoração das normas jurídicas não são os mesmos em Kelsen, Bobbio e Tércio; (b) Kelsen enfatiza o âmbito da "validade", valorando a hierarquia como fonte de validação; (c) Bobbio resgata um critério axiológico negado por Kelsen, qual seja, a "justiça"; (d) Tércio confere novo delineamento à tríade kelseniana, a partir da problematização da decidibilidade como questão central do Direito. Neste último sentido, notamos que a eficácia passa a requerer uma nova significação que, ao nosso ver, extrapola os limites de "capacidade de produzir efeitos" (Kelsen), e se firma numa zona limítrofe com a noção de "efetividade": possibilidade real de ser aplicada.

2 O CRITÉRIO DA EFETIVIDADE

Sumariamente podemos definir a "Efetividade" como sendo o atributo de algo, instrumento, procedimento, fase ou, no que aqui pretendemos defender, critério que cumpre adequadamente, de forma rápida, eficaz e não excessivamente onerosa, sua finalidade.

Inúmeras são as divisões que poderiam ser feitas da "efetividade". Citamos, como exemplo, a seguinte classificação por nós elaborada: a Efetividade Interna (1), da qual são espécies a efetividade interna extrajudicial (1.a), que se subdivide em administrativa (1.a.I) e investigativa (1.a.II); e a efetividade interna judicial (1.b), que também se parte em efetividade postulatória (1.b.I), instrutória (1.b.II), procedimental e decisória (1.b.III) e executória e reparatória (1.b.IV). De outro lado, a Efetividade externa (2).

Atualmente tornou-se lugar-comum questionar a efetividade de instrumentos normativos. Contudo, para além das especificidades de cada ramo do Direito, como pretender uma análise amplificada deste fenômeno?

Nos últimos anos, percebemos que o Brasil passou (e passa) por um período de "reformas". A constatação de que as estruturas dispostas não são hábeis a satisfazer às pretensões e aspirações sociais propiciaram um ambiente em que "tudo precisa ser reformado". Sistemas financeiros, educacionais, culturais, relacionais e, porque não, jurídicos, passaram a ser questionados. No tocante à ordem jurídica estabelecida, os debates se concentram na discussão sobre a necessidade de edição de novas leis, novos código. Já foi dito que a miragem

do fenômeno da codificação é sua completude. Em outras palavras: a edição de leis novas não resolve o problema da efetividade dos direitos se, com isso, a ciência jurídica e os construtores do direito não se dedicarem ao estudo das estruturas do nosso sistema jurídico e, também, se prostrarem alheios à necessidade contínua e ininterrupta de refletirem e realizarem o direito com vistas à efetivação dos direitos fudamentais. De nada serve a técnica se seus operadores não souberem manuseá-la.

2.1 Conceito

Ao qualificarmos fenômenos jurídicos tais como o processo, a tutela e, até mesmo, o direito, com o termo "efetividade" queremos, com isso, expressar o seu desempenho e realização de modo satisfatório, completo, consoante aos objetivos colimados. Designamos, acima de tudo, um fenômeno que existe na realidade ou que se torna real. É dizer, também, que determinado fenômeno é eficaz, sob o ponto de vista da eficiência. Marcelo Zenkner (2006, p.22 e 23) ensina que a palavra efetividade advém do latim *efficere*, o qual significa produzir, realizar, estar ativo de fato. Relaciona-se à preocupação com a eficácia da lei, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar.

José Carlos Barbosa Moreira, em palestra promovida no Simpósio sobre a Efetividade do Processo, promovido pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul aos 18.08.1993, em Porto Alegre, contribui para a compreensão da efetividade processual, que seria a aptidão para desempenhar, do melhor modo possível, a função que lhe é própria (MOREIRA apud ZEKNER, p.23)

Notamos que o conceito "efetividade" traz em seu bojo a concretização de "algo". Este "algo", no ordenamento jurídico brasileiro, é a própria tutela jurisdicional do direito material questionado. Para Luiz Guilherme Marinoni (2008, p.114-115):

> A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do *resultado que é proporcionado pelo processo no plano de direito material*. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. *Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado.* Como direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem. [grifos do autor]

