

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

VICTOR FENTANES GUIMARÃES SANTOS

INCONSTITUCIONALIDADE: UMA QUALIDADE GRADUÁVEL DOS ATOS
JURÍDICOS

Maceió/AL
2011

VICTOR FENTANES GUIMARÃES SANTOS

**INCONSTITUCIONALIDADE: UMA QUALIDADE GRADUÁVEL DOS ATOS
JURÍDICOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
Público do Programa de Pós Graduação da
Universidade Federal de Alagoas.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Bernardes de
Mello

**Maceió/AL
2011**

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

S237m Santos, Victor Fentanes Guimarães.
Inconstitucionalidade : uma qualidade graduável dos atos jurídicos / Victor Fentanes Guimarães Santos. – 2011.
112 f.

Orientador: Marcos Bernardes de Mello.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2011.

Bibliografia: f. 107-112.

1. Direito constitucional. 2. Constitucionalidade. 3. Inconstitucionalidade.
4. Sistemas jurídicos. I. Título.

CDU: 342.1/.8

VICTOR FENTANES GUIMARÃES SANTOS

“INCONSTITUCIONALIDADE: uma qualidade graduável dos atos jurídicos”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

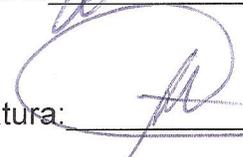
Orientador: Professor Doutor Marcos Bernardes de Mello.

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

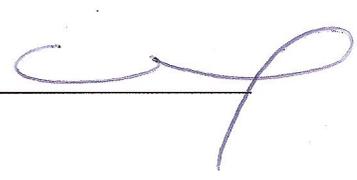
Prof. Dr. Gabriel Ivo (UFAL)

Julgamento: aprovado com loucos nota 7,0 Assinatura: 

Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão (UFAL)

Julgamento: aprovado com loucos (7) Assinatura: 

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho (UFPB)

Julgamento: Aprovado com Loucos - Nota 8,0 (8,00) Assinatura: 

Maceió, 01 de julho de 2011.


1/7/2011

Dedico o que este trabalho tiver de bom
ao Professor Marcos Bernardes de Mello.

AGRADECIMENTOS

À FAPEAL – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas, apoio sem o qual não seria possível a realização deste trabalho;

À Faculdade de Direito de Alagoas por tudo que ela me oportunizou na vida.

Aos amigos pelo apoio e companheirismo de sempre.

Aos meus pais e ao meu irmão que me acompanharam durante toda a minha jornada.

RESUMO

Este trabalho visa examinar a complexidade da fixação da eficácia jurídica do ato jurídico inconstitucional em face da natureza sistemática do ordenamento jurídico, que implica a necessidade da consideração conjunta das normas jurídicas como um todo. A caracterização do sistema jurídico leva em consideração o plano da Ciência do Direito e o do Direito objetivo, sendo indicadas as características que cada um desses sistemas apresenta e a colocação da constitucionalidade nesse contexto. Pela importância para o entendimento do assunto, distingue-se a existência, a validade e a eficácia dos atos jurídicos, havendo a indicação da localização do problema da constitucionalidade nesse contexto. O estudo trata parâmetros para a análise da inconstitucionalidade e os atos jurídicos sujeitos a essa investigação. Como exemplos de situações que demonstram a complexidade na definição da eficácia dos atos jurídicos inconstitucionais são apontadas e estudadas a omissão parcial, a inconstitucionalidade progressiva, a inconstitucionalidade no caso concreto, entre outras situações. Toda essa investigação permite constatar que as consequências jurídicas da inconstitucionalidade dependem do grau de incompatibilidade que o ato analisado apresenta em função da Constituição como um todo, não se levando em consideração apenas a suposta norma constitucional violada.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Inconstitucionalidade. Sistema Jurídico. Controle de Constitucionalidade. Níveis de Constitucionalidade.

ABSTRACT

This work aims to examine the complexity of the establishment of the legal effectiveness of the unconstitutional legal act according to the systematic nature of the legal system, which implies the need of taking into consideration all of the legal norms as a whole. The characterization of the legal system takes into consideration the plan of the Science of Law and the Objective Law, the characteristics that each one of these systems presents and the arrangement of constitutionality in this context are indicated in this paper. As it is important for the understanding of this matter, it is made a distinction between existence, validity and effectiveness of legal acts, pointing and indicating the issue of constitutionality in this context. The study describes parameters for the analysis of the unconstitutionality and the legal acts subjected to this investigation of parameters. The partial omission; the progressive unconstitutionality; the unconstitutionality in the practical case and other similar situations will be determined and studied as examples of situations that demonstrate the complexity of the definition of the effectiveness of the unconstitutional legal acts. All this research allows us to assume that the legal consequences of unconstitutionality depend on the degree of incompatibility that the analyzed act features according to the Constitution as a whole, not taking into consideration only the supposed constitutional norm infringed.

Keywords: Constitutionality. Unconstitutionality. Legal System. Judicial Review. Degrees of Constitutionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A RELEVÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS DIANTE DA CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO	12
2.1	O Direito enquanto ordenamento de normas jurídicas	12
2.2	O ordenamento jurídico como sistema	13
2.3	Composição e configuração do sistema jurídico	21
2.3.1	As normas jurídicas: regras e princípios.....	21
2.3.2	As características do sistema jurídico e as respectivas normas de estruturação	26
2.3.2.1	A unidade ou coesão do sistema jurídico	26
2.3.2.2	A coerência do sistema jurídico.....	34
2.3.3	O papel da Constituição no sistema jurídico	38
3	O PROBLEMA DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS EM FACE DOS DIVERSOS PLANOS DO MUNDO DO DIREITO	43
3.1	O ato jurídico como espécie do gênero fato jurídico	43
3.2	Os diversos planos pelos quais passam os fatos jurídicos	47
3.2.1	O plano da existência.....	47
3.2.2	O plano da validade	49
3.2.3	O plano da eficácia	52
3.3	A constitucionalidade e os planos do mundo do direito	54
4	A AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE: PARÂMETROS E ATOS JURÍDICOS SUJEITOS	58
4.1	Parâmetros para aferição da constitucionalidade	58
4.1.1	A Constituição Federal, as Constituições Estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal	58
4.1.2	As regras e os princípios constitucionais.....	59
4.1.3	O bloco de constitucionalidade.....	61
4.1.4	A inconstitucionalidade reflexa ou indireta.....	66
4.2	Atos jurídicos sujeitos ao atributo constitucionalidade	68
4.2.1	Atos comissivos e omissivos	68
4.2.2	O Direito anterior à vigência da Constituição	70
5	A VARIAÇÃO DAS TÉCNICAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM FUNÇÃO DA COMPLEXIDADE DA DEFINIÇÃO DA EFICÁCIA DO ATO JURÍDICO INCONSTITUCIONAL	74
5.1	Técnicas de controle de constitucionalidade e definição da natureza jurídica da inconstitucionalidade	74
5.2	As vicissitudes da definição da constitucionalidade de uma ato jurídico	91
5.3	Omissões do poder público e inconstitucionalidade	94
5.4	A inconstitucionalidade progressiva	95
5.5	Definição de constitucionalidade e o caso concreto	98
6	CONCLUSÃO	101
	REFERÊNCIAS	107

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é analisar a eficácia jurídica dos atos jurídicos inconstitucionais, observando a peculiaridade de que esse atributo pode ser relativo, ou seja, podem existir diversas gradações em relação à produção dos efeitos jurídicos, não sendo, em certas situações, a aferição da presença ou ausência dessa qualidade respondida satisfatoriamente com a simples constatação é eficaz ou não. Estar-se-ia, portanto, diante de um fenômeno dotado de maior complexidade.

Há quem pretenda colocar em compartimentos estanques os atos jurídicos, classificando-os em constitucionais e eficazes de um lado e inconstitucionais e ineficazes no outro extremo. Essa tendência ao absolutismo na classificação dos fenômenos jurídicos acontece em vários dos seus ramos. No Direito Administrativo, a obstinação em dividir a competência para a elaboração dos atos administrativos em vinculada ou discricionária impediu, por muito tempo, uma melhor investigação acerca da discricionariedade administrativa. Felizmente, naquele ramo do conhecimento jurídico, hodiernamente, observa-se que o que há, de fato, é uma gradação entre vinculação e discricionariedade identificável na competência para produção de cada ato administrativo.¹

Nesse momento inicial, cabe frisar que a expressão inconstitucionalidade é utilizada para designar duas realidades distintas: em primeiro lugar, retrata a relação de incompatibilidade entre um ato jurídico e a Constituição, em segundo lugar, descreve a sanção imposta pelo Direito ao ato jurídico em desconformidade com as normas constitucionais. O uso dessas duas acepções é corrente e não causa, em regra, maiores dificuldades, afinal é possível distinguir qual dos dois sentidos está sendo utilizado diante do contexto onde está inserida a expressão.

