

ANOTAÇÕES AO CONCEITO DE VALIDADE

em Hans Kelsen e Niklas Luhmann

Vladimir da Rocha França¹

Resumo

Este trabalho tem por objetivo o estudo do conceito de validade, através da análise comparativa entre as teorias jurídicas de Hans Kelsen e de Niklas Luhmann. Sob tais perspectivas, a validade se apresenta como o vínculo de pertinência que se estabelece entre a norma jurídica e o Direito Positivo, por aquela ter sido criada pelos mecanismos deste.

Palavras-chave: *Direito positivo; teoria jurídica, norma jurídica.*

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas mais férteis para a produção de tormentas nas mentes dos estudiosos do Direito Positivo tem sido a questão da validade. Sua inegável posição estratégica nos percursos da Doutrina influi, decisivamente, nos resultados a que chega ao se debruçar sobre os problemas do Direito Positivo.

O conceito de validade mereceu especial atenção dos dois pensamentos que orientaram esse curso: Hans Kelsen e Niklas Luhmann. O objetivo do presente trabalho é justamente oferecer uma breve análise de suas posições sobre o assunto, procurando, ao final, tentar conjugá-las e produzir alguma reflexão interessante para o leitor.

As considerações que seguem tiveram por base duas obras: a versão em português de “Teoria Pura do Direito” (KELSEN, 1991) e a versão em espanhol de “O Direito da Sociedade” (LUHMANN). Os demais trabalhos elencados serviram para auxiliar na compreensão dos intrincados conceitos da teoria de Luhmann, estes bem menos conhecidos nos debates da academia jurídica.

¹ Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife, doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP, Professor de Direito administrativo da FARN.

Talvez possa se ressentir o leitor pela ausência de outras obras desses filósofos para o deslinde das questões tocadas adiante. Optamos por selecionar um trabalho crucial de cada teoria, no intento de construir uma ponta de lança para um aprofundamento posterior (especialmente na construção de Luhmann). A vastidão de suas teorias justifica, ao nosso ver, um passo mais comedido para sua compreensão.

Foi isso o que pretendemos fazer aqui: criar um ponto de partida e compartilhar algumas anotações incipientes.

2 POSIÇÃO DE HANS KELSEN

Segundo Hans Kelsen,² a norma jurídica consiste no sentido objetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem.

O ato de vontade visto pelo ordenamento jurídico como foco produtor de norma jurídica tem um sentido subjetivo - um dever-ser - imputado por quem o efetua.³ O dever-ser compreende a prescrição, vedação ou faculdade (no sentido de atribuição de poder ou competência) de realizar uma conduta. Mas, somente haverá um sentido objetivo de dever-ser - norma jurídica - caso uma norma jurídica - outro sentido objetivo de outro ato de vontade - impute ao ato tal aceitação.

As normas jurídicas destinam-se à regulação da conduta humana intersubjetiva, integrando uma ordem social (conjunto de normas sociais) de natureza coativa, denominada Direito Positivo.⁴ Constituem elementos dessa ordem social por compartilharem um mesmo fundamento de validade, identificada na teoria kelseniana com a existência.⁵

Somente o dever-ser pode servir de fundamento para outro dever-ser, dentro da concepção kelseniana⁶. Rejeita o jusfilósofo austríaco toda e qualquer possibilidade de transposição de algo do ser para o plano do dever-ser, ainda que não negue a existência de uma relação entre a conduta que é conteúdo da norma e a conduta efetiva. Embora haja tal interação, não há uma identidade entre esses fenômenos.

² KELSEN, 1998, p. 4.

³ Ibid., p. 4-10.

⁴ Ibid., p. 36-47.

⁵ Ibid., p. 10-11; 33-36.

⁶ Ibid., p. 205-206.

Não seria a causalidade, mas sim a imputação à “lei” regente dos fenômenos do mundo do dever-ser⁷. O dever-ser não surge da simples ocorrência do ser, numa relação de causa e efeito, passível de ser descrita por uma “ciência causal”. Somente um dever-ser pode servir de supedâneo de existência para outro dever-ser.⁸

O Direito Positivo vai imputando sentidos às condutas humanas e demais fenômenos que, de algum modo, têm pertinência com a vida da comunidade jurídica. Essa ordem social qualifica a conduta como ilícita ou lícita conforme lhe seja associada ou não uma sanção (privação de um bem). O que diferencia a sanção jurídica da sanção instituída por outra ordem social é a possibilidade de ser executada ainda que contra a vontade da pessoa atingida e, apesar da resistência da mesma, através do emprego da força física.⁹

O dever-ser subsiste ainda que o ser não lhe corresponda, mesmo que não haja equivalência entre a conduta qualificada como devida e a conduta ocorrida, dentro de uma margem de ineficácia que se permite ao Direito Positivo para que permaneça Direito Positivo. Permanece, mesmo que o ato de vontade ao qual foi imputado não mais exista ou tenha sido descaracterizado. E, por fim, constitui o objeto das ciências que o jusfilósofo rotula de “ciências normativas”.

