

EFICÁCIA E EFETIVIDADE DA NORMA JURÍDICA: A PROBLEMÁTICA TERMINOLÓGICA E CONCEITUAL DA ANÁLISE EMPÍRICA DA NORMA

Lucas Rocha BRAGATO¹

Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: O presente trabalho busca deslindar a problemática conceitual existente entre a eficácia e a efetividade da norma jurídica, visando assim responder três questionamentos: o que é eficácia? O que é efetividade? E qual a diferença entre eles? Para deslindar tais questionamentos se estabeleceu uma base teórica, através da análise histórica e conceitual do direito; análise conceitual da norma jurídica e o estabelecimento das suas características e finalidades. Após o estabelecimento desta base, passou a se analisar as correntes doutrinárias que versão sobre o conceito de eficácia e efetividade, para assim se chegar a um significado mais adequado de cada signo. Para tal fim valeu-se da análise bibliográfica e dos métodos dedutivo e histórico.

Palavras- chave: Eficácia. Efetividade. Norma. Direito. Linguagem

1. INTRODUÇÃO

Ao se debruçar sobre o estudo do direito, nota-se que um dos principais problemas das normas jurídicas é conseguir alcançar no mundo fático a concretização de seus pressupostos, em decorrência do fato, de que a norma estabelece um “dever-ser” que ao ser analisada do ponto de vista empírico, nem sempre será convertido em “ser”.

Por esta condição a norma pode chegar a situações onde exista no plano ideal e formalista, mas seja insignificante no plano fático. Assim á uma importância em se analisar empiricamente a norma jurídica, pois esta permite se

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: lucas.bragato@hotmail.com. Bolsista do Programa de Iniciação Científica no grupo de Estudos de Direito Internacional Constitucional – GEDIC.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino, Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE emembro não residente da “Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional”. Orientador do trabalho.

chegar à conclusão do porque está não produz os seus efeitos esperados ou porque não é cumprida por seus destinatários.

Ante a relevância da análise empírica do direito, o presente trabalho buscou analisar dois termos intrínsecos a este tema, sendo estes a eficácia e efetividade. Estes dois termos como tantas outras palavras possuem conceitos divergentes, a depender do posicionamento teórico adotado pelo interprete. De tal modo o presente trabalho se debruçou sobre análise conceitual destes dois termos, buscando deslindar os seguintes questionamentos: o que é eficácia? O que é efetividade? E qual a diferença entre eles?

Para deslindar estes questionamentos, buscou-se estabelecer uma base teórica, através da análise histórica e conceitual do direito; análise conceitual da norma jurídica e o estabelecimento das suas características e finalidades. Após o estabelecimento desta base, passou a se analisar as correntes doutrinárias que versão sobre o conceito de eficácia e efetividade, para assim se chegar a um significado mais adequado de cada signo.

Para tal fim valeu-se, do método dedutivo e histórico, partindo de uma premissa geral para uma premissa específica, conjuntamente com a análise bibliográfica.

2 ANALISE CONCEITUAL: DIREITO E NORMA

A linguagem, tanto escrita como falada, possibilitou que o ser humano se comunique, com a transmissão de mensagens e informações entre um indivíduo e outro, através de um sistema de signos com uma correspondente no mundo real (significado). Levando estes a se livrarem das amarras da vida em bando, para se tornar em uma sociedade organizada e desenvolvida, com o surgimento do estado.

Ao se organizar a vida em grupo, se estabelece limites e formas de condutas a serem respeitadas pela população e pelo povo naquele determinado território, surgindo assim o direito, o qual por sua condição se encontra atrelado a vida em sociedade, ficando assim cunhado o brocardo latino “*ubi societas ibi jus*”.

Quem controla a informação ou a ela tem acesso possuirá um grande poder em suas mãos, pois poderá antever determinadas situações, tomando atitudes adequadas ao caso em concreto ou mesmo manipular e dominar as massas, moldando e formando a opinião pública ao seu alvedrio, podendo

influenciar na própria criação das normas jurídicas através da influência na escolha do poder legislativo.