Atualmente, vivenciamos um momento histórico de constatação da inefetividade da tutela de direitos. Sérgio da Cruz Arenhart (2003) aponta como possíveis causas dessa inefetividade a crise de legitimidade pela qual o Estado atravessa e a constante tensão existente entre a realidade (ser) e a atuação estatal (dever ser). Esse descompasso, sentido em todos os ramos do Direito, contribui para a edição de normas processuais (dever ser) esparsas e obsoletas, atualizadas somente de modo reflexo e mediato ao Direito Civil (ser), como se deste fosse mero apêndice. Desta postura decorre, lógica e invariavelmente, a ineficácia e inaptidão do processo em servir de instrumento à consecução e acesso à justiça.

Se há um descompasso entre o direito positivado e os conflitos reais, imperioso reconhecer que há uma contingência negligenciada: a decidibilidade.

2.2 Uma contingência da decidibilidade

Como foi dito anteriormente Tércio Sampaio Ferraz Junior afirma que a questão central do Direito é a decidibilidade. Ora, se a finalidade da norma jurídica é ser aplicada, a decisão passa a comportar a problemática da efetividade. Não basta haver direitos declarados, legítimos, reconhecidos: há que aplicá-los. Ocorre que essa aplicação do direito não decorre pura e simplesmente de uma atividade mecânica do operador do Direito. Na verdade, somos todos "construtores do direito", devendo estar cientes que nossas interferência repercute na realidade, modificando-a. desse modo, Tércio concebe um modelo empírico da ciência jurídica, de acentuada função descritiva.

Nesse momento, Tércio atinge o problema da interpretação, entendendo que toda norma, pelo simples fato de ser posta, é possível de interpretação. A atividade de interpretar uma norma posta é um movimento duplo: interpretação do sujeito sobre uma interpretação posta. Seja qual for o sentido, sempre partimos de um ponto aceito como relativamente certo: portanto, há um caráter dogmático (indiscutível) no ponto de partida (escolhido, relativo). Essa adoção do princípio dogmático impede o recuo ao infinito, sendo que o mesmo ocorre com a norma hipotética fundamental de Kelsen.

Notamos que para que ocorra uma decisão, é preciso ter escolhas. para que estas escolhas sejam evidenciadas, o jurista deve recorrer à atividade interpretativa. Nesse movimento, contará com a análise de normas: com o "todo" normativo como conjunto globalmente vinculante (unidade do sistema); e com o fundamento de validade de todas as normas (norma hipotética fundamental). Não é excessivo dar um passo além nesse raciocínio, no sentido de que é possível analisar a norma jurídica também sob o ponto de vista da decisão

obtida, observando a relação de correspondência entre ambas e, mais, sua concretização no mundo fático.

Assim, entendemos que dentre os critérios de valoração da norma jurídica, podemos questionar sua validade, vigência, eficácia, justiça e efetividade.

3 NORMA HIPOTETICA FUNDAMENTAL

No item anterior questionamos a efetividade enquanto critério de valoração da norma jurídica e, também, da decidibilidade perante a unidade do sistema e da norma hipotética fundamental. Nesse momento, cumpre-nos discorrer sobre a norma hipotética fundamental, para então retomar o conceito de validade em Kelsen e concluir por um novo paradigma de norma hipotética fundamental.

3.1 Conceito

A norma Hipotética Fundamental, em Kelsen, é um ponto de partida dogmático, pressuposto. Sua validade é tal que não se relaciona com nenhuma outra norma posta do sistema. Para Bobbio, a busca pela norma hipotética fundamental em um escalonamento normativo somente é possível se vislumbrarmos a mesma como um ato de poder (originário, portanto, não relacional).

Tércio trabalha esse postulado de um modo fundamentado: para ele, a norma hipotética fundamental é o modo pelo qual o cientista consegue interromper uma série normativa infinitamente regressiva ou progressiva. Desse modo, seria plausível afirmar o surgimento histórico da norma hipotética fundamental, identificável sempre que uma série não dá conta das demandas e o próprio sistema exige a mudança no padrão de funcionamento.