Dentre as ciências normativas, temos a Ciência do Direito Positivo. Não se confunde a Ciência Jurídica com a ética, que tem por objeto uma ordem social denominada “moral”.¹⁰ Também não pode ser identificada com as “ciências causais” que investigam os fenômenos do ser subjugados à interpretação normativa.¹¹ A Ciência do Direito Positivo constitui, sim, o conjunto de juízos hipotéticos - proposições jurídicas - que enunciam a relação de imputação contida nas normas jurídicas.

As proposições jurídicas não se confundem com as normas jurídicas.¹² As normas jurídicas consistem em sentidos objetivos de atos de vontade de indivíduos qualificados como órgãos da “comunidade jurídica”, e não daqueles que realizam a ciência jurídica. Nas proposições jurídicas, o “dever-ser” não é empregado na função de instituir uma prescrição, uma proibição ou uma atribuição de poder ou competência, mas sim, com a finalidade de descrever que houve uma prescrição, uma proibição ou uma atribuição de poder ou competência instituída pelo Direito Positivo.¹³ As proposições jurídicas não são válidas ou inválidas, mas sim verdadeiras ou falsas, acresça-se.

⁷ Ibid., p. 85-92.

⁸ Ibid., p. 205.

⁹ Ibid., p. 36-47.

¹⁰ Ibid., p. 63-75.

¹¹ Ibid., p. 96-100.

¹² Ibid., p.78-83.

¹³ Ibid., p. 89-90.

A validade da norma jurídica deflui do fundamento de validade do Direito Positivo.¹⁴ Este institui necessariamente os órgãos, usualmente o procedimento, e eventualmente o conteúdo para a produção das normas jurídicas. O Direito Positivo é, ao mesmo tempo: estático, por compreender um conjunto de normas jurídicas válidas; e dinâmico, ao referir-se à conduta humana regulada, ao instituir o seu próprio processo de produção e aplicação de seus elementos, as normas jurídicas.¹⁵

Kelsen vê numa “norma fundamental”, o fundamento de validade do Direito Positivo. Não integra a norma fundamental o Direito Positivo: ela permite o conhecimento do Direito Positivo ao pressupor a validade do próprio Direito Positivo. A norma fundamental não é uma constatação feita pelo cientista do Direito Positivo ao investigar e descrever seu objeto, mas sim um recurso metodológico para delinear o seu foco de preocupações.¹⁶

A norma fundamental não possui qualquer conteúdo. O Direito Positivo não consiste, exclusivamente, num sistema estático de normas, em que a norma fundamental pressuposta oferece tanto a validade, como o conteúdo dos elementos que integram essa espécie de ordem normativa (mediante mera dedução lógica).¹⁷ Fornece apenas a norma fundamental, o fundamento de validade do Direito Positivo, podendo essa ordem social recepcionar todo e qualquer conteúdo.¹⁸

Assim, a norma fundamental estabelece o fato produtor da Constituição, demarcando o início de todo o processo de criação e aplicação do Direito Positivo. A partir da Constituição, o Direito Positivo torna-se dinâmico - ao estabelecer como deve ser criado e aplicado o Direito Positivo - e estático - ao vedar ou estabelecer conteúdos para as normas jurídicas criadas ou aplicadas.¹⁹

¹⁴ Merece transcrição a seguinte lição de Kelsen (op. cit., p. 207): “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de um norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”.

¹⁵ Ibid., p. 77-8.

¹⁶ Ibid., p. 210-219.

¹⁷ Ibid., p. 207-208.

¹⁸ Ibid., p. 208-212.

¹⁹ Ibid., p. 209-210): “O princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e na mesma norma quando a norma fundamental pressuposta se limita, segundo o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora e esta mesma autoridade ou uma outra por ela instituída não só estabelecem normas pelas quais delegam outras atividades legisladoras, mas também normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e das quais - como o particular do geral - podem ser deduzidas normas através de uma operação lógica (...)”.