Sendo em qualquer medida a linguagem (falada ou escrita) o meio de transmissão das informações, a qual só é possível com a correta e harmônica aplicação das palavras, pois para que a linguagem cumpra com a sua finalidade de informar, é necessário que se saiba o que cada palavra designa no mundo real a depender do contexto em que é aplicada, ou seja, o que cada palavra(signo) busca representar na frase que compõe, para que assim se possa saber qual a mensagem que a frase está querendo transmitir. De tal forma expõe o filósofo Ludwig Wittgenstein:

“10. O que designam, pois, as palavras [...] [da] linguagem? O que elas designam, como posso mostrar isso, a não ser na maneira do seu uso?
[...] 11. Pense nas ferramentas em sua caixa apropriada: lá estão um martelo, uma tenaz, uma serra, uma chave de fenda, um metro, um vidro de cola, cola, pregos e parafusos. - Assim como são diferentes as funções desses objetos, assim são diferentes as funções das palavras (E há semelhanças aqui e ali.) Com efeito, o que nos confunde é a uniformidade da aparência das palavras, quando elas nos são ditas, ou quando com elas nos defrontamos na escrita e na imprensa. Pois seu emprego não nos é tão claro. E especialmente não o é quando filosofamos!”.(WITTGENSTEIN,1991, p.13)

Neste talante o intérprete ou pesquisador do direito, como em outras profissões manuais e intelectuais possui como seu instrumento de trabalho as palavras escritas ou orais, como um marceneiro ou ferreiro, o interprete deve saber a função do seu instrumento de trabalho e quando aplicá-la.

Com efeito, o hermeneutaaao analisar o direito deve levar em conta o fato de que “[...] O conceito de direito é um conceito cultural, isto é, duma realidade referida a valores, ou ainda, duma realidade cujo sentido é achar-se ao serviço de certos valores”(RADBRUCH, 1997, p 86), e, devido a este mundo inundado de diferenças culturais, ideológicas e teóricas, se concebeu diversos conceitos envolvendo a palavra direito. De tal forma segundo o dicionário Houaiss o direito pode ser conceituado como:

“ 1 que segue a lei e os nos costumes; justo,correto, honesto [...]13 o que e justo , correto, bom [...] 14 aquilo que e facultado a um indivíduo ou algum grupo de indivíduos por força de lei ou de costumes[...] 15 prerrogativa legal[...] 18 JUR conjunto de normas da vida em sociedade que buscam expressar e também alcançar um ideal de justiça, traçando as fronteiras do ilegal e obrigatório,”(HOUAISS, 2004, p.1049)

Estes conceitos ao estabelecerem o direito como sendo sinônimo de justiça ou como norma e lei, acabam por demonstrar a prevalência de duas visões conceituais historicamente dicotômicas, sendo estas o direito natural (*jus naturalismo*) e o direito positivo (*jus positivismo*).

Alguns filósofos, juristas e religiosos, buscaram estabelecer o conceito de direito, sem levar em conta a vontade do homem, ou seja, sem estar atrelado ao direito advindo de um poder estatal legitimado para tal fim, algo aquém deste, inerente a este e vinculado a algo superior, não estando atrelado a barreiras territoriais e temporais, um direito derivado da própria natureza.

Este pensamento levou ao surgimento do *jus naturalista*, que desde seus primórdios adotam como base conceitual três requisitos:

a) Sus principios son válidos para todo tiempo y lugar. b) Estos principios encuentran su fundamento en algo superior al hombre, por lo cual los hombres no podrían cambiarlo aunque se lo propusieran. c) En consecuencia los principios y contenidos del llamado "Derecho Natural" no estarían sujetos a las vicisitudes de La Historia. (AFTALION, VILANOVA, RAFFO 1999, p.177.)³

De modo que, no direito primitivo este pensamento estava ligado a religião, onde o direito era regido pelo poder divino proveniente dos deuses ou do cosmos, estando sempre ligado a religião. Como preceituava Fustel de Colanges (COULANGES, 1966, p.259): "[...] O direito não nascera da ideia de justiça, mas da religião, e não podia ser concebida fora dela. [...] O direito não era nada mais que uma das faces da religião. [...]".

Mas com o passar do tempo este fundamento foi sendo alterado na medida em que mudava o modo de pensar da população e as suas crenças, de tal forma que:

Para la escuela católica ese fundamento está en la voluntad o en la inteligencia de Dios; para la corriente protestante clásica, el mismo se encuentra en la naturaleza humana; y para el pensamiento racionalista el Derecho Natural se fundamentaría en la Razón, la cual es concebida como

³(tradução livre) "a) Seus princípios são válidos para todo tempo e lugar. b) Estes princípios encontram o seu fundamento em algo superior ao homem, pelo qual os homens não poderiam mudar mesmo se propusessem. c) Em consequência os princípios e os conteúdos do chamado "direito natural" não estariam sujeitos as mudanças da história"

parte principal de la naturaleza humana.(AFTALION, VILANOVA, RAFFO, 1999, p.177)⁴

Para o (KAUFMANN, 2007, p.64) “[...] direito natural clássico, o “direito” é equiparado ao valor jurídico absoluta, á justiça.”, a qual podia ser aferido por um viés religioso ou racional. Sendo este conceito ainda analisado, visto a permanente busca da população pela defesa do que é justo.

Este conceito de direito, foi na recente história da humanidade reavivada pelas atrocidades patrocinadas pela Alemanha nazista no decorrer da segunda grande guerra mundial, com a autorização da lei e do poder judiciário.

No entanto ao se conceber o direito como justiça sana-se o problema conceitual do direito com a problemática conceitual do que é justiça, pois passa a ser necessário se discutir o que é justo e injusto para que se possa chegar ao real conceito de direito, sendo esta uma busca infundável.

Em que pese às divergências, as vertentes do direito natural defendem a sua prevalência em detrimento do direito positivo, devido o seu caráter superior, independentemente do direito natural estar positivado ou se encontrar em contradição com o direito positivo vigente.

Este pensamento fica exemplificado, na clássica obra Antígona de Sófocles, quando a filha de Édipo luta pelo direito de seu irmão ser velado com todas as honras militares, como pregava as leis divinas, independentemente da vontade do soberano (Rei Creonte) de deixar o cadáver a céu aberto para se putrefazer, vontade esta que era lei.

Em sentido oposto ao *jus naturalismo* a o *jus positivismo*, o qual (KAUFMANN, 2007, p.64): “[...] limita-se a afirmar que o direito é um conjunto de norma de conteúdo arbitrário promulgado de modo formalmente correcto (o Direito “em si” simplesmente não existe, e apenas uma designação de conjunto para as normas legais).”, ceifando se assim a necessidade de se basear em um valor superior para ser valido.

O direito positivo vai deixando de lado a busca filosófica do que rege o direito, para uma análise mais metódica e formalista focando no direito advindo da vida em sociedade, sendo este promulgado pelo legislativo (no sistema democrático),

⁴(tradução livre) "Para a escola católica esse fundamento esta na vontade ou na inteligência de deus; para a corrente protestante clássica, o mesmo se encontra na natureza humana; e para o pensamento racionalista o direito natural se fundamenta na razão, a qual e concebida como parte principal da natureza humana."

tendo como poder gerador a legitimidade concedida pelo povo ativo aos seus representantes, por meio do pleito eleitoral, pois:

O povo ativo elege os seus representantes;do trabalho dos mesmos resultam(entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de circulação de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático).(MULLER, 2013, p.56)

Desta forma, antea pluralidade de variáveis que se encontra eivada o direito natural, se vê como uma base mais solida para uma análise científica a visão positivista do direito,considerando esta como um conjunto de normas e regras de conduta.

A vida em sociedade, estarepleta de regras de conduta, como as de cunho religioso, sociais costumeiras e morais, que dissertam sobre o modo como o indivíduo devera se portar diante de determinada situação fática, para assim possuírem uma conduta aceitável.Dentre estas regras se encontra a norma jurídica, que igualmente estabelece uma conduta a ser cumprida pelo homem, sendo conceituadaapriori por Hans Kelsen(KELSEN, 1998, p.5): “Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”.

Sendo assim o estado com o seu poder, legitimado pelo povo, para exercer o controle social, limita a liberdade individual em prol do bem comum, estabelecendo obrigações.

Neste talante a norma jurídica possui um caráter imperativo, sendo que(KANT, 1993, p.35) “O imperativo é uma regra pratica, em virtude da qual uma ação em si mesma contingente se converte em necessária.”. Apesar de Kant fazer referência a regra moral ao usar o termo regra pratica, esta noção ainda se aplica a regra jurídica, de tal forma que Giorgio Del Vecchio, já na seara do direito estabeleceque(DEL VECCHIO, 1979,p.382): “[..]impor um dever significa precisamente imperar. A simples afirmação ou enunciação de facto carece, por conseguinte, de caráter jurídico. [...]”

Entretanto, o “dever” além de estar relacionada ao um ato intencional dirigido a conduta de outro individuo, possui outros sentidos, de tal forma que (KELSEN,1998, p.6): “Neste “dever” são incluídos o “ ter permissão” e o “poder” (ter

competência). Com efeito, uma norma pode não só comandar mas também permitir e, especialmente, conferir a competência ou o poder de agir de certa maneira”.

Entre tanto este tipo normativo que se limita a permitir uma conduta, gera discussão quanto ao seu caráter imperativo e a este próprio como característica do direito, pois não impõe nem uma conduta a ser seguida, não tendo importância para o direito, pois que não é proibido é permitido. De tal forma segundo Del Vecchio (DEL VECCHIO, 1979, p.387) “a afirmação do permitido nunca é autônomo, mas só tem juridicamente um sentido, quando limita ou define, mediante a indicação de uma exceção determinada, um comando preexistente, uma obrigação ou proibição anteriores.”.

Neste talante as normas permissivas possuem caráter imperativo, nos casos em que este tipo de norma estiver atrelada a outra que estabeleça um dever ser em benefício desta, possuindo um imperativo de forma indireta como, por exemplo, a norma que estabelece o direito a vida e a norma que criminaliza o homicídio impondo uma medida coercitiva a este ato.

O legislador (excetuada as normas jurídicas costumeiras e de caráter contratual) unguido pela legitimidade de redigir as leis e conjuntamente as normas que a integram, diferente mente de sociólogos, físicos e demais cientistas que analisam uma situação fática para descrever o que ocorre, ira determinar algo que “deve ser” direta ou indiretamente unguida por uma aura imperativa, e conjuntamente as consequências que advêm do seu descumprimento.

Por estabelecer algo que deve ser (“dever ser”) e não algo que é (“ser”), a norma acaba por muitas vezes gerar um distanciamento do mundo real, pois para que o “dever ser” em um caso em concreto se converta em um “ser” é necessário que o ato praticado pelo individuo, esteja em conformidade com a norma, pois “[...] toda norma é formulada no pressuposto essencial da liberdade que tem o seu destinatário de obedecer ou não aos seus ditames” (REALE, 2002, p.35).

Por estar sujeita ao alvedrio do seu destinatário, a norma jurídica se vê forçada a estabelecer a possibilidade de agir de forma coercitiva ante o seu descumprimento, sendo este um reflexo do seu caráter imperativo, pois e (DEL VECCHIO, 1979, p. 394) “[...] o modo pelo qual este imperativo se manifesta[....]”.

A coação é um meio de se fazer cumprir o desejado, com a utilização da violência ou (REALE, 2002, p.71) “[...]força organizada para fins do Direito[...], sendo uma reação a condutas consideradas indesejadas aos olhos

deste, distinguindo assim das demais violências praticadas por fins espúrios e de modo desorganizado.

A imposição de fato de uma mal gera a possibilidade de que o nível do cumprimento da norma aumente, ante o temor gerado pela possibilidade da aplicação da coação em decorrência da transgressão da norma. Neste termo preceitua Herbert L. A Hart:

Devemos, por isso, supor que há uma crença geral da parte daqueles a quem as ordens gerais se aplicam, em que a desobediência será provavelmente seguida pela execução da ameaça, não só no primeiro momento da promulgação da ordem, mas continuamente, até que a ordem seja retirada ou revogada. Esta crença continuada nas consequências da desobediência pode dizer-se que mantém as ordens originais vivas ou permanentes, embora haja, como se verá mais tarde, uma certa dificuldade na análise da qualidade persistente das leis nestes termos simples. (HART, 2009, p.28)

Como bem ressalva Herbert L. A Hart, com o decorrer do tempo a coação pode parar de incutir na sociedade o temor reverencial, em decorrência de fatores sociais, onde a aplicação desta é recebida com uma total indiferença pelo transgressor.

Pela própria natureza de ser do direito a coação é um ato excepcional, sendo que a regra é que a norma seja cumprida espontaneamente, de tal forma a violência organizada não pode ser identificada como uma característica do direito, pois o que está atrelado ao direito é a coercibilidade, a qual se refere (DEL VECCHIO, 1979, p. 397): “[...] a possibilidade jurídica da coação: a coação virtual, em potência, não em acto.”.

Em outras palavras a coercibilidade é uma previsão em abstrato da demonstração de desaprovação normativa e social a determinada conduta contrária a norma, buscando repreender esta conduta, com o fim de evitar que ela volte a ocorrer. De tal forma preceitua Hans Kelsen:

Na medida em que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica específica, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, e um ato ilícito ou delito [...]. (KELSEN, 1998, p.37)

A coação por possuir este caráter sancionatório, acaba por visar exercer um controle social, ao ter o fim de levar a norma jurídica à ser cumprida pela

sociedade, como destinatário desta, aumentando a sua eficácia social, por intermédio de reprimendas ou benessesque incutem nopsicológico do indivíduo uma vontade de cumpri-la.

A reprimenda e a benesse, atreladas a esta busca da eficácia e da efetividade da norma, são formas de sanção legal, sendo esta primeira intitulada de sanção negativa enquanto a outra e intitulada de positiva.

A espécie negativa e caracterizada pela imposição de um mal maior ao ato praticado pelo infrator, como bem preceitua Giacomo Gavazzi:

Il carattere punitivo non è necessariamente legato ad una specifica funzione o fondamento della sanzione; esso implica semplicemente, da un punto di vista logico, che la sanzione sia inflitta a chi ha trasgredito la regola e che consista in un male maggiore di quello che il trasgressore ha conseguito o si riprometteva di conseguire con la violazione, o che i potenziali trasgressori potrebbero ripromettersi. GAVAZZI, 1993, p.467)⁵

Dentro desta espécie á duas subespécies, sendo estas: a sanção punitiva, a qual e a (GAVAZZI, 1993, p.468) “[..]tecnicamente repressiva: esse castigano la persona del trasgressore, la cui volontà ribelle há osato ergersi contro la volontà del legislatore, espressa nei comandi e nei divieti, e costituiscono un deterrente efficace, o presunto efficace, per i potenziali trasgressori.”⁶; enquanto isso a sanção reparatória esta atrelada a reparação do dano causado, via de regra de forma pecuniária ou com a adoção de medidas adequadas ao caso em concreto, como por exemplo nas violações ao direito a honra em que se vislumbra a possibilidade de reparar o dano por meio da retratação.

Em que pese esta subdivisão, há sanções que fazem uma mescla, utilizando a reparação, não só em seu fim principal, mais também para punir o transgressor, com a imposição de medidas mais onerosas com o fim de coagi-lo.

Enquanto isso, a positiva esta relacionada a (JORI, PINTORE, 1995, p.265) “[..]l’attribuzione di Beni economici (premi, incentivi, esenzioni), o di beni

⁵(tradução livre) "O caráter punitivo não é necessariamente legado a uma específica função ou fundamento da sanção; isso implica simplesmente, de um ponto de vista lógico, que a sanção é imposta àqueles que violaram a regra e que consiste em um mal maior do que aquele que o transgressor conseguiu ou pretendia conseguir com a violação, ou que os potenciais transgressores pretendiam."

⁶(tradução livre) "[...] técnica tipicamente repressiva: esse castigo a pessoa do transgressor, cuja a vontade rebelde se levanta contra a vontade do legislador, expressa no comandos e proibições, e constitui um impedimento efetivo, ou presumido, para potenciais infratores."

spirituali, il riconoscimento di posizioni di merito (onorificenze, promozioni) e via dicendo, oltre naturalmente a innumerevoli combinazioni tra le misure elencate.”⁷. Deste modo enquanto à sanção negativa visa punir quem descumpra a norma ou que este a repare, gerando um temor em sertãs situação pelo medo de sofrer a sanção, a positiva visa beneficiar quem a cumpre de forma exemplar, visando criar assim no inconsciente popular a visão de que cumprir a norma e uma boa atitude a se ter, ou em outras palavras, a conduta que um cidadão de bem deve adotar.

Ambos os tipos sancionatórios se aplicados de forma coesa, poderão aumentar a eficácia da norma, pois em quanto a sanção negativa demonstra para os membros da sociedade as graves e desconfortantes consequências geradas pelo seu descumprimento, a sanção positiva demonstra com o oferecimento de um benefício que e a melhor atitude a se adotar é o cumprimento da norma.

Por estas características da norma, o professor Norberto Bobbio preceitua a existência de três formas de valoração da norma:

[...] toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que estas valorações são independentes umas das outras. De fato, frente a qualquer norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. (BOBBIO, 2012, p. 47)

O sistema de valoração preceituado pelo eminente doutrinador italiano possui um caráter estanque, pois para que cada preceito se faça presente não é necessário a existência dos demais, de tal forma para que a norma seja socialmente eficaz (conceito este tratado a diante) não é necessário que seja justa e válida.

Outro ponto de análise, é a escala Pontiana, a qual foi preceituada pelo emérito professor Pontes de Miranda, ao fazer uma análise da existência, validade e eficácia do negócio jurídico. De tal forma com as devias *mutatis mutandis*, estes preceitos podem também serem aplicados às normas jurídicas propriamente ditas.

Neste Talante explana o professor Pontes de Miranda:

[...] A questão da existência e questão previa. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar –se em validade ou invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discuti-se se vale, ou não

⁷(tradução livre)“a atribuição de Bens econômicos (prêmios, incentivos, isenções), ou bens espirituais, o reconhecimento de posições de mérito (honras, promoções) e assim por diante, além de outras inúmeras combinações das medidas listadas”.

vale.[...] Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes.” (MIRANDA, 2000,p.39)

Sendo assim diversamente do doutrinador italiano, ele estabelece estes pontos de análise em uma condição vinculante, de tal forma para que a norma possa ser aferida como eficaz e válida necessariamente ela devera existir.

Ante os dois sistemas valorativos, se sobressai a discussão sobre o conceito de eficácia, sem adentrar de forma direta na análise da justiça ou injustiça (ficando está mais no âmbito do direito natural), existência ou inexistência, validade ou invalidade, da norma. De tal forma, do ponto de vista da escala Pontiana, parte-se do pressuposto que a norma existe e possui validade.

3. DISTINÇÃO CONCEITUAL: EFICÁCIA E EFETIVIDADE

Angustia o fato de que a norma jurídica seja válida (no sentido formal do termo), justa, e legitimada pela vontade do povo na época em que o seu texto foi redigido, e mesmo assim poderá se comportar no plano fático de forma diversa do esperado pelo legislador.

Estando umbilicalmente ligado a esta análise empírica da norma as palavras eficácia e efetividade. Como tantos outros termos, possuem significados diferentes, de forma que se torna necessário distingui-los de maneira adequada, levando-se em conta as divergências conceituais existentes.

3.1. Eficácia Normativa

Ao se debruçar sobre o estudo conceitual da eficácia normativa, depara-se com a existência de duas vertentes conceituais, que trazem formas divergentes de analisar os efeitos da norma. Sendo estas a eficácia jurídica, a qual parte de um ponto analítico puramente legalista e a eficácia social que parte de um ponto de vista empírico, analisando os efeitos desta na sociedade.

Tendo como base o enfoque legalista, a eficácia acaba por ser tratada como (SILVA,1999, p. 66) “ à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”, estabelecendo também o grau com que a norma atingira e emanara seu poder em determinada situação.

Assim ela se preocupa quando e em que nível os efeitos da norma poderá atingir o seu destinatário, para que se possa saber se este poderá ou não exigir determinado direito. Como por exemplo, quando o artigo 5^a, inciso VIII da Constituição do Brasil, expõe que:

Art.5º.Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito á vida, á liberdade, á igualdade, á segurança e á propriedade, nos termos seguintes:

[..]

VIII- ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

[...](BRASIL, 1988)

Esta norma em que pese seja plenamente eficaz, pelo fato de já estabelecer o seu conteúdo de forma completa, sem a necessidade de uma lei infraconstitucional para complementá-la, ela encontra-se sujeita a ter os seus efeitos restringidos por uma lei infraconstitucional, pois como explana Jose Afonso da Silva:

“[...] essa eficácia pode ser contida (restringida) em relação aquele que se eximir de obrigação legal imposta a todos e se recusar a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. Se lei não houver, que fixe “prestação alternativa” a ser cumprida, mesmo ocorrendo a escusa, qualquer restrição ou sanção será inconstitucional, salvo a aplicação do disposto no art. 15, IV (perda dos direitos políticos do escusante)[..]”(SILVA , 2012, p.105)

Em sentido oposto á eficácia social se encontra a atrelada a conduta do individuo em relação á norma, pois segundo Norberto Bobbio(BOBBIO, 2012, p. 49): “O problema da *eficácia* de uma norma é o problema de ser ou não ser seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica)[..]”.

Ao analisar de forma concreta como o destinatário esta agindo em relação a norma, verificando se ela esta sendo transformada em “ser”, com o seu cumprimento e observância, ou se permanece como um dever ser, sendo violada pela omissão ou pela conduta diversa da exigida, deixando assim evidente o caráter empírico da eficácia e a sua importância para uma análise do direito preocupada com os reflexos da norma no mundo real. Assim preceitua Mario Jori e Anna Pintore :

È bene ricordare a questo propósito che il concetto di effettività è indispensabile in una semântica empiristica del discorso normativo: infatti la possibilità di accertare empiricamente la violazione della norma costituisce un critério di rilevanza fattuale della stessa rispetto ai comportamenti

osservabili, e può essere considerata come una condizione di significanza del discorso normativo in un quadro empiristico.(JORI,PINTORE, 1995p.147).⁸

Em um primeiro momento, a norma será mais ou menos eficaz conforme os seus destinatários a cumprem. No entanto, há uma relação estreita com a sanção, pois(ANGEL RUSSO,1997, p 86) “[...] hay un sentido más fuerte de eficacia, particularmente para aquellateorías que adoptan como criterio distintivo de lajuridicidad, el elemento sancionatorio. Este aspecto de la eficacia se refiere a la aplicación de la sanción,[...]”⁹.

Sendo assim a eficácia não esta só atrelada ao cumprimento da norma mais também a imposição de uma sanção punitiva oureparatória ante a suaviolação.

Nestes termos o grau de eficácia de uma norma e aferível através de (ALEXY, 2011,p.102) “[...] uma determinação do peso atribuído, por um lado, à observância e, por outro, à punição da não observância, nos limites do conceito de validade social.”. Observa-se que Alexy adota como sinônimo de eficácia social, o termo validade social, terminologia esta também adotada pelo professor Miguel Reale (REALE, 2002, p.105).

Assim, mesmo com um alto índice de descumprimento, uma norma poderá possuir um alto grau de eficácia em decorrência da sanção imposta ao transgressor, ou seja, hipoteticamente uma norma que prevê a punição ao Homicídio, possuirá uma alta eficácia social na medida em haja faticamente a punição do infrator.

Mais para que isso ocorra a sanção aplicada devera conseguir concretizar, em certa medida, o que a norma estabelece, transformando o dever-ser em ser, ou seja, transformando o que a norma prevê em um mundo hipotético em algo real, pois a eficácia (HERNÁNDEZ MARÍN,1998,p.251) “[...]consiste en una cierta correspondencia entre los enunciados y la realidad”¹⁰; como por exemplo

⁸(tradução livre)“É bom lembrar para este fim que o conceito de efetividade é imprescindível em uma semântica empírica do discurso normativo: na verdade a possibilidade de averiguar empiricamente a violação da norma constitui um critério de relevância factual em relação aos comportamentos observáveis, e podendo ser considerado como um condição de grande relevância para o discurso normativo em um arcabouço empírico.”

⁹(tradução livre)“A um sentido mais forte de eficácia, particularmente para aqueles que adotam como critério distinto da legalidade, o elemento sancionatorio. Este aspecto da eficácia se refere a aplicação da sanção[.]”

¹⁰(tradução livre)“Consiste em uma certa correspondência entre os enunciados e a realidade.”

quando um Estado signatário da Convenção Interamericana não cumpre com a obrigação de adequar a sua legislação interna a esta, e a corte impõe a sanção de se realizar a devida adequação, e este o faz, sendo que mesmo com a norma violada o seu dever-ser foi concretizado.

2.2.2 Efetividade

Buscando representar outra vertente da análise empírica da norma jurídica, se criou o signo efetividade. O termo retro esta atrelado ao fato de que a norma jurídica não é um fim em si mesma, sendo que esta é sempre criada com o fim de gerar algum efeito no mundo real.

As normas em geral possuem um fim em comum, a de atuar como um mecanismo de controle social, pelo mero fato de estabelecerem de forma imperativa limites e garantias aos seus destinatários, no entanto cada norma, devido as suas peculiaridades, visão causar resultados na sociedade que muitas vezes diferem uma das outras, de tal forma que cada uma acaba por possuir um fim específico, como por exemplo, as normas penais, que visão satisfazer sertãs necessitas individuais e coletivas diversas das do direito civil e da normas internacionais, casso contrario não haveria motivo para que esta distinção existisse.

Neste talante, a efetividade consiste na (JORI, PINTORE, 1995, p.150) “capacita delle norme diraggiugere il próprio fine.”¹¹, de tal forma que (HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, p.252) “un enunciado jurídico es *efectivo* cuando su creación tine como resultado o efecto (causal) una situación que corresponde aproximadamente al objetivo que con él se perseguía”¹².

A aferição de determinado grau de eficácia da norma, não quer dizer que, esta possuirá o mesmo grau de efetividade, visto que o fim da norma não estará necessariamente atrelado a sua mera adesão. Por exemplo, uma norma penal, que prevê a repressão ao homicídio, terá uma maior ou menor eficácia a depender do índice de pessoas que a cumpram ou que ao desobedecerem, sejam responsabilizadas, mas só será efetiva na medida em que o seu fim dediminuir com a

¹¹ (tradução livre) “Capacidade de a norma atingir o próprio fim.”

¹² “O enunciado jurídico é efetivo quando a sua criação tem como efeito (causal) uma situação que corresponda aproximadamente ao objetivo que com ele se perseguia.”

ocorrência de Homicídios, por intermédio da coibição, for concretizado, desta forma mesmo que a norma seja altamente eficaz ela poderá não ter um grande efeito na concretização do fim almejado.

Caso o fim da norma, seja o seu mero cumprimento e a responsabilização de quem a viole, fará com que a efetividade possua o mesmo sentido da eficácia, de tal forma que na medida em que a norma for eficaz ela será efetiva, não havendo nestes casos diferença entre os signos.

Masa eficácia deve funcionar como um meio de possibilitar a efetivação da norma, principalmente com a responsabilização dos transgressores, pois a impossibilidade de efetivá-ladeve-seem sua maioria aos meios empregados para a coibição dos atos de transgressão, pela omissão em reprimir o ato de violá-la.

Em sentido contrario ao conceito exposto, GoffredoTelles Junior (2002,p.193), adota como conceito de eficácia o conceito anteriormente atribuído a efetividade, sem fazer qualquer menção a efetividade da norma jurídica.

No mesmo sentido o professor Jose Afonso da Silva(silva,1999, p.66), adota como conceito eficácia o fato da norma jurídica estar atingindo ou não o seu fim almejado, no entanto este deixa claro que esta e uma das formas de se conceituar a eficácia, fazendomenção ao conceitos de eficácia jurídica , eficácia social e a da própria efetividade. Assim o Afonso da Silva não deixa de lado nem uma das duas formas, aventadas, de se analisar empiricamente a norma jurídica.

Já o professor Miguel Reale ao tratar em sua obra “lições preliminares de Direito”, sobre a validade da social, coloca a eficácia e a efetividade como sendo sinônimos (REALE, 2002, p.105 e112).

Enquanto isso para Paulo Nader, estes conceitos se invertem, de tal forma que a (NADER,1996,p 72) “[.] Lei eficaz é aquela que provoca as consequências sociais almejadas por seu autor ao elaborá-la.” e a efetividade consiste no(NADER,1996, p.73) “[...] fenômeno social de obediência as normas jurídicas.”

3. CONCLUSÕES

Ao se adotar como conceito de direito a visão *jus positivista*, se estabelece como fim precípua do ordenamento jurídico o controle social, em prol de

uma sociedade organizada, com direitos e deveres determinados. Pois o *jus positivista* estabelece que o direito é um conjunto de normas, redigidas por indivíduos legitimados para tal função e dentro de um sistema democrático.

Sendo que as normas trazem em seu texto um “dever-ser”, que deverá ser obedecidos e concretizados pelo seu destinatário, caso contrário será alvo de sanções. Estabelecendo a norma como um “dever-ser”, se assume o fato de que para esta ter o seu conteúdo concretizado, é necessário que os seus destinatários transformem este pressuposto em algo que “é”.

Em decorrência desta condição da norma, ganha grande relevância a análise empírica, para verificar se os fins almejados foram atingidos ou se ela está sendo cumprida pelos seus destinatários.

Desta análise aflora dois signos, atrelados às duas formas aventadas de se analisar no plano fático a norma jurídica, sendo estes a eficácia e a efetividade.

De tal forma estes termos deveram ser considerados como signos distintos e não sinônimos, sendo que cada um possuirá um conceito que correspondera a uma das formas de análise empírica.

Posto isso é temerário o posicionamento adotado por Miguel Reale, ao tratar como sinônimos estes termos, pois se nega a importação social e jurídica que cada vertente possui para o aprimoramento do direito.

Nestes termos, em que pese à abalizada distinção feita por Paulo Nader, os doutrinadores Hernandes Marin, Mario Jori e Ana Pintore, Angel Russo, Robert Alexy, Hans Kelsen e Noberto Bobbio, preceituam de forma majoritária que o nível de eficácia é auferido com base no cumprimento da norma por seus destinatários e quando descumprido, pela imposição de uma sanção, em quanto isso a efetividade está atrelada a concretização do fim proposto pela norma.

Conclui-se, que independentemente do conceito adotado para a eficácia e efetividade, é essencial que se faça uma distinção das maneiras de se analisar empiricamente a norma jurídica, sendo que para cada situação é necessário adotar uma medida diferente, pois determinadas medidas são capazes de aumentar a eficácia de uma norma, mas mesmo assim não poderão aumentar a sua efetividade.

REFERENCIAS

AFTALION, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio C. Introduccion al derecho: conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general del derecho, teoría general aplicada. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. 1054 p.

ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito.1.ed.São Paulo: WMF Martins Fontes.2011. 166 p.

ANGEL RUSSO, Eduardo. Teoría general del derecho: en la modernidad y en la posmodernidad. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. 371 p.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. 5. ed. rev. São Paulo: EDIPRO, 2012. 191 p.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga.São Paulo: Editora das Américas S.A, 1966. (Volume I – A Marcha Das Civilizações).

DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito. 5. ed., corr. e actual. Coimbra: Arménio Amado, 1979. 643 p. (Coleção studium :temas filosóficos, jurídicos e sociais)

GAVAZZI, Giacomo. Studi di teoria del diritto. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993. 481 p.

HART, Hebert Lionel Adolphus. O conceito de direito. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 399 p.

HOUAISS, Antonio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Editora objetiva. Rio de Janeiro. 2004.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. Introducción a la teoría de la norma jurídica. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998. 506 p.

JORI, Mario; PINTORE, Anna. Manuale di teoria generale del diritto. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995. 355 p.

KANT, Immanuel. Doutrina do direito. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993. 224 p. (Coleção fundamentos de direito)

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. 534 p.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 126 p.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. 318p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000. v. 4.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. 430 p. (Coleção studium :temas filosóficos, jurídicos e sociais) .

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 391 p.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. 270 p.

SÓFOCLES. Édipo Rei; Antígona. 2ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2013. 138 p.

TELLES JUNIOR, Goffredo. Iniciação a ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 386 p.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. São Paulo: Nova Cultural, 1991. 222 p.(Os pensadores).