Conceito

O segundo plano da escada ponteana parte do pressuposto de que a norma precisa ser válida, ou seja, ela precisa antes de tudo existir. Para isso, é preciso analisar três pontos:

- Se quem editou a norma tinha poder legítimo (critério da **competência**)
- Se a norma não foi retirada do ordenamento (critério de **ab-rogação explícita**)
- Se a norma é incompatível com outras normas (critério de **ab-rogação implícita**)

Critério da competência

O poder legítimo é aquele conferido pelo sistema. Por exemplo, no Brasil o povo é o titular do poder originário, e confere aos seus representantes o exercício desse poder. No entanto, esses representantes não podem criar uma norma dizendo que o Estado é uma monarquia, pois faltará legitimidade para que façam isso por si só, tornando a norma que estabeleça essa disposição inválida.

Critérios da Ab-rogação explícita e implícita

Ab-rogação é uma espécie de revogação parcial da norma, expressa ou implicitamente. Nem sempre a retirada de uma norma é total. É possível que o pronunciamento afaste só parte de seu conteúdo ou que a nova lei tenha conteúdo só em parte incompatível. Nesse caso, haverá uma derrogação.

A pergunta feita para ver se houve o atendimento desse critério é: essa norma foi criada por autoridade competente, está no ordenamento e é compatível com outras normas? Se a resposta for positiva, dizemos que a norma atendeu ao critério da validade.

Assim como no plano da justiça, se formos analisar essa pergunta, podemos perceber duas principais características: ela é formal e ontológica.

Ela é formal porque para que sua resposta seja obtida é preciso analisar a forma como esse ordenamento se apresenta, ignorando as questões culturais.

Além disso, ela é uma pergunta de natureza ontológica pois ela sucede a deontologia, no sentido de que partimos do pressuposto de que essa norma já existe. A ontologia da norma é necessária para que o intérprete possa responder se a norma criada no presente é realmente uma norma.

Se no plano da justiça a comparação é entre um valor e uma norma, no plano de validade a comparação é entre duas normas que existem, que são reais. É por isso que o seu juízo não é o de correspondência, mas sim de convivência. Se ela conviver com a outra norma, ela será válida.

Quem é essa outra norma que provoca o conflito de validade? É uma norma mais importante, criada depois ou que trate de um assunto mais específico do que a outra. O conflito entre normas pode ser solucionado de formas diferentes, conforme a natureza das normas. Vamos entender um pouco mais sobre o histórico para se chegar a essas respostas.

O cenário histórico que propiciou a virada neoconstitucionalista foi a derrota do nazismo, em 1945. Nesse mesmo ano, iniciou-se um processo de releitura do direito, afastando-o do marco do positivismo e aproximando-o dos valores. Como sabemos, o positivismo defende uma leitura formal do ordenamento jurídico, leitura essa que respaldou diversas atrocidades ao longo do século XX. Para o positivismo, não havia princípios, mas tão somente regras.

Esse juízo tão somente de forma, baseado na pirâmide de Kelsen, esconde a preocupação sobre o conteúdo da norma. E essa falta de preocupação gerou sérias consequências históricas.

Para os positivistas, o intérprete não pode levar questões filosóficas e sociológicas em consideração em sua interpretação, sendo a ele permitido apenas a análise da compatibilidade formal da norma.

Passado esse panorama, voltamos ao tema principal da aula. Toda a ideia do conflito de normas parte do pressuposto de que normas antagônicas não deverão coexistir em um mesmo sistema jurídico.

Diante dessa necessidade de prevalência de uma norma em face de outra de conteúdo conflitante, são criados três critérios para solucionar esse problema.

- **Tempo**: Normas mais novas prevalecem sobre as mais antigas.
- **Hierarquia**: Normas mais “altas” prevalecem sobre as mais “baixas”.
- **Especialidade**: normas mais específicas prevalecem sobre as mais genéricas.

Todas as normas devem seguir esse critérios quando conflitantes? Não. Esses critérios só valem para as regras. No caso dos princípios, por serem normas dotadas de abstração e carregarem valores fundamentais que não podem ser suprimidos totalmente, é necessário utilizar a técnica da ponderação, na qual haverá concessões, supressões recíprocas para evitar a anulação completa de um em detrimento de outro.