Ressalva-se que, apesar da pretensão de realizar uma investigação abrangente sobre a temática, em regra, procurar-se-á fontes doutrinárias e jurisprudenciais de sistemas jurídicos que apresentem características semelhantes com as do Direito brasileiro. Destarte, os conceitos produzidos e as afirmações realizadas precisam ser lidas com a reserva de que estão sendo pensados em relação a um sistema jurídico determinado. A adoção dessa postura

¹ KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 21-27.

decorre do escopo pretendido: entender a variação eficácia do ato jurídico inconstitucional e das técnicas de controle.

A compreensão do atributo constitucionalidade depende da análise do sistema jurídico como um todo. Assim, no capítulo 1, será feita essa investigação. Antecipa-se que, segundo o ponto de vista adotado, o Direito é considerado um sistema por conta da maneira como deve ocorrer o relacionamento entre os seus diversos elementos. Nesse sentido, a existência do sistema jurídico enquanto tal, depende da manutenção de duas de suas características: a unidade e a coerência, que serão explicadas no momento oportuno.

Essas duas qualidades apontadas como indispensáveis para configuração do sistema jurídico decorrem, em primeiro lugar, da constatação de que todos os seus elementos retiraram seu fundamento de validade da mesma fonte (unidade) e da inadmissão de que dois ou mais de seus elementos entrem em contradição (coerência). A garantia da unidade do Direito é proporcionada por uma norma estrutural, cujo reconhecimento varia conforme o entendimento adotado pelo estudioso, mas que reside, em suma, na definição de que todos os elementos do sistema jurídico devem, em última instância, obediência aos ditames da Constituição. A conservação da coerência fica por conta das normas estruturais que definem qual elemento deve prevalecer em caso de conflito, por exemplo, a que estabelece que, em havendo conflito entre elementos de diverso grau hierárquico, prevalecerá aquele que tenha maior hierarquia.

A análise do sistema jurídico permitirá observar que os seus diversos elementos não estão no mesmo patamar de importância. O Direito é construído de maneira que cada um de seus componentes estabelece requisitos formais e/ou materiais indispensáveis para que outros elementos sejam considerados válidos. Nessa relação de subordinação, o componente que define as qualidades necessárias para a validade de outro é o hierarquicamente superior, enquanto o que deve obediência a essas determinações é o hierarquicamente inferior. Buscar-se-á, diante dessa realidade, localizar o papel que a Constituição desempenha no sistema jurídico, identificando as consequências do seu desrespeito em face de suas qualidades: unidade e coerência.

Feita a investigação acerca do sistema jurídico, caberá localizar, no Mundo do Direito, o problema da constitucionalidade dos atos jurídicos, que são espécies do gênero fato jurídico, o que será realizado no capítulo 2. Tratar-se-á, ainda, da definição dos planos pelos quais passam os fatos jurídicos. Nessa tarefa, será importante demonstrar que a existência, a

validade e a eficácia no Direito são realidades completamente distintas, diferentemente da imprecisão que alguns autores fazem no tocante à definição de cada uma delas. Essa análise geral permitirá um melhor deslinde da problemática atinente à definição da eficácia do ato inconstitucional.

No capítulo 3, procurar-se-á apontar quais são os parâmetros utilizados para a aferição da constitucionalidade. Prosseguindo o estudo, serão indicados quais são os fatos jurídicos sujeitos ao atributo constitucionalidade, afinal, alguns deles, por sua própria natureza, não lhe estão sujeitos. Outras questões de extrema relevância para o entendimento do problema em análise serão abordadas, por exemplo, a situação em que há o desrespeito à Constituição, entretanto, não se considera um caso que enseja o controle de constitucionalidade, além, ainda, da discussão em torno da relação entre o Direito anterior e a nova Constituição. Por fim, será possível a construção do conceito de inconstitucionalidade.

No capítulo 4, o estudo de aspectos das técnicas de controle de constitucionalidade terá por escopo demonstrar que elas variam de acordo com o grau de incompatibilidade que o ato jurídico analisado apresenta, o que definirá a possibilidade dele produzir ou não seus efeitos jurídicos próprios. A própria existência de diferentes instrumentos para a fiscalização da constitucionalidade demonstra que essa propriedade é dinâmica e complexa, não parecendo ser suficiente, em certa medida, a simplificação de sua constatação em termos absolutos.

Nesse contexto, serão abordados os casos em que um determinado ato cumpriu em parte os ditames constitucionais, mas ficou aquém daquilo que a Constituição determina, situação designada omissão parcial, cabendo a investigação acerca da solução apresentada pelo Direito.

Posteriormente, será investigada uma situação que identifica as diversas gradações da eficácia do ato inconstitucional. Trata-se da denominada inconstitucionalidade progressiva, que ocorre quando certo ato jurídico contraria, parcialmente, a Constituição e é, nesse ponto, inconstitucional, mas, por outro lado, realiza valores previstos pela mesma Constituição, sendo, nessa parte, constitucional. A análise dessa realidade será bem ilustrativa para as conclusões do presente estudo. Por fim, restará apontar as ocasiões em que a inconstitucionalidade de uma determinada norma só surge diante das peculiaridades do caso concreto ao qual deve ser aplicada. Ressalta-se que essa realidade, aparentemente paradoxal, já foi, inclusive, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme será indicado oportunamente.

Por último, serão elencadas as diferentes conclusões advindas em decorrência da investigação realizada. O presente estudo está lastreado, sobretudo, na perquirição acerca das diferentes opiniões doutrinárias obtidas em virtude de sua relevância para o tema, além da análise acerca dos posicionamentos jurisprudenciais concernentes.

2 A RELEVÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS DIANTE DA CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

2.1 O Direito enquanto ordenamento de normas jurídicas

Não é correto definir o Direito como norma. Na verdade, trata-se de um conjunto de normas, necessariamente, relacionadas entre si. Assim, diante do vínculo que une as normas integrantes de um mesmo ordenamento, observa-se a impossibilidade da obtenção da natureza do Direito através da análise de uma norma isolada das outras. Os próprios critérios que determinam o modo como deve ocorrer o relacionamento entre as normas são essenciais na definição da natureza do Direito.²

O reconhecimento de que certa pauta de conduta é uma norma jurídica não é realizado levando em consideração o seu conteúdo, mas sim através da observação das determinações impostas pelas normas jurídicas responsáveis por definir os critérios utilizados pelo respectivo sistema jurídico para que uma norma ingresse nos seus quadros. Em outras palavras, não é a norma em si que define sua própria juridicidade, mas o ordenamento jurídico em que ela está inserida, à medida que a reconhece como um de seus elementos, conforme será tratado no item 1.3.1. Desse modo, qualquer análise acerca da pertinência de uma norma ao Direito depende da observação do contexto em que está inserida, isto é, da(s) outra(s) norma(s) que regulamentam o modo de sua produção e/ou o seu conteúdo.

Esse relacionamento necessário entre as normas jurídicas é indispensável para o reconhecimento de certo regramento como integrante de um ordenamento jurídico e para as indagações acerca de sua validade e eficácia. Por essa razão, a visualização do Direito como sistema jurídico trará importantes consequências para o estudo da constitucionalidade dos atos jurídicos, afinal trata-se de um atributo ligado ao relacionamento entre as normas constitucionais e outros elementos do sistema jurídico, havendo considerações relevantes em

² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

torno dos efeitos do ato inconstitucional em face da natureza sistemática do ordenamento jurídico, consoante procurar-se-á demonstrar ao longo desse trabalho.³

2.2 O ordenamento jurídico como sistema

Antes da definição do que se entende por sistema jurídico, cabe apontar que há uma forte divergência doutrinária acerca da consideração do Direito como sistema. Um relevante número de estudiosos defende que não haveria a natureza sistemática do ordenamento jurídico. Nessa seara, a Jurisprudência dos Interesses, que foi uma escola muito influente na metodologia jurídica, indicava que o Direito não seria um sistema. Modernamente, a Tópica Jurídica discute seriamente a possibilidade do Direito obter a unidade sistemática, que seria uma das características essenciais do sistema jurídico. Não obstante, mesmo os críticos não negam a importância do conceito de sistema para a teoria do Direito.⁴

Apesar disso, adotar-se-á uma postura comum ao positivismo jurídico no tocante ao reconhecimento da natureza sistemática do ordenamento jurídico. Na verdade, consoante aponta Bobbio, a teoria do ordenamento jurídico seria fundamental para caracterizar o próprio positivismo jurídico, afinal “através dela chega-se ao coração desta corrente jurídica”. O autor aponta, ainda, que “Antes do seu desenvolvimento faltava no pensamento jurídico o estudo do direito considerado não como norma singular ou como um acervo de norma singulares, mas como uma entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas”.⁵

A definição do que seja um sistema não é nada fácil, afinal existem diversas concepções acerca do assunto.⁶ Em verdade, não seria um exagero afirmar que existem tantas noções de sistema diferentes quantos são os estudiosos que se colocam a tratar do assunto.