Entretanto, deve ser lembrado que a legitimidade do Direito Positivo está condicionada à sua efetividade. A perda da eficácia global da ordem jurídica acarreta a substituição da norma fundamental, levando o símbolo da validade para a nova ordem jurídica, para um novo Direito Positivo.²⁰

Aqui, entra o tema da relação entre validade e eficácia. Embora validade - existência da norma jurídica - e a eficácia - a efetiva observância e aplicação da norma jurídica - sejam fenômenos distintos, aquela pressupõe um mínimo desta; em outras palavras, um mínimo de eficácia constitui condição para que uma norma jurídica possa ser considerada válida.²¹

O domínio de validade da norma jurídica pode ser limitada nos seus aspectos material (conduta regulada), pessoal (elemento pessoal da conduta regulada), espacial e temporal.²² A norma jurídica é válida enquanto não for inválida pelo modo determinado pelo Direito Positivo, ou seja, enquanto outra norma jurídica não determinar a cessação de sua validade.²³

Kelsen²⁴ rejeita tanto as teorias idealistas - a validade dependeria da eficácia - como realistas - a validade identificar-se-ia com a eficácia: aquelas, por perder a norma jurídica, a validade, quando passa a carecer de um mínimo de eficácia, bem como, por haver uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica (sentido objetivo) e o ser do ato que o põe no Direito Positivo (ato de vontade); estas, por sua vez, por haver normas jurídicas que são consideradas válidas apesar de eventualmente ineficazes ou ainda não eficazes.

Procura Kelsen equilibrar a tensão entre validade e eficácia, defendendo a efetividade do Direito Positivo como condição para sua existência como ordem coercitiva, isto é, sua validade.²⁵ O que valida uma ordem social como Direito Positivo é, na verdade, a norma fundamental, se constatada a fixação positiva desse ordenamento e sua continuidade mediante o princípio da efetividade.

Ao instituir o processo de criação e aplicação de seus elementos, o Direito Positivo agrega-os em torno de um mesmo fundamento de validade. Equivale dizer que a norma jurídica é válida quando produzida consoante a norma fundamental que justifica validade do Direito Positivo, ou, noutros termos, quan-

²⁰ Ibid., p. 225-226.

²¹ Ibid., p. 11-12.

²² Ibid., p. 14-16.

²³ O que decorre do princípio da legitimidade. Ver HANS KELSEN, p. 223-224.

²⁴ Ibid., p. 226-230.

²⁵ Ibid., p. 230-231.

do posta por um ato de vontade reconhecido como produtor de norma jurídica, pela norma jurídica posta pelo ato constituinte de todo Direito Positivo segundo a norma fundamental. Através do recurso à norma fundamental, procura manter Kelsen a coerência do postulado da impossibilidade da transposição do ser para o dever-ser, ao oferecer um dever-ser, ainda que pressuposto para conceder fundamento de validade a outro dever-ser, por sua vez posto.

Criação e aplicação do Direito Positivo, segundo Kelsen,²⁶ são posições relativas dentro da dinâmica jurídica. Salvo o ato constituinte do Direito Positivo (como ordem social) e a execução da norma jurídica individual, todos os atos jurídicos representam simultaneamente criação e aplicação do Direito Positivo.

O ato jurídico que põe uma resolução administrativa constitui aplicação do Direito Positivo, haja vista o Direito Positivo reconhecer no sentido objetivo desse ato de vontade um conteúdo compatível com o conteúdo da lei. E, também criação do Direito Positivo, por ver o Direito Positivo esse ato de vontade como introdutor de uma nova norma jurídica no sistema. A lei, por sua vez, constitui a aplicação da Constituição, uma vez que o ato jurídico que a põs no sistema ter sido previsto por esta norma jurídica.

Kelsen concede à “aplicação” uma noção bastante ampla.²⁷ Compreenderia o ato de produção de uma norma jurídica, a observância da conduta qualificada como lícita pela norma jurídica, e a execução da sanção em virtude do ilícito. Também não deve ser esquecido que o jusfilósofo, em sua “Teoria Pura do Direito”, somente vê autonomia nas normas jurídicas que estatuem sanções, pois somente estas teriam a aptidão para prescrever deveres jurídicos.

Através da interpretação, os órgãos aplicadores do Direito Positivo demarcam a moldura de seu campo de produção do Direito Positivo a partir da norma jurídica geral.²⁸ Fixada essa zona de significado, opta o órgão aplicador por um dos sentidos nela abarcados ao expedir a norma jurídica individual. A norma jurídica individual produzida necessita ter uma relação de compatibilidade com a norma jurídica geral para que possa ser válida, ou seja, pertencer ao Direito Positivo segundo o instituído pela norma fundamental. Todas as normas devem reportar, diga-se mais uma vez, a um mesmo e único fundamento de validade para que

²⁶ *Ibid.*, p. 252-254.

²⁷ *Ibid.*, *passim*.

²⁸ *Ibid.*, p. 363-371.

O modo como a validade da norma jurídica individual é conjugada realiza-se através da identificação do escalão que a mesma ocupa dentro do Direito Positivo, ou seja, do reconhecimento da norma jurídica geral que regula a produção daquela. Os níveis do Direito Positivo são construídos pelo critério da posição que a norma jurídica ocupa na disciplina da produção do Direito Positivo.²⁹ Ao se quebrar a seqüência de produção jurídica, quebrar-se-ia a validade da norma jurídica individual sob análise. Isso também é pertinente quando se trata de normas jurídicas gerais, como no exemplo da interação entre a Constituição e a lei.

Desse modo, rejeita Kelsen a posição doutrinária tradicional de que somente a lei criaria Direito Positivo, restando às autoridades estatais administrativas e judiciárias, bem como aos particulares nos contratos, a atividade exclusiva de aplicar o Direito Positivo criado. Para Kelsen - pelo que depreendemos da “Teoria Pura do Direito” - a dinâmica jurídica torna inaceitável essa concepção, uma vez que a atividade de produção do Direito Positivo não se restringe à mera dedução lógica. Esta pode até ser possível se a norma jurídica geral fixa a moldura de conteúdo que deve ser observada na criação da norma jurídica individual e, mesmo assim, nem todos os casos - quando a lei, por exemplo, serve-se de conceitos de ampla margem de significação. O Direito Positivo não se diferencia das demais ordens sociais pelo seu conteúdo, mas sim pela dinâmica, pelo processo de criação e aplicação de seus elementos. Não é a instituição de ilícitos pela imputação de sanções, mas sim o modo como essas sanções são criadas e aplicadas o fator central da distinção da ordem social “Direito Positivo” das demais ordens sociais.

Resta a questão das “fontes do Direito Positivo”. Alerta Kelsen³⁰ quanto à extensa dimensão semântica de “fontes do Direito Positivo”. Pode abranger: os métodos de criação jurídica em geral; a norma fundamental; a norma jurídica de escalão superior que regula a produção da norma jurídica de escalão inferior; a decisão judicial, em relação ao deveres jurídicos fixados para as partes litigantes ou ao órgão competente para executá-la; e, por fim, todas as representações (elementos morais, políticos, lógico-jurídicos etc.) que influenciam na criação e aplicação do Direito Positivo. Contesta o pensador austríaco a utilidade da expressão para a compreensão do Direito Positivo, dada essa pluralidade significativa.

²⁹ Ibid., p. 240.

³⁰ Ibid., p. 251-252.

Num sentido jurídico-positivo - o lógico-jurídico refere-se à Ciência do Direito Positivo, somente o Direito Positivo pode ser designado como “fonte” do Direito Positivo, acredita Kelsen.³¹ Talvez, tenha visualizado o jusfilósofo, na dinâmica jurídica, a identidade do Direito Positivo, tal como parece a outro germânico, Niklas Luhmann.

3 POSIÇÃO DE NIKLAS LUHMANN

Partindo da mesma preocupação de Hans Kelsen quanto à necessidade de estabelecer o objeto da Teoria do Direito - o próprio Direito Positivo - leciona Niklas Luhmann³² que o Direito Positivo determina seus limites, os elementos que lhe pertencem e os que não. Seria a Teoria Sociológica do Direito (sua “Teoria dos Sistemas”?), e não a Teoria do Direito (a “ciência jurídica” kelseniana), o instrumento teórico hábil para conhecer o Direito Positivo de um ponto de vista a ele externo.³³

O jurista, de acordo com Luhmann,³⁴ está inserido no próprio Direito Positivo, cabendo-lhe “auto-descrever” um sistema que prescreve a si mesmo sua dinâmica; e, justamente por tal natureza, distingue-se dos demais subsistemas constituintes do sistema da Sociedade. Interessante notar, em sua construção, a Sociedade e o Direito Positivo como entes distintos, mas em interação, na qual um serve de meio para o outro.³⁵

Luhmann³⁶ entende a diferença entre o meio e o sistema o pilar fundamental de sua teoria sistêmica. É a diferença o lastro de toda e qualquer observação ou descrição.³⁷ Por conseguinte, ao teórico do Direito Positivo compete identificar a diferença essencial de seu objeto, procurando deixar as distinções e descrições realizadas pelo Direito Positivo, sobre si mesmo, no campo dos conceitos que deve formular para a compreensão do investigado.³⁸

³¹ Ibid., p. 251.

³² O direito da sociedade, p. 5-6. Relevante lembrar KELSEN (1991, p. 3) aqui: “Um ato, na medida em que se expresse em palavras faladas ou escritas pode ele próprio até dizer algo sobre a sua significação jurídica (...) O conhecimento que se ocupa do Direito encontra já no próprio material uma auto-explicação jurídica que toma dianteira sobre a explicação do conhecimento jurídico”.

³³ LUHMANN, p. 7.

³⁴ Ibid., p. 7-8.

³⁵ Ibid., p. 12-13.

³⁶ Ibid., p. 13.

³⁷ Ibid., p. 15.

³⁸ Como por exemplo, a distinção entre norma e fato. (LUHMANN, p. 20.)

Cada subsistema da Sociedade possui uma função específica e uma dinâmica que viabiliza o seu exercício. Ao Direito compete a função de “generalização congruente de expectativas normativas”.³⁹ Essas expectativas são aquelas que se mantêm mesmo se frustradas, não se confundindo com as expectativas cognitivas que, por sua vez, desaparecem se não confirmadas.⁴⁰

O paralelo entre a distinção expectativas normativas/expectativas cognitivas na terminologia de Luhmann, e a diferença kelseniana dever-ser/ser, parece-nos possível.⁴¹ Afinal, tal como Luhmann estrutura a distinção, veda-se a possibilidade de transposição de uma espécie de expectativa para outra. Outra consideração possível aqui é que, como a expectativa normativa, o dever-ser não precisa de sua efetivação para existir.

Pode-se apreender na teoria de Luhmann uma busca pela identidade do Direito Positivo. Uma preocupação em surpreender a distinção fundamental que determina a natureza do Direito Positivo e o seu fator diferenciador perante os demais objetos. Tenta Luhmann, através do conceito de autopoiese, ofertar um instrumento destituído de conteúdo substantivo e, portanto, aplicável para a compreensão de todos os subsistemas lastreados na comunicação; ou seja, os subsistemas sociais e, entre eles, o Direito Positivo.

Como subsistema da Sociedade, o Direito Positivo é composto de comunicações, os únicos elementos admitidos nos subsistemas sociais e na própria Sociedade. As comunicações são tríades de informação/ato de comunicar/ato de entender, operações reproduzidas e sedimentadas em estruturas específicas da linguagem.⁴² Para Luhmann⁴³, o Direito Positivo não consiste num conjunto congruente de normas, mas sim num conjunto de comunicações, não importando o que as mesmas afirmem sobre o Direito Positivo. Seria a análise do Direito Positivo, a partir das estruturas, insuficiente, devendo estar centrada nas operações - comunicações - que essas estruturas sedimentam.⁴⁴

O Direito Positivo, como subsistema social, existe pela sua unidade, a qual está calcada na manutenção de sua identidade perante o meio (a Sociedade),

³⁹ Cf. CAMPILONGO, O governo representativo “versus” o governo dos juízes: a “autopoiese” dos sistemas político e jurídico, In: **O direito na sociedade complexa**, p. 85; e LUHMANN, p. 92-123.

⁴⁰ LUHMANN, p. 99.

⁴¹ *Ibid.*, p. 96.

⁴² Cf. NEVES, p. 118. A constitucionalização simbólica; e LUHMANN, p. 21.