3.2 Kelsen e a validade

A norma hipotética fundamental possui, inicialmente, uma funcionalidade determinada: baliza a análise da “validade” enquanto critério de valoração normativa. Segundo Kelsen, a validade da norma depende, inicialmente, de sua relação com a norma fundamental, devendo buscar nessa sua fonte de validação, de existência. Como as regras jurídicas integram um sistema dinâmico, pouco importa o seu conteúdo. Contudo, é necessário um mínimo de eficácia.

Em sua “Teoria Pura do Direito”, Kelsen dá indicativos do teor do critério da validade: é a análise da competência da autoridade expedidora da norma; de sua eficácia, mesmo que mínima; e de sua eficácia global na ordem de que é componente.

3.3 A construção convergente da norma hipotética fundamental

A concepção kelseniana da norma hipotética fundamental permitiu a concepção triangular do sistema jurídico, no qual aquela ocuparia o vértice de uma figura piramídica invertida: o “cume”, voltado para baixo, representa o núcleo de validação de toda a base piramídica. Exemplificando, teríamos, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 como base de nosso sistema, do qual emana toda a validade das normas postas.

Ocorre que a complexidade das relações e, principalmente, da conflituosidade social, nos revelou uma necessária mudança na figura de retratação dos sistemas jurídicos. Numa concepção sistêmica aberta e flexível do direito, entendemos o ordenamento jurídico como sendo um emaranhado de feixes normativos que se entrelaçam, se cruzam e, por vezes se transpassam. Esses feixes, mesmo que aleatórios, são colocados, todos, em cruzamento. A convergência, nesse emaranhado, constitui nossa norma hipotética fundamental. Nessa concepção aberta, todo e qualquer novo feixe normativo pode adentrar o sistema. Dinâmica, essa figura possibilita a mutação da norma hipotética conforme a mudança dos feixes. Cada novo feixe normativo traz em seu bojo uma nova possibilidade, ressalvando que deverá atravessar, necessariamente, o eixo central de convergência de todas as demais “setas” normativas.

Embora dotada de vários pontos de convergência, essa concepção dinâmica é aberta, no sentido de que cada feixe normativo, ao adentrar o sistema, possui capacidade para expandir o ordenamento. A mutação operante no bojo da norma hipotética fundamental é tamanha que permite o alargamento das fronteiras do direito para além de um sistema hermético.

3.3 Concepção Trifásica do Direito

Podemos também analisar o direito enquanto sistema trifásico, que se constitui, inicialmente, em uma fase declaratória e, após, duas fases constitutivas, sendo que todas elas se sucedem de modo lógico.

No primeiro momento, as normas são declaradas, e sua finalidade precípua é a ordenação, o regramento, a organização de condutas. Trata-se de momento em que a unidade

sistêmica do ordenamento mostra-se mais clara, já que a concepção de novas normas atende à pré-requisitos, sejam eles formais (procedimentais, por exemplo) ou materiais (axiológicos e teleológicos, por exemplo). Apesar de sua unidade, é certo que o sistema trabalha com uma margem de incompletude, na medida em que a normatização decorre, logicamente, da possibilidade de ordenação de algo. É certo que a inteligência humana, por mais alta complexidade que possa alcançar, dificilmente atingirá um tal nível de desenvolvimento que lhe permita prever, de modo absoluto, total, completo, todos os fatos sociais, sejam eles os existentes como os vindouros. Assim, parece admissível a tese de que o sistema é incompleto.

Ora, a norma hipotética fundamental, mesmo que fundante da validade, pode ser problematizada a partir dessa perspectiva, da não-completude. Inclusive a interpretação e a aplicação, fases posteriores a da regra jurídica, trabalham com hipóteses abertas, mormente quando consideramos a historicidade do direito. A afluência contínua de direitos e interesses.

No tocante ao âmbito da efetividade, notamos que esse enfoque permite um dimensionamento das normas jurídicas.