³ Conforme aponta Maria Helena Diniz, o caráter sistemático dos conflitos normativos determina a importância de que, preliminarmente, seja feita a conceituação de sistema jurídico. *Conflito de normas*. 3. ed. São Paulo; Saraiva, 1998, p. 7.

⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, p. 1.

⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995, p. 197.

⁶ Nesse sentido: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. op. cit., p. 2; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1.

Diante desta realidade, a opção por um sentido de sistema acaba sendo uma escolha pessoal do estudioso por conta dos objetivos que pretende alcançar com sua investigação.⁷

Não sendo o escopo do presente estudo a investigação da evolução histórica do conceito de sistema jurídico, opta-se por uma análise específica da temática através da utilização de visões que correspondem ao pensamento predominante, em maior ou menor escala, sobre o tema na seara do positivismo jurídico.

De um modo geral, a visão majoritária sobre o Direito é aquela defendida pelo positivismo jurídico. Conforme aponta Norberto Bobbio, “A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução Direito positivo contraposto àquela de Direito natural”.⁸ Assim, parte-se da ideia de que o que é Direito é o Direito positivo, ou seja, aquilo que o Estado produz ou reconhece como tal independentemente de sua origem. Portanto, procurar-se-á analisar a sistematicidade do ordenamento jurídico no que diz respeito ao relacionamento entre as diversas normas jurídicas que o integram, tendo em mente que o sistema jurídico é um conjunto de normas jurídicas, que podem ser de duas espécies: regras e princípios, conforme será tratado no item 1.3.1.

Isso não significa, de maneira alguma, que não existam outras concepções importantes para a análise do Direito, afinal, não se pode olvidar que o Direito é um fenômeno multifacetário. O próprio meio como ocorre a sua criação demonstra essa realidade. Assim, o procedimento utilizado pelo Direito para obter a realização de seus fins consiste na valoração dos fatos da vida através do estabelecimento de normas jurídicas. Seria possível expressar de forma simplificada o fenômeno de criação do Direito por meio da seguinte fórmula: “FATO + VALOR = NORMA”.⁹ Essas três dimensões do Direito estão postas de modo que cada uma delas se mantenha irreduzível em relação às demais, sendo exigido o correlacionamento entre fato e valor para que, daí, surja a normatividade como concretização do Direito.¹⁰ Portanto, a compreensão do Direito depende da análise integrada desses três

⁷ NEVES, Marcelo, op. cit., loc. cit. O autor (op. cit., loc. cit.) afirma textualmente que “O emprego em um de seus sentidos resulta dos fins, interesses ou conveniências do utente, ou seja, é um problema semântico com solução pragmática.”

⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15.

⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. “Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas”. In: *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas*, ano 2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008, p. 4.

¹⁰ REALE, Miguel, *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

elementos.¹¹ Apenas por questões metodológicas é possível estudar o Direito dando-se ênfase a cada um desses componentes, desde que seja feita a ressalva de que não é aceitável a completa exclusão dos outros, afinal, para o Direito, eles se implicam reciprocamente.¹²

Uma análise sistemática para abarcar o Direito em sua totalidade teria que considerar cada uma dessas dimensões. Sobre o tridimensionalismo, colaciona-se a investigação feita por Marcelo Neves:

O tridimensionalismo jurídico, nas suas diversas vertentes, foi a concepção teórica que veio romper pioneira e definitivamente com os unilateralismos tradicionais. De início, as tendências tridimensionalistas enfatizaram o caráter pluridimensional e assimétrico do sistema jurídico. Em vista principalmente da forte influência do neokantismo no pensamento jurídico, não se constrói um modelo teórico que absorva o fenômeno jurídico em sua síntese dialética concreta, admitindo-se a separabilidade dos três subsistemas jurídicos e daí decorrendo o seccionamento das perspectivas axiológica, sociológica e normativa. Não foi sem motivo, portanto, que Miguel Reale denominou "tridimensionalismo abstrato ou genérico" ao conjunto das teorias que se aperceberam apenas abstratamente da complexidade ontológica do Direito.

Em sentido diverso, surgiram novas correntes dentro do tridimensionalismo, cuja proposta teórica tem por objetivo a superação das deficiências do tridimensionalismo genérico ou abstrato. A estas novas correntes Miguel Reale denominou "tridimensionalismo específico ou concreto", classificando-o em estático e dinâmico. Tal concepção cessa de apreciar fato, valor e norma como elementos separáveis da experiência jurídica e passa a concebê-los, ou como perspectivas (Sauer e Hall) ou como fatores e momentos (Reale e Recaséns) inelimináveis do direito.¹³

Marcelo Neves acrescenta que essa visão foi pioneira por tratar da sistematicidade do Direito em sua integralidade, mas que isso não lhe elide eventuais críticas, “especialmente por não aprofundar a análise da função ideológica do Direito e do seu relacionamento com a infraestrutura da sociedade”. A consideração dessas três dimensões (fato, valor e norma) não levaria à quebra da unidade sistemática do Direito, afinal “não se trata de uma unidade formal, mas de uma unidade dialética, fundada num suceder de ‘harmonia’ e ‘conflitos’ entre as partes, o que é característico de todo sistema cultural.” O autor indica, ainda, que qualquer análise do Direito não pode prescindir dessas três dimensões:

¹¹ Nesse sentido: REALE, Miguel. op. cit., p. 68; MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 18.

¹² MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 18. Compartilhando dessa ideia: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 509-510. Miguel Reale (op. cit., loc. cit) indica que a análise do Direito pode ser feita através de “três perspectivas dominantes: 1) o Direito como *valor* do justo, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano pragmático, pela política do Direito; 2) o Direito como *norma* ordenadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência, e da Filosofia do Direito no plano epistemológico; o Direito como *fato* social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia”. Ressalta, também, que “Esta discriminação assinala, todavia, apenas um predomínio ou prevalência de sentido, e não uma tripartição rígida e hermética dos campos de pesquisa.”

¹³ NEVES, Marcelo, op. cit., pp. 13-14.

Visto que o aspecto fático-social do Direito é condicionado pelas conexões de sentido normativo-jurídica e ideológico-jurídica, a sociologia do Direito não pode desconhecer estas conexões de sentido. Da mesma forma, a axiologia jurídica, para não se transformar numa disciplina estéril, deve considerar o contexto fático-normativo em que surgem e se desenvolvem as ideologias jurídicas. Por seu turno, a abordagem normativa, dado que o ordenamento jurídico é um sistema nomoempírico inserto no mundo da praxis, há de considerar os condicionamentos fático-ideológicos dos atos de produção, interpretação e aplicação jurídicas.¹⁴

Não se discorda em relação a isso. Porém, parte-se da análise do sistema jurídico enfatizando-se a dimensão normativa, pois se acredita que é através dela que devem ser observadas todas as outras em um estudo dogmático do fenômeno jurídico.¹⁵ Um fato que não esteja previsto em uma norma jurídica não é um fato relevante para o Direito, logo não entra no chamado Mundo do Direito. Da mesma maneira, um valor que o Direito não proteja através de uma norma jurídica não lhe é pertinente. Isso não implica a adoção de uma ideia “pura” do Direito, que só enxerga o fenômeno jurídico através de formas vazias de conteúdo. Acredita-se que os valores têm um importante papel na configuração do Direito atual, conforme será apontado no ponto sobre o papel das Constituições. Em verdade, parece-nos que atualmente os valores, tão cultuados pelo jusnaturalismo para averiguar a validade do Direito, estão, em grande medida, presentes nas atuais Constituições e no Direito Internacional, que os veiculam através de normas jurídicas, em especial princípios, tornando-os pressupostos de validade de todas as normas de um determinado sistema jurídico. O positivismo, por outro lado, tem reconhecida sua ideia de segurança jurídica, por meio do fato que esses valores são aqueles postos no sistema, mesmo que de forma implícita e não valores imprecisos e alheios ao próprio Direito posto. A dimensão fática do Direito é uma consequência lógica de sua natureza de instrumento de adaptação social. Um Direito que não corresponde à realidade que regula, permanece como letra morta à espera do momento em que será eliminado.

Partindo dessas premissas, analisar-se-á o sistema jurídico através de uma das suas dimensões, a normativa. Esse corte é possível, pois a realidade que se pretende analisar é a constitucionalidade, ou seja, a compatibilidade ou não de um ato jurídico em decorrência de seu relacionamento com as normas constitucionais. Assim, procurar-se-á visualizar o problema da validade do Direito sob o prisma intra-sistemático, ou seja, segundo a relação entre os seus elementos, as normas, prescindindo-se de um estudo acerca da validade extra-

¹⁴ Ibidem, pp. 14-15.

¹⁵ Nesse sentido: RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 38.

sistemática do Direito, que importaria a consideração sobre a validade do sistema jurídico como um todo, o que comportaria a aferição de sua compatibilidade com valores maiores e/ou com a realidade social, sendo esse, o problema do fundamento do Direito.¹⁶

Feitos esses apontamento, buscar-se-á indicar o que se deve entender por sistema jurídico. Nessa seara, Hans Kelsen aponta que existiriam dois tipos de sistemas de normas.

O primeiro deles seria o sistema normativo estático. Nele, as normas seriam deduzidas de outras mais genéricas. O próprio conteúdo de tais normas seria tão óbvio que não surgiriam questionamentos sobre o fundamento de validade delas. O essencial aqui seria observar se o conteúdo das normas particulares é dedutível da norma fundamental, que seria um postulado básico, ou seja, “a norma mais geral dentre aquelas de cuja validade estamos convencidos”. Constata-se, portanto, que tal sistema está baseado no conteúdo de suas proposições, logo, seria um sistema material.¹⁷

O sistema dinâmico seria a outra espécie. A norma fundamental desse sistema estabeleceria a autoridade competente para a elaboração das normas. “A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades”. Nesse contexto, o fundamento de validade da norma é o fato dela ter sido elaborada pelo sujeito autorizado para tal. Destarte, uma norma é integrante de um sistema de tal natureza, desde que tenha sido elaborada da maneira que, em última palavra, tenha sido determinada pela norma fundamental. Tal sistema seria formal. O autor conclui que essa seria a natureza do ordenamento jurídico.¹⁸

Dentre outros significados de sistema, Norberto Bobbio aponta três principais. Primeiramente, haveria uma grande aproximação entre a ideia de sistema e a de sistema dedutivo. Assim, um ordenamento seria sistema se todas as normas jurídicas dele fossem deduzidas de alguns princípios gerais, tais como os postulados de um sistema científico.¹⁹

Um segundo conceito de sistema teria por base um processo indutivo de conhecimento. Desse modo, partir-se-ia da análise do conteúdo das normas jurídicas isoladas

¹⁶ Nesse sentido, apontando a distinção entre validade intra-sistemática e extra-sistemática do Direito: DULCE, M^a José Fariñas. *El problema de la validez jurídica*. Madri: Civitas, 1991, pp. 26-28.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 163-167.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 163-167.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, pp. 75-81.

para a construção de categorias mais gerais. Dessa forma, uma classificação do Direito seria obtida. Aqui, o escopo do sistema não é a construção de normas particulares através dos princípios gerais, mas a obtenção de conceitos tão amplos que possibilitem a unificação de todo o conjunto. Observa-se, portanto, que o procedimento é inverso ao da primeira concepção de sistema. Apesar de esse método permitir a obtenção de conceitos generalíssimos, ele não tem por objetivo iniciar um processo de dedução a partir deles, apenas organizar a matéria.²⁰

O terceiro sentido de sistema seria, segundo o autor, o mais interessante. Por ele, o ordenamento jurídico “constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis”. Normalmente, a incompatibilidade entre proposições de um mesmo sistema acaba por ruir o próprio sistema. No sistema jurídico, no entanto, a admissão dos critérios que excluem a incompatibilidade de suas normas, possibilita a manutenção do sistema com a consequente exclusão de uma das duas normas conflitantes ou de ambas. Prossegue o autor afirmando que esse tipo de sistema seria algo mais que o sistema dinâmico professado por Kelsen, afinal, não bastaria apenas que a norma fosse derivada da fonte competente, mas que não apresentasse incompatibilidade entre seus elementos.²¹

Paulo de Barros Carvalho aponta uma definição de sistema semelhante a essa última acepção referida por Bobbio, porém mais ampla, afinal, haveria a necessidade da presença de outras características para que o ordenamento fosse considerado um sistema, além da elaboração por sujeito competente e da compatibilidade entre as suas normas, conforme indicado pelo autor italiano. Para o autor brasileiro, o *ordenamento jurídico* seria o conjunto de normas emanadas pelas “fontes de produção do direito” enquanto matéria bruta a ser trabalhada pelo intérprete, que teria a tarefa de comentar tais normas e organizá-las em “escalões hierárquicos”, alcançando, então, um ordenamento sem contradições e ambigüidades, pronto para ser compreendido pelos destinatários. Esse labor intelectual seria indispensável, pois as normas são produzidas em tempos e sob condições diferentes. O produto dessa atividade intelectual seria, portanto, o *sistema jurídico*, que pode ser definido como sendo o *ordenamento jurídico* purificado, ou seja, livre de suas contradições e ambigüidades.²² Conclui-se, portanto, que ordenamento jurídico e sistema jurídico são

²⁰ Ibidem, loc. cit.

²¹ Ibidem, loc. cit.

²² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 139-141.

realidades distintas, afinal aquele seria um amontoado de normas jurídicas postas, muitas vezes, de forma desordenada, enquanto este seria o conjunto dessas normas organizadas e livres das contradições e ambigüidades.²³

Destarte, constata-se que a natureza sistemática do ordenamento jurídico decorre do modo como devem se relacionar seus diversos elementos. Conforme aponta Marcelo Neves²⁴, as diversas opiniões sobre a caracterização de um sistema não impedem a identificação de uma ideia base, que seria a relação entre os seus diversos elementos, de maneira a formar “um todo unitário”.

Ainda sobre a verificação da natureza sistemática do ordenamento jurídico, Tércio Sampaio Ferraz Jr. aponta que “de fato não é preciso ir muito longe para comprová-lo. Basta atentar para as técnicas de interpretação ainda hoje aceitas e usadas pela hermenêutica jurídica, para notar-se a posição de relevo ocupada pela noção de sistema”.²⁵ De fato, a aplicação de uma norma jurídica pressupõe a análise de todas as outras normas correlatas, visando aferir a sua própria existência, validade e eficácia. Por esse motivo, tem razão José Reinaldo de Lima Lopes ao afirmar que:

Interpretação sistemática quer dizer que toda vez que aplica a mais específica das regras jurídicas (imaginemos um artigo de uma portaria do juiz corregedor do foro) o jurista está, na verdade, aplicando todo o ordenamento jurídico: já deverá ter verificado que tal regra procede de autoridade competente, que não contraria regras superiores e assim por diante. **Aplicar uma regra qualquer é sempre aplicar todo o ordenamento.** (grifos ausentes no original).²⁶

Nessa seara, é importante ressaltar que a expressão sistema jurídico retrata duas realidades distintas: o sistema da Ciência do Direito e o sistema do Direito-objeto.²⁷ Apesar da proximidade e do relacionamento, há muita diferença entre essas duas faces do Direito. Não

²³ Apesar de tal diferenciação, observa-se, em geral, a utilização das duas expressões como sinônimas. Por exemplo: NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 9. O autor (op. cit., loc. cit.) não diferencia as duas expressões, consoante aponta a seguinte transcrição de sua obra: “A esfera de juridicidade limitar-se-ia exclusivamente ao ordenamento jurídico, ou seja, ao sistema jurídico positivo.”

²⁴ NEVES, Marcelo, op. cit., pp. 13-14.

²⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, p. 1

²⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e regras*. In, Revista de Informação Legislativa. n. 160. Brasília, Senado Federal, 2003, p. 58. No mesmo sentido: Nesse sentido: NEVES, Marcelo, op. cit., p. 16. Marcelo Neves (op. cit., loc. cit.) afirma que “Na verdade, toda e qualquer norma jurídica só encontra o seu sentido de validez quando interpretada como parte de um todo, o ordenamento jurídico.”

²⁷ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 134.

podendo haver confusão entre os dois sistemas, afinal, cada um tem sua organização lógica e deve receber uma consideração própria e exclusiva.²⁸

De um lado, o Direito positivo é expresso através de uma linguagem que tem por escopo disciplinar o comportamento humano intersubjetivo, ou seja, definir o modo como as pessoas devem se comportar umas em face das outras. Assim, o Direito positivo seria um conjunto de proposições com tal objetivo. A função da linguagem do direito objetivo é determinar como deve ser o comportamento humano, trata-se, portanto, de uma linguagem prescritiva.²⁹

Por outro lado, a Ciência do Direito tem por objeto o estudo acerca das proposições do Direito positivo. Nessa esteira, cabe ao cientista do direito observar, investigar, descrever e interpretar as normas jurídicas com base em uma metodologia adequada. Em virtude da natureza científica dessa atividade, os seus resultados têm natureza descritiva, pois visam difundir conhecimentos e informações sobre o que são as normas jurídicas, qual o seu conteúdo, de que maneira se correlacionam e como condicionam a ação humana.³⁰

Nesse contexto, observa-se que o sistema da Ciência do Direito é um meta-sistema em face do sistema do Direito-objeto (Direito positivo), por essa razão o sistema da Ciência do Direito orienta-se para o sistema do Direito positivo. Não se pode olvidar, ainda, que o sistema da Ciência do Direito integra o sistema do Direito positivo à medida que é uma de suas fontes materiais.³¹

Há, ainda, a divergência em relação à lógica específica correspondente a cada um dos dois sistemas, sendo aplicada à Ciência do Direito a lógica apofântica ou lógica alética e ao Direito positivo a lógica deôntica ou do dever-ser. Essa diferença implica na impossibilidade da adoção das mesmas valências em relação aos dois sistemas. Assim, os enunciados da Ciência do Direito são qualificados através dos valores verdadeiro ou falso, enquanto que as normas jurídicas por meio dos valores válido ou inválido.³²

²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

²⁹ *Ibidem*, p. 2.

³⁰ *Ibidem*, p. 3.

³¹ VILANOVA, Lourival, *op. cit.*, pp. 130-131.

³² CARVALHO, Paulo Barros de, *op. cit.*, pp. 3-4.

2.3 Composição e configuração do sistema jurídico

Ao analisar o ordenamento jurídico como sistema, Tércio Sampaio Ferraz Júnior aponta que o sistema seria uma forma científica de imaginar o ordenamento, que seria um dado social. Tal entendimento teria por escopo captar a relação complexa entre os elementos do sistema, possibilitando “atender às exigências da decidibilidade de conflitos”. Destarte, a ideia de sistema seria assaz importante para a operacionalidade do Direito. Segue o autor afirmando que entre os componentes do sistema existe uma relação recíproca. A regulamentação desse relacionamento seria obtida através das normas estruturais do sistema jurídico.³³

Diante dessa realidade, será estudado, em primeiro lugar, as normas jurídicas e, em seguida, o modo como elas devem se relacionar.

2.3.1 As normas jurídicas: regras e princípios

Todos os atos normativos que fazem parte de um determinado sistema jurídico possuem uma peculiaridade que lhes é comum, apesar da grande diversidade que apresentam em relação a características como sujeito competente para elaboração, procedimento adequado para feitura, matérias que podem ser regulamentadas, força normativa, entre outros aspectos. Essa qualidade, que é essencial para diferenciação entre os atos normativos jurídicos e os demais atos normativos (moral, etiqueta, etc.) ou mesmo os atos não normativos do Direito, é a capacidade de incidência ou eficácia normativa.³⁴ A análise da eficácia normativa será feita nos itens 2.2.1 e 2.2.3.

³³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 177-179.

³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182. Ao explicar os motivos pelos quais um negócio jurídico não pode ser considerado uma norma jurídica, o autor (op. cit., loc. cit.) arremata que “[...] o argumento definitivo para negar o caráter normativo ao negócio jurídico baseia-se no fato de que as normas jurídicas tem na incidência, em consequência da qual ocorre a juridicização do suporte fático por ela previsto e a geração de um fato jurídico, a característica essencial que a diferencia das demais normas comportamentais existentes na sociedade. Negócio jurídico algum — tem ou pode ter o efeito de incidir sobre fatos e criar fato jurídico.”

O termo *norma jurídica* apresenta certa imprecisão em relação ao seu significado, por isso, torna-se indispensável indicar o sentido em que ele será empregado no presente estudo. Inicialmente, serão apontadas algumas opções doutrinárias acerca da utilização dos termos norma, regra e princípio, por último, restará indicar as peculiaridades das regras e dos princípios.

Parte-se para a averiguação sobre o uso das expressões norma, regra e princípio. Para boa parte dos doutrinadores, norma seria o gênero do qual são espécies as regras e os princípios, esse será o posicionamento adotado.³⁵ Alguns outros invertem a ordem e apontam regra como o gênero e norma como a espécie.³⁶ Para certos estudiosos, regras e normas são palavras sinônimas.³⁷ Há quem concorde que o gênero seja a norma, mas acrescenta às suas duas tradicionais espécies, regras e princípios, uma nova espécie: os postulados aplicativos. Antes de serem indicadas as características das regras e dos princípios, tratar-se-á da configuração da norma jurídica.³⁸

A norma jurídica seria uma proposição por meio da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (=suporte fático, pressuposto de incidência,

³⁵ Por exemplo: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 85; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 165; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 35-36. Ressalva-se que Ronald Dworkin (op. cit., loc. cit.) faz a distinção entre duas espécies de princípios: os princípios propriamente ditos e as políticas, conforme assevera a seguinte passagem de seu pensamento: “Acabei de mencionar ‘princípios, políticas e outros tipos de padrões’. Com muita frequência, utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras; eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas. Ainda que o presente argumento nada vá a depender dessa distinção, devo expor como cheguei a ela. Denomino ‘política’ aquele padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

³⁶ Exemplificando: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: 2007, p. 44.

³⁷ Entre outros, podem ser indicados: MELLO, Marcos Bernardes de. “Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas”. In: *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas*, ano 2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008, p. 103; REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66.

³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27. Para o autor (op. cit., loc. cit) os postulados não seriam uma nova espécie de norma desconhecida pelos juristas, mas sim uma nova denominação para algumas normas que tratam da maneira como as regras e os princípios devem ser aplicados. Tais postulados seriam comumente identificados por outros pesquisadores como princípios, por exemplo, o “princípio” da proporcionalidade.

hipótese normativa, etc.), deve lhe ser atribuída uma determinada consequência jurídica (=efeitos jurídicos).³⁹ Consta-se que a norma jurídica está completa desde que haja a descrição de uma situação e a prescrição dos efeitos jurídicos dela decorrentes. Uma eventual norma jurídica que somente descrevesse determinado suporte fático, sem atribuir consequências jurídicas ao fato jurídico dela decorrente, ou que prescrevesse efeitos jurídicos sem relacioná-los a certo fato jurídico, não teria sentido do ponto de vista lógico-jurídico.⁴⁰

Na produção normativa, às vezes uma norma é expressa através de dois ou mais dispositivos normativos, ou o mesmo dispositivo dá origem a duas ou mais normas diferentes. Nesse contexto, a construção elíptica de normas jurídicas permite que o preceito ou o suporte fático previsto por um dispositivo normativo seja complementado, isto é, una-se ao outro elemento que lhe falta (suporte fático ou preceito), para dar origem a uma norma completa. Essas proposições que não descrevem ao mesmo tempo o suporte fático e o respectivo preceito parecem, isoladamente, não ter sentido enquanto normas jurídicas, mas quando são analisadas à luz do ordenamento jurídico, enquanto componentes de um sistema, adquirem sentido em função da relação com outras normas. Essa técnica de produção normativa visa fugir das repetições inúteis, assim as normas são produzidas de maneira que umas pressupõem as outras.⁴¹

Nessa esteira, existem normas jurídicas cujo objetivo é integrar outras normas, por essa razão elas não determinam efeitos jurídicos próprios diretamente, mas tão somente enquanto componentes de outras normas, que delas dependem para ter sentido completo. “Parecidas com essas, as normas *remissivas* não integram outras, mas as fazem integrantes suas, quer dizer: as normas jurídicas remissivas apanham outras normas e as consideram parte de seu conteúdo”. Por último, segue Marcos Bernardes de Mello, “Há, também, normas

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 3. No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20.

⁴⁰ Portanto, a sanção não seria requisito para que uma norma seja considerada jurídica. A norma completa é aquela que prevê uma situação (suporte fático) e lhe imputa consequências jurídicas (preceito). Nos casos em que a sanção específica é inerente ao descumprimento da previsão normativa, por exemplo, em relação às normas penais incriminadoras, verifica-se a existência de duas normas jurídicas completas, uma prevê uma situação fática e lhe atribui certa consequência, por exemplo, é proibido matar alguém, já a segunda norma indica que no caso do descumprimento da primeira deve ser atribuída uma consequência, por exemplo, a pena ao que descumprir o a proibição de matar alguém.

⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., pp. 21-22.

jurídicas que complementam outras, ampliando ou restringindo os efeitos nelas definidos, ou modificando, parcialmente, a situação de fato prevista [...]”⁴².

Esse fenômeno de integração de normas jurídicas ora descrito só tem sentido se colocado enquanto característica do ordenamento jurídico como um todo, portanto, não é necessário que as normas jurídicas que se integram pertençam ao mesmo documento legal, por exemplo, o Código Civil. O que realmente importa é que tais normas façam parte do mesmo ordenamento jurídico, ressalvadas as hipóteses em que é possível a aplicação de normas de outros ordenamentos jurídicos, por exemplo, as previsões da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei nº. 4.657/1942).⁴³

Observa-se, ainda, que nem todas as normas (regras ou princípios) se apresentam de forma expressa no sistema jurídico. Há um significativo número de disposições normativas que são reconhecidas como pertencentes a um determinado sistema, mas que não estão previstas de forma explícita em nenhum documento normativo. Por essa razão, afirma-se que “há mais normas vigentes numa comunidade que aquelas explicitadas nos documentos legislativos que compõem o ordenamento jurídico”.⁴⁴ Acrescenta-se que existe um número expressivo de princípios implícitos nos diversos sistemas jurídicos, inclusive, no brasileiro.

Miguel Reale⁴⁵ acredita que essa característica da norma jurídica, a presença de um suporte fático e um preceito, seria comum às regras e aos princípios. A diferença entre eles residiria no elevado grau de generalidade e/ou abstração que os princípios apresentariam em relação às regras. Ressalta-se que a generalidade e a abstração não são qualidades necessárias da norma jurídica, afinal existem normas que por sua própria natureza são criadas com o objetivo de regular uma situação específica (concreta) e/ou só atingem a esfera jurídica de uma pessoa determinada (individual).

Ronald Dworkin⁴⁶ propugna por uma diferenciação entre princípios e regras baseada em um critério lógico. Ambos apresentariam uma decisão em relação a certas situações fáticas, mas a orientação que cada um daria seria diferente. As regras seriam aplicadas pela lógica do tudo-ou-nada. Ocorrido o fato ou o conjunto fatos previstos abstratamente no

⁴² Ibidem, pp. 23-24.

⁴³ Ibidem, p. 25.

⁴⁴ Ibidem, loc. cit.

⁴⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 39-42.

suporte fático deve ser aplicada a consequência que está prevista no respectivo preceito, apenas na hipótese da norma ser considerada inválida é que a solução por ela prevista não seria aplicável. Já os princípios teriam uma dimensão de peso ou importância segundo a qual deve ser considerada a força relativa de cada um dos princípios, quando houver o entrelaçamento entre dois ou mais deles. Logo, seria plenamente viável que, na solução de um caso concreto, um princípio específico não fosse aplicável, considerando que outro princípio teria maior importância e, mesmo assim, o princípio preterido permaneceria válido e poderia ser aplicado em outras situações.

Para Robert Alexy⁴⁷ são possíveis três posicionamentos diferentes em relação à diferenciação entre regras e princípios. Em primeiro lugar, pode-se sustentar que qualquer tentativa de diferenciar regras e princípios seria inútil em virtude da diversidade existente. Em segundo lugar, há os que afirmam que a diferença seria apenas uma questão de grau. Finalmente, existem os que apontam que a dessemelhança não estaria simplesmente na diferença de grau, mas também na qualidade de cada uma delas. O autor adota essa terceira posição e afirma que a grande divergência qualitativa estaria no fato de que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas”. Assim, os princípios seriam mandamentos de otimização, o que permite que eles sejam realizados de forma diferenciada em decorrência do seu cotejo com a situação fática concreta (possibilidade fática) e com os princípios e regras colidentes. Em relação às regras não existe essa característica, ou certa norma é totalmente realizada ou não.

As visões de Robert Alexy e Ronald Dworkin são as mais difundidas doutrinariamente em relação à caracterização dos princípios. Sem dúvida alguma, esses pensamentos foram importantes pontos de partida para a mudança ocorrida ultimamente em relação ao papel dos princípios no sistema jurídico.

Em que pese a divergência entre os critérios de diferenciação entre os princípios e as regras, todos os autores reconhecem a relativa indeterminação que os princípios apresentam em relação à configuração de sua estrutura normativa (suporte fático e preceito). Além do mais, o que há de relevante para o objetivo deste trabalho é a verificação de que os princípios

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 89-91. A peculiaridade do pensamento de Ronald Dworkin em relação ao de Robert Alexy está no fato de que o último caracteriza os princípios como mandamentos de otimização, por outro lado há muitas semelhanças entre as ideias de ambos. Essa é uma observação do próprio Robert Alexy (op. cit., p. 91, nota de rodapé número 2).

jurídicos são considerados atualmente normas jurídicas por todos os autores apontados e pela quase totalidade dos doutrinadores e tribunais, o que trará consequências importantes em relação aos parâmetros para aferição da constitucionalidade.

2.3.2 As características do sistema jurídico e as respectivas normas de estruturação

O Direito faz uso de certas determinações estruturais para construção do modo como os seus elementos devem se relacionar. Esse regramento é indispensável para o próprio funcionamento do sistema jurídico, afinal sem isso não seria possível apontar aspectos relevantes da organização do Direito como, por exemplo, o que fazer diante do conflito entre normas jurídicas. Nesse momento, cabe apontar que duas são as principais qualidades do sistema normativo cuja manutenção as normas de estruturação visam manter: a unidade ou coesão e a coerência. Feito esse apontamento, procurar-se-á definir cada uma dessas qualidades e quais são as regras de estruturação que lhes dão sustentação.

2.3.2.1 A unidade ou coesão do sistema jurídico

Já ficou demonstrado que o sistema jurídico é composto por uma série indeterminada de componentes. Diante dessa realidade, torna-se indispensável a investigação acerca do modo como identificar que um dado elemento pertence a certo sistema jurídico. Essa tarefa não é tão simples uma vez que o Direito é produzido através de uma pluralidade de fontes jurídicas diferentes.⁴⁸

Para estruturar o sistema jurídico e até mesmo permitir a sua existência e permanência, verifica-se a necessidade da presença de uma regra estrutural que possibilite o relacionamento de todos os seus elementos. Assim, havendo a definição de um componente único do qual todos os outros devem retirar seu fundamento de validade, torna-se possível aferir quais são os integrantes do sistema jurídico, ficando patente que aquele elemento que não corresponder àquilo que impõe essa norma estrutural maior do sistema deve dele ser

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. Ed. Brasília: UNB, 1999, p. 32.

eliminado. Em resumo, essa qualidade do sistema jurídico através da qual todos os seus elementos retiraram fundamento de validade da mesma fonte é designada unidade ou coesão.⁴⁹ O conceito de validade no Direito será tratado de forma mais detalhada no próximo capítulo, mas é possível antecipar, em apertadíssima síntese, que a validade, no sentido ora utilizado, diz respeito à compatibilidade do objeto analisado com as determinações jurídicas vigentes.

Essa unidade do Direito não é de natureza material, afinal não há uma homogeneidade em relação ao conteúdo das normas jurídicas, que podem trazer dados geográficos, fenômenos biológicos ou psicológicos, entre outros. Na verdade, a unidade é formal, pois diz respeito ao modo como deve ocorrer a relação entre os diferentes componentes do sistema jurídico. Destarte, “o que interliga proposições normativas tão variadas em conteúdo é o fundamento-de-validade que cada uma tem no todo”.⁵⁰

Ressalva-se que, apesar desse ser o sentido mais comum, há quem atribua uma conotação diversa à expressão “unidade do sistema jurídico”. Claus-Wilhelm Canaris, por exemplo, considera que a unidade é uma qualidade essencial do sistema jurídico, mas lhe aponta uma acepção diversa da ora exposta. Para o autor, a unidade do sistema jurídico estaria diretamente relacionada à concretização do princípio da igualdade. Nessa esteira, haveria dois sentidos para a unidade: o sentido negativo, que determinaria a intolerância do sistema jurídico em relação à contradição entre seus elementos; e o sentido positivo, segundo o qual o sistema jurídico deve buscar superar os inúmeros aspectos eventualmente importantes para a solução de um caso concreto, em prol da realização de poucos princípios, abstratos e gerais, tudo isso para efetivar uma justiça generalizadora, que não se dissipa em uma pluralidade de valores desconexos.⁵¹

Isto posto, surge a indagação sobre qual seria essa norma estrutural que permitiria que um dado sistema jurídico alcançasse a sua unidade? Existem algumas respostas diferentes

⁴⁹ A expressão unidade é a mais utilizada, por exemplo: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. Ed. Brasília: UNB, 1999, p. 38; KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 228; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.10. A palavra coesão, também, é utilizada com o mesmo sentido, exemplificando: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 187.

⁵⁰ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

⁵¹ CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit., pp. 18-21.

para tal questionamento, mas vamos nos ater ao que disseram Hans Kelsen e Hebert L. A. Hart em relação ao assunto.

Para Hans Kelsen, o sistema jurídico encontra sua unidade em virtude da existência de uma norma jurídica fundamental, que seria o fundamento de validade de todos os elementos do sistema jurídico. O autor observa que, em uma ordem jurídica, seus diferentes elementos devem ser produzidos em conformidade com o que determina uma norma fundamental *pressuposta* no tocante à forma como deve ocorrer a sua feitura. O conteúdo do ato seria, em regra, irrelevante para o Direito, afinal “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”.⁵² Assim, a norma jurídica fundamental é pressuposto essencial para que qualquer elemento seja considerado como parte de um sistema jurídico vigente. Essa norma fundamental, normalmente, seria a Constituição. Para o autor, haveria dois sentidos normativos diferentes para Constituição: o jurídico-positivo e o lógico-jurídico. A Constituição jurídico-positiva seria o documento normativo positivo maior de uma comunidade, essa norma pode ser produzida de diversas maneiras diferentes (outorgada ou promulgada), seu objeto seria definir o modo como o Direito deve ser produzido e, em certa medida, o seu próprio conteúdo.⁵³ Exemplificando com a realidade brasileira, nossa Constituição jurídico-positiva atual seria a Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, a Constituição lógico-jurídica seria um pressuposto transcendental de todo o sistema jurídico, inclusive, da própria Constituição jurídico-positiva. Essa norma seria um pressuposto, pois não teria existência material, ou seja, não seria uma norma positiva. Na verdade, a norma fundamental pressuposta seria um requisito lógico para a existência de um sistema jurídico. Ela pode ser alcançada após um processo de investigação do fundamento de validade dos elementos de um determinado sistema jurídico, nesse contexto, uma lei seria válida por ter sido produzida em conformidade com o que determina a Constituição positiva vigente, que foi criada de acordo com o processo previsto sob a égide da Constituição positiva pretérita, que, por sua vez... Esse procedimento de investigação termina ao ser alcançada a primeira Constituição positiva histórica da comunidade, diante da qual ficaria o questionamento acerca de seu fundamento validade sem uma resposta satisfatória, assim, o autor argumenta que esse fundamento seria a norma jurídica fundamental pressuposta que

⁵² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 221. Importante ressaltar que, em outra parte de sua obra, o autor esclarece que a norma fundamental positiva (em regra a Constituição), também, pode determinar não apenas a forma de produção (quem tem competência e como essa deve ser exercida), mas o próprio conteúdo dos demais elementos do sistema jurídico.

⁵³ *Ibidem*, pp. 221-228.

teria, basicamente, o seguinte conteúdo: “[...] devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas em conformidade com ela.”⁵⁴ Em resumo, a norma fundamental pressuposta seria a convicção dos destinatários da primeira Constituição jurídico-positiva de que ela tem de ser obedecida.

Já Herbert L. A. Hart tem uma ideia diferente acerca do fundamento de validade dos elementos de um sistema jurídico. Para o autor, esse fundamento de validade não seria a norma jurídica fundamental pressuposta, mas sim a *regra de reconhecimento*. Diante do fato do Direito possuir uma série de fontes diferentes para a produção dos seus elementos, torna-se indispensável a existência de um elemento mais importante a partir do qual todos os outros possam ser identificados como pertencentes a certo sistema jurídico. Essa regra de reconhecimento não precisa, necessariamente, ser escrita, pode acontecer de sua existência só ser percebida através do modo como os tribunais ou outros agentes estatais identificam o que seja jurídico ou não. Não obstante, uma Constituição escrita pode muito bem ser considerada a regra de reconhecimento de um sistema jurídico. A regra de reconhecimento, do mesmo modo que uma lei ordinária, determina critérios para a verificação da validade dos elementos do sistema jurídico que lhe são subordinados, entretanto, por não estar subordinada a nenhum outro elemento, não há regra que estabeleça balizas para a aferição de sua própria validade jurídica, daí o porquê dela ser considerada a regra última de um sistema jurídico.⁵⁵

Vale ressaltar que as ideias defendidas por Hart partem da análise do modelo de sistema jurídico em que ele está inserido, o *common law*, por essa razão deve haver o cuidado de analisar os limites das transposição de seu pensamento para o nosso modelo de sistema pautado pelo *civil law*. Nesse contexto, observa-se que a definição e o conteúdo da regra de reconhecimento parte de uma análise de fatos repetidos reiteradas vezes e considerados como obrigatórios (costumes). Não obstante, o autor reconhece a possibilidade de uma Constituição escrita exercer o papel dessa regra de reconhecimento, o que torna possível aplicar essa parte de seu pensamento a um sistema jurídico como o brasileiro.

Vistas essas duas concepções, constata-se que, apesar da diferença que apresentam em relação à forma da norma que dota o sistema de unidade, sendo um pressuposto para Hans Kelsen e uma realidade palpável para Herbert L. A. Hart, haveria um ponto de encontro em suas ideias: a identificação da possibilidade da Constituição positiva (Constituição jurídico-

⁵⁴ Ibidem, loc. cit.

⁵⁵ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mende. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 110-134.

positiva para Hans Kelsen) ser essa norma estrutural da qual todas as outras devem retirar seu fundamento de validade. Destarte, em sendo a Constituição a norma última de certo sistema jurídico, o respeito a suas determinações, tanto em relação à forma como devem ser produzidos seus elementos (sujeito competente e procedimento), quanto no tocante ao próprio conteúdo deles, torna-se um requisito essencial para manutenção da unidade do ordenamento jurídico. Um elemento do sistema jurídico que contrarie o que determina a respectiva Constituição estaria pondo em xeque a unidade do próprio sistema. A constitucionalidade, portanto, é uma realidade diretamente relacionada com a unidade do sistema jurídico.

Considerando as duas realidades distintas referidas pela expressão sistema jurídico (item 1.2), observa-se que a ideia de unidade é aplicada em face tanto do sistema da Ciência do Direito quanto do sistema do Direito positivo. Sobre o tema, Lourival Vilanova aponta que:

E o princípio de unidade no sistema do Direito positivo é homólogo ao princípio de unidade no conhecimento jurídico-dogmático. No sistema do Direito positivo, será a Constituição (material ou formal), ou uma proposição situada em nível do Direito internacional (a que distribui as competências estatais): nos dois casos, uma proposição de Direito positivo, nacional ou de Direito das gentes. Ou se toma a tese da proposição básica como postulado (a norma fundamental kelseniana). Neste caso, o que dá unidade à pluralidade de proposições normativas vigentes é a proposição situada em nível de metalinguagem ou de metassistema. A norma fundamental, como condição da possibilidade do conhecimento dogmático do Direito (sua função gnoseológica) é, sintaticamente, proposição situada fora do sistema de Direito positivo. Quando Kelsen diz, repetidamente, que não é norma posta (estatuída por uma autoridade ou pelo costume), mas pressuposta, podemos traduzir isso em termos de Lógica moderna: a norma fundamental é uma proposição de metalinguagem; não está ao lado das outras proposições do Direito positivo, não proveio de nenhuma fonte técnica; carece de conteúdo concreto e, relativamente à matéria das normas positivas, é forma condicionante delas (forma cognoscente, hipótese epistemológica). O sistema da ciência jurídica tem na norma fundamental a condição de conhecimento do objeto (o Direito positivo).

Mas, se a norma fundamental é a proposição que confere unidade ao sistema-objeto (ela é a origem lógica, o *logische Anfangspunkt*, starting-point do desenvolvimento do Direito; sociologicamente, são os fatos que determinam ou suprimem as normas), de certo modo, essa unidade do objeto se comunica à ciência.⁵⁶

Essa transcrição do pensamento de Lourival Vilanova permite a constatação de aspectos relevantes da unidade do Direito. Em primeiro lugar, observa-se que a norma jurídica fundamental seria o elemento que possibilitaria a unidade da Ciência do Direito e do Direito objeto. Em segundo lugar, verifica-se que essa norma básica estaria localizada fora dos

⁵⁶ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, pp. 137-138.

quadros do Direito objeto, estando presente no sistema da Ciência do Direito como condicionador do conhecimento do Direito objeto.⁵⁷

A teoria da construção escalonada do sistema jurídico, que foi elaborada por Adolf Merkel e continuada por Hans Kelsen, demonstra o funcionamento do sistema jurídico no tocante à unidade que deve haver no relacionamento de seus diversos componentes.

Segundo essa teoria, o Direito tem a peculiaridade de definir o modo como deve ocorrer a sua criação. Assim, uma norma superior indica, principalmente, o processo através do qual as normas que lhe são subordinadas devem ser produzidas. Nada impede que a norma superior determine, também, o conteúdo dos elementos do sistema jurídico inferiores a ela. Nesse contexto, um dado componente do sistema jurídico só pode pertencer de maneira adequada a ele, caso retire o fundamento dessa pertinência de outro elemento do mesmo sistema. Por haver essa relação de subordinação, define-se que a norma que regula a produção é a norma superior, enquanto a norma produzida de acordo com as determinações daquela será a inferior. Em termos de Direito positivo, em regra, a norma que possui maior grau de importância e hierarquia é a Constituição. A verdadeira essência da Constituição seria, inclusive, a definição do modo como devem ser produzidos os demais elementos do sistema jurídico, o que não impede que ela regule “outros assuntos politicamente relevantes”.⁵⁸ A Constituição referida no presente item é aquela definida por Hans Kelsen como jurídico-positiva.

Ressalva-se que nem todas as Constituições possuem a mesma força normativa. Algumas Constituições podem sofrer um processo de revisão através da edição de uma lei ordinária com ela conflitante. Por outro lado, boa parte das Constituições determina que seu conteúdo só possa ser modificado por meio de instrumentos cuja aprovação é mais complexa que aqueles necessários para a edição da lei comum. As Constituições do primeiro tipo são designadas flexíveis, enquanto as da segunda espécie recebem a qualificação de rígidas.

⁵⁷ No mesmo sentido: DULCE, Maria José Fariñas. *El problema de la validez jurídica*. Madri: Civitas, 1991, p. 63. A autora (op. cit., loc. cit.) afirma que “A primeira informação que ressalta na Teoria Pura do Direito é que a Norma Fundamental, por ser a razão ou fundamento de validade de determinado ordenamento jurídico, não poder ser uma norma que faça parte do sistema jurídico, ou seja, não pode ser uma norma positiva, uma norma posta, pois tem de ser uma norma pressuposta. Assim, trata-se de uma norma pressuposta ou pensada pela doutrina jurídica, não podendo sua validade ser questionada. Na verdade, seria uma pressuposição que a ciência jurídica deve realizar para que seja possível considerar uma ordem coativa como objetivamente validade, isto é, como obrigatória.”

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 246-237.

Mesmo em um sistema jurídico que adota uma Constituição flexível, pode haver a possibilidade da ocorrência da inconstitucionalidade, ainda que apenas formal. Para tanto, torna-se indispensável que a Constituição flexível determine não apenas os sujeitos competentes para a produção normativa, mas também os requisitos formais para sua elaboração. Diante dessa realidade, a Constituição flexível estaria em uma posição de relativa superioridade em relação ao resto do sistema jurídico, pois os critérios formais por ela previstos para a edição de certo ato jurídico devem ser respeitados, sob pena da invalidade do ato que lhe contrarie.⁵⁹⁻⁶⁰

Algumas Constituições estabelecem que parte de suas disposições pode ser alterada por lei ordinária (parte flexível), enquanto o restante apenas pode sofrer alguma modificação em virtude de instrumentos específicos (parte rígida), essa espécie é designada semiflexível ou semirrígida. Há, por fim, Constituições que não admitem nenhum processo para sua alteração, sendo esse tipo uma recordação histórica, afinal não existe, atualmente, nenhum exemplo desse modelo que recebe o nome de Constituição imutável.⁶¹

Essa temática sobre a rigidez constitucional diz respeito ao problema da supremacia constitucional, que é a qualidade da Constituição que está acima dos demais elementos do sistema jurídico, servindo-lhes como fundamento de validade à medida que lhes determina os

⁵⁹ Nesse sentido: SEREJO, Paulo. “Conceito de inconstitucionalidade”. In: *Revista Jurídica Virtual da Presidência*, vol. 2, n. 19, Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/Revista19.htm>. Acesso em: 10 set. 2010; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 86-109. Marcelo Neves (op. cit., pp. 86-88) aponta que “A Constituição em sentido material estrito compõe-se das normas positivas reguladoras do processo de produção de normas jurídicas gerais, particularmente do processo legislativo. Positivadas pelo processo constituinte as normas que a integram, passa a subordinar-se-lhes o procedimento de produção legislativa. Esta situação estende-se às leis destinadas à reforma do processo legislativo: para modificá-lo, elas devem observá-lo. Isto significa que a Constituição em sentido material estrito atua necessariamente como metalinguagem prescritiva em relação às leis (linguagem-objeto) nela abstratamente previstas, sob o prisma formal. Portanto, enquanto prescreve ou prevê o processo produtivo das leis, é-lhes normativo-juridicamente superior, por ser-lhes fundamento formal de validade; ainda quando esteja formalmente no mesmo plano das leis ordinárias é-lhes, pelo próprio conteúdo, normativo-juridicamente superior. Do exposto, infere-se que não só nos sistemas de Constituição rígida apresenta-se o problema da inconstitucionalidade das leis, havendo também a possibilidade da inconstitucionalidade formal das leis nos sistemas de Constituição flexível.”

⁶⁰ Em sentido contrário: Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 374-375. O autor (op. cit., loc. cit) aponta que “Regulamentar o conteúdo de legislação futura por meio da constituição é uma técnica jurídica significativa apenas se as modificações na constituição tiverem de ocorrer em conformidade com um processo especial, diferente da rotina ordinária de legislação. Apenas então, um estatuto que não se conforma à constituição é ‘inconstitucional’, apenas então, a sua ‘inconstitucionalidade’ pode ter quaisquer conseqüências jurídicas. Se a constituição puder ser modificada do mesmo modo que um estatuto ordinário, então qualquer estatuto ‘inconstitucional’ significa, na realidade, uma modificação na constituição, pelo menos para a esfera de validade desse estatuto. Então, um conflito entre um estatuto e a constituição tem o caráter de um conflito entre um novo e um velho estatuto. Trata-se de um conflito que precisa ser resolvido segundo o princípio de *lex posterior derogat priori*.”

⁶¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Salvador: Jus Podium, 2009, pp. 118-121.

sujeitos competentes para sua elaboração e o seu procedimento de feitura (validade formal), além de lhes impor limitações quanto ao seu conteúdo (validade material).

Alessandro Pace afirma que rigidez e supremacia constitucional são as duas faces da mesma moeda, pois o motivo da superioridade da Constituição em relação aos atos jurídicos e normativos de determinado sistema jurídico seria o mesmo de sua rigidez em face do legislador.⁶² De fato, há a identificação dessas duas características, afinal a Constituição rígida está acima de todos os componentes do sistema jurídico (supremacia constitucional), o que inclui as leis ordinárias (rigidez constitucional), que não podem contrariá-la sob pena de sua invalidade.

A identificação se uma determinada Constituição possui ou não supremacia constitucional depende da configuração do respectivo sistema jurídico. Vários são os antecedentes históricos da ideia de supremacia constitucional, mas o aparecimento expresso dessa qualidade como disposição normativa ocorreu pela primeira vez no art. VI, cláusula 2, da Constituição dos Estados Unidos da América de 1776.⁶³

Pontes de Miranda, também, reconhece que a técnica de defesa da Constituição através da determinação jurídica de sua rigidez surgiu, modernamente, nos Estados Unidos. Assim, ficou definido pelo Direito que a Constituição não pode ser alterada através da legislação ordinária. Não obstante, o autor aponta que haveria outro tipo de rigidez constitucional não técnico-jurídica, mas psicológica ou ideológica, que estaria lastreada na cultura e nas convicções vigentes em determinada sociedade, sendo exemplo o caso da Grã-Bretanha.⁶⁴

Ressalva-se que não é preciso que a definição da supremacia constitucional seja indicada em uma norma expressa da Constituição, basta que seja possível deduzi-la do modo como a Constituição configura o seu relacionamento com o restante do sistema jurídico. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, não traz nenhuma disposição normativa expressa sobre sua supremacia, mas indica claramente que está em um patamar de superioridade em função de todos os demais integrantes do sistema jurídico brasileiro. Para

⁶² PACE, Alessandro. *La causa dela rigità costituzionale*. Padova: CEDAM, 1996, pp. 76-77.

⁶³ Nesse sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. *A inconstitucionalidade de leis e atos normativos por fraude à constituição*. (no prelo), p. 17; GHIGLIAN, Alejandro E. *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1952, p. 4.

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*, t. I. São Paulo: Borsoi, 1970, p. 410.

tanto, nossa Constituição estabelece requisitos formais e materiais para a feitura dos demais atos normativos, por exemplo, o art. 60, §4º, que impõe limites materiais ao exercício do poder constituinte derivado reformador; e a previsão do controle de constitucionalidade, que é um instrumento para garantir a supremacia constitucional.⁶⁵

Destarte, observa-se que a própria Constituição estabelece o modo como vai ser o seu relacionamento com os demais elementos do sistema jurídico. Quando a Constituição possui rigidez constitucional, ou seja, exige um procedimento mais complexo para sua alteração que a simples elaboração de uma lei ordinária, haverá uma maior importância a discussão acerca das consequências jurídicas do conflito entre a Constituição e uma lei ordinária. Considerando um modelo de