⁴³ LUHMANN, p. 26.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 26-27.

realizada pela produção e reprodução de seus elementos - comunicações jurídicas - segundo comunicações editadas pelo próprio Direito Positivo.⁴⁵ Sem fechamento operativo, fica o Direito Positivo impossibilitado de demarcar o que lhe pertence (e o que não), deixando a Sociedade desprovida de separar as comunicações jurídicas das comunicações construídas pelos demais subsistemas sociais (política, economia e religião, por exemplo).⁴⁶

A autopoiese do Direito Positivo está calcada no fechamento operacional e na abertura cognitiva, hábeis para produzir a diferença fundamental entre o sistema do Direito Positivo e o ambiente.⁴⁷ A autonomia operacional do Direito Positivo brota da aptidão desse sistema social em realizar uma operação denominada auto-referência, na qual o sistema se observa segundo os critérios formulados por ele mesmo.⁴⁸

Mediante a auto-referência, o Direito Positivo preserva sua unidade, ao produzir e reproduzir comunicações jurídicas a partir de comunicações jurídicas. E quando o faz, demarca seus limites na Sociedade.

Mas isso é insuficiente para a autopoiese. Outros recursos se apresentam no sistema autopoietico para sê-lo.

O Direito Positivo possui um código distinto dos demais subsistemas sociais: o código lícito/ilícito. Esse código binário é empregado pelo Direito Positivo para classificar as comunicações sociais que percebe pelos seus filtros seletivos, permitindo ao sistema realizar a hetero-referência, ou seja, a operação de seleção das operações circulantes em seu meio. Bom ressaltar que tal operação integra o sistema do Direito Positivo, não constituindo algo externo ao mesmo.

O código binário do Direito Positivo representa a capacidade desse sistema ser operacionalmente fechado e, simultaneamente, cognitivamente aberto.⁴⁹ O Direito Positivo tem por função assegurar expectativas normativas exaradas

⁴⁵ LUHMANN, p. 29; 33-34; 51-52.

⁴⁶ O que gera o fenômeno da alopoiese. Cf. NEVES, p. 124-133.

⁴⁷ CAMPILONGO, 2000, p. 79: “‘Autopoiese’ significa, etimologicamente, autoprodução. A especificidade recursiva das estruturas e elementos a partir das quais operam esses sistemas autoriza dizer que os mesmos não possuem correspondentes funcionais no ambiente que os circunda. Essa infungibilidade de funções, vale dizer, o caráter insubstituível da função de cada sistema permite a cada sistema construir sua complexidade interna (independência) e, simultaneamente, fornecer as condições de reação do sistema ao ambiente (dependência). Dito de outro modo: o conceito do sistema conduz ao de ambiente e, por isso, a ‘autopoiese’ dos sistemas jurídico e político nada tem a ver com o isolamento lógico ou analítico do conceito de sistema”.

⁴⁸ Cf. LUHMANN, p. 34-35; NEVES, p. 116.

⁴⁹ LUHMANN, p. 54-55.

nas comunicações sociais do ambiente em comunicações jurídicas construídas somente de outras comunicações jurídicas⁵⁰. O sistema conhece, percebe, sensibiliza-se com as expectativas normativas expostas e as qualifica como lícitas ou ilícitas consoante as comunicações jurídicas já existentes.

A aplicação do código jurídico se faz através de programas condicionais, que tornam possível a inserção de uma expectativa normativa segundo uma condição previamente delimitada. Esses programas servem também para permitir uma densificação do Direito Positivo, ao colocar os critérios do sistema disponíveis aos processos de operacionalização desse mesmo ordenamento.

Outra peculiaridade da aplicação do código jurídico é a demanda por observação de segunda ordem. O código jurídico, em si mesmo, não consiste numa operação, mas sim um instrumento empregado dentro da operação do Direito Positivo para classificar internamente o que se expõe nos elementos integrantes do sistema.

O Direito Positivo também é permeável às expectativas cognitivas, que se eliminam diante de sua frustração. Elas servem para orientar a reprodução das comunicações jurídicas, enquanto elementos de programas condicionais, únicos viáveis para manifestar expectativas normativas.

O último elemento da autopoiese é a reflexão, produto da ocorrência da auto-referência e correspondente hetero-referência e, tal como, da manutenção do código binário do sistema. Em outras palavras, o próprio sistema autopoiético.

A validade, dentro da concepção de Luhmann⁵¹, apresenta-se como um símbolo do Direito Positivo, que gera a sua unidade, enquanto sistema, estabelecendo um enlace entre as operações - comunicações - realizadas no e pelo próprio Direito Positivo. Está desprovido de um valor intrínseco, referindo-se não à qualidade específica de uma norma, mas sim a aceitação do Direito Positivo como sistema autopoiético.⁵²

Para Luhmann,⁵³ a validade não está fundada em normas, mas sim na própria capacidade do sistema em preservar sua identidade perante o ambiente.

⁵⁰ Ibid., p. 40-41; p. 92-94. Isso não quer dizer que a comunicação social é inserida no Direito Positivo. O que o sistema faz é manifestar a expectativa numa comunicação jurídica, distinta da comunicação social percebida pelos seus canais de seleção. Não existem comunicações jurídicas fora do Direito Positivo.

⁵¹ Ibid., p. 71.

⁵² Ibid., p. 71-72.

⁵³ Ibid., p. 72.

Acresce ainda que “fonte do Direito Positivo” seria um critério de seleção do que é válido ou não como Direito Positivo, quando há dúvida na aposição desse símbolo.⁵⁴ Destina-se a validade a indicar as modificações dos elementos do Direito Positivo, que somente podem acontecer quando os mesmos convertem-se em inválidos, constituindo um valor especificamente próprio do sistema jurídico que surge da peculiar dinâmica operacional do Direito Positivo.⁵⁵ Enfim, a validade indica a idéia de transição de uma situação de Direito Positivo para outra.⁵⁶

A validade, segundo Luhmann,⁵⁷ não constitui um pressuposto para o conhecimento nem o resultado de uma causa externa ao Direito Positivo, mas sim a forma consoante à qual uma operação jurídica faz referência ao Direito Positivo, dentro do contexto das demais operações que integram esse sistema. De certo modo, constitui o modo pelo qual a operação contribui para a unidade do Direito Positivo.

O símbolo da validade demarca a distinção entre validade e invalidade, não representando uma norma ou uma operação em si mesmo.⁵⁸ É uma forma que viabiliza a classificação das situações reproduzidas pelo Direito Positivo, dentro de um critério temporal: seus valores são agregados às expectativas normativas consoante o revelado na contingência e na complexidade do Direito Positivo.⁵⁹

Alerta Luhmann⁶⁰ que a validade não se confunde com o código jurídico lícito/ilícito. A aplicação do código jurídico permite que ao ilícito seja associada uma sanção. A aposição do válido/inválido vai determinar, por sua vez, se a operação de aplicação do código lícito/ilícito ocorreu de modo recursivo ou não; ou seja, se a operação está enlaçada com as demais operações do Direito Positivo. Aqui, pode-se dizer que a validade indica que o Direito Positivo se reproduziu como sistema ao qualificar algo como lícito ou ilícito.

Interessante notar, na teoria exposta, a rejeição da validade fundada numa estrutura hierárquica fundada numa norma superior, em que haveria a inserção do observador num percurso estável e vertical de escalões de validade para a aferição da compatibilidade dos elementos do sistema com o próprio sistema.⁶¹ Prefere Luhmann deslocar a validade da hierarquia entre níveis normativos para uma hierarquia temporal: o tempo, e não uma norma superior, constitui o fundamento de validade dos elementos do Direito Positivo. Poderíamos interrogar aqui:

⁵⁴ LUHMANN, p. 73.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 73-74.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 74-75.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 75.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 75-76.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 76-77; p. 92-94.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 77-78.

⁶¹ *Ibid.*, p. 80-108.

as demais dimensões da validade identificadas por Kelsen (material, pessoal e espacial) seriam irrelevantes ou secundárias dentro da teoria de Luhmann?

Todas as operações da Sociedade e do Direito Positivo ocorrem simultaneamente, constituindo o passado e o futuro horizontes que se apresentam no presente e indicam a ocorrência de mudanças.⁶² A validade é um reflexo do Direito Positivo como sistema autopoietico, a demonstração que o mesmo mantém seu fechamento operativo e sua abertura cognitiva, preserva seu código e concede densidade às suas operações no contexto de suas próprias operações, evoluindo nos limites produzidos e reproduzidos pelo sistema.

4 ANOTAÇÕES FINAIS

Tanto Kelsen como Luhmann procuram construir um conceito de validade conciliado com o conceito de Direito Positivo delineado por cada um. Curioso surpreender em ambas as teorias a preocupação em entender o Direito Positivo como um sistema composto exclusivamente por elementos produzidos segundo elementos preexistentes no próprio sistema. Ainda que seja o Direito Positivo permeável a injunções externas, estas somente podem ser relevantes se devidamente decodificadas por (e em) elementos jurídicos.

A validade representa um símbolo agregado aos elementos do Direito Positivo, que os qualificam como ao sistema pertinentes. Embora Kelsen prefira fundar a validade do Direito Positivo numa “norma fundamental” - recurso indispensável para a manutenção do postulado da impossibilidade da transposição do ser para o dever-ser (e vice-versa); e Luhmann, por sua vez, na contingência das operações jurídicas e na dimensão temporal (válido é o atual).

Talvez seja possível conciliar a tentativa kelseniana de traçar um liame entre validade e eficácia e o conceito de validade de Luhmann. Se a validade, como diz Luhmann, indica que o elemento se reproduziu no sistema e este manteve sua unidade quando veio ao complexo de operações jurídicas, poderíamos associar o incerto “mínimo de eficácia” que condiciona a validade kelseniana à capacidade do sistema em se manter sua identidade perante o meio que o circunda.

Ainda que as normas jurídicas do sistema não sejam observadas ou aplicadas, ou seja, ineficazes do ponto de vista de Kelsen, seriam válidas se a sua

⁶² LUHMANN, p. 80.

produção fez a devida referência à dinâmica jurídica ou à autopoiese do sistema jurídico. A inobservância e inaplicação da norma jurídica não geraria sua invalidade caso fundada em elementos jurídicos; noutros termos, mais próximos de Luhmann, se a ineficácia ocorreu segundo operações qualificadas como pertinentes ao sistema. O que acarretaria, com certeza, o questionamento da estrutura escalonada de validade defendida por Kelsen na “Teoria Pura do Direito” e aceitar a aparente natureza circular do Direito Positivo na proposta teórica de Luhmann.

A contradição entre a ineficácia da norma jurídica e essa norma jurídica se resolveria caso houvesse a expedição de outra norma jurídica que servisse de supedâneo para aquela situação. Em termos de Luhmann, ao produzir um sistema, uma operação que atualize o próprio sistema conferindo validade à mudança entre a expectativa normativa preexistente e a expectativa normativa construída a partir da cognição da frustração daquela.

Para que a ineficácia não inviabilize esse processo de preservação da unidade do sistema jurídico, é preciso que comunicações jurídicas tenham sido produzidas. A ineficácia, aparentemente, somente compromete o Direito Positivo como sistema autopoietico, quando as comunicações dessa ordem passam a se reproduzir segundo critérios operativos externos ao sistema (especialmente ao arpejo do código jurídico), perdendo essas operações o símbolo da validade, ou seja, divorciando-se do sistema do Direito Positivo.

Outro ponto que nos parece relevante também, é que a ineficácia emperra a autopoiese do Direito Positivo caso, percebida por hetero-referência, inviabilize teauto-referência. Ao nosso ver, a validade representa a pertinência da norma jurídica (norma na acepção kelseniana) em relação ao Direito Positivo. Depende da inserção hábil da mesma dentro da dinâmica jurídica, que somente pode ocorrer se tal inovação no sistema não compromete a identidade do próprio sistema. A produção da norma jurídica deve ter sido realizada com referência a outras normas jurídicas e com o emprego do código jurídico. A norma jurídica não será válida se expedida em virtude da oposição dos valores dos códigos dos sistemas da Política, da Moral ou da Economia, mas tão-somente caso o lícito/ilícito tenha sido levado em consideração ao exarada segundo a programação estipulada pelo Direito Positivo.

Portanto, norma jurídica válida é aquela que pertence ao Direito Positivo por ser produto do Direito Positivo, ou seja, por ter sido o fruto da dinâmica desse subsistema social. Os conteúdos das normas jurídicas são contingentes, sujeitos aos reflexos que a hetero-referência gera na auto-referência do sistema (e vice-versa). Não importa a expectativa normativa que se apresente como a atual, mas

sim o modo como ela assegurou sua integração no sistema do Direito Positivo. A norma jurídica válida, enfim, consiste naquela que manifesta a preservação da identidade do Direito Positivo.

REFERÊNCIAS

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O governo representativo “versus” o governo dos juízes: a “autopoiese dos sistemas político e jurídico. In: **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 79-88.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. São Paulo: [s.n.], [19—?]. (Mimeografado).

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

Abstract

This paper has the objective of studying the concept of validity, through the comparative analysis between the Legal theories of Hans Kelsen and Niklas Luhmann. Under such perspectives, the validity has as a relevant link there is between a legal norm and the Positive Law, which was created originally by its mechanisms.

Key words: *Positive Law; legal theories, legal norm.*