Nos últimos anos, percebemos que o Brasil passou (e passa) por um período de "reformas". A constatação de que as estruturas dispostas não são hábeis a satisfazer às pretensões e aspirações sociais propiciaram um ambiente em que "tudo precisa ser reformado". Sistemas financeiros, educacionais, culturais, relacionais e, porque não, jurídicos, passaram a ser questionados. No tocante à ordem jurídica estabelecida, os debates se concentram, muitas vezes, na discussão sobre a necessidade de edição de novas leis, novos códigos. Já foi dito que a miragem do fenômeno da codificação é sua completude. Em outras palavras: a edição de leis novas não resolve o problema da eficácia dos direitos e, principalmente, da tutela coletiva se, com isso, a ciência jurídica e os construtores do direito não se dedicarem ao estudo das estruturas do nosso sistema jurídico e, também, se prostrarem alheios à necessidade contínua e ininterrupta de refletirem e realizarem o direito com vistas à efetivação dos direitos fudamentais. De nada serve a técnica se seus operadores não souberem manuseá-la. Numa concepção sistêmica do Direito, podemos inclusive apontar a latência de uma crise generalizada nas três fases: declaratória e constitutivas.

Entendemos que nesse movimento pela efetividade, o jurista possui papel prospectivo, afirmando-se verdadeiro construtor do direito, seja ele promotor de justiça, advogado, defensor público, magistrado, procurador, parte, pesquisador, doutrinador, enfim, seja ele quem for, deve identificar na estrutura disposta e nas articulações que passam a ser estabelecidas em seu meio, os instrumentos, técnicas e meios que melhor tutelem o direito ou interesse ou pretensão judicializada, que seja.

Ao qualificarmos fenômenos jurídicos tais como o processo, a tutela e, até mesmo, o direito, com o termo "efetividade" queremos, com isso, expressar o seu desempenho e realização de modo satisfatório, completo, consoante aos objetivos colimados. Designamos, acima de tudo, um fenômeno que existe na realidade ou que se torna real. É dizer, também, que determinado fenômeno é eficaz, sob o ponto de vista da eficiência.

A eficiência, mais do que uma técnica de aplicação do direito, revela-se critério de valoração normativa, tal como a validade, a eficácia, a justiça e a decidibilidade. O desafio é incorporar esse critério à estrutura fundante do direito, do sistema e do ordenamento. Entendemos que essa opção é útil, possível e necessária, pois sua inclusão permite o alargamento do ordenamento, confluindo para a tutela integral do verdadeiro objeto do direito: o Homem em sua humanidade.

CONCLUSÕES

Do que foi exposto, concluímos que:

a) Os critérios de valoração das normas jurídicas não são os mesmos em Kelsen, Bobbio e Tércio;

b) Na "Teoria Pura do Direito", de Kelsen, identificamos uma significação diferenciada de "validade", que analisa a competência da autoridade expedidora da norma; a eficácia mínima; e a sua eficácia global na ordem de que é componente;

c) Na "Teoria da Norma Jurídica", Norberto Bobbio desenvolve a linha normativista kelseniana, contudo, incorpora um elemento valorativo relativo, qual seja, a "justiça" enquanto critério de valoração da norma jurídica;

d) Em "A Ciência do Direito", Tércio Sampaio Ferraz Junior confere um novo delineamento à tríade kelseniana, a partir da problematização da decidibilidade como questão central do Direito. Assim, a eficácia requerer uma nova significação que extrapola os limites de "capacidade de produzir efeitos" (Kelsen), e se firma numa zona limítrofe com a noção de "efetividade": possibilidade real de ser aplicada;

e) A “efetividade”, enquanto novo critério de valoração das normas jurídicas, revela-se verdadeira contingência na Ciência do Direito, dado os imperativos da decidibilidade e, principalmente, em conformidade com as aspirações que o ordenamento jurídico vigente, enquanto sistema;

f) Nesse sentido, crucial o questionamento da norma hipotética fundamental, cujo modelo kelseniano, de pirâmide invertida, pouco explica sobre a historicidade de seu conteúdo;

g) A concepção kelseniana de norma hipotética fundamental explica o escalonamento normativo e o fenômeno da validação, mas uma concepção dinâmica e aberta, de feixes normativos convergentes, melhor caracteriza o moderno e complexo fenômeno de contínua construção da norma hipotética fundamental.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros,2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 6. São Paulo: RT, 2003.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
_____. **Teoria Pura do Direito.** Versão condensada pelo próprio autor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
_____. **Qué és la justicia?** Trad. Leonor Calvera. Elaleph, 2000.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e Efetividade do Processo Civil**. *In* Temas Fundamentais de Direito. V.3. São Paulo: RT, 2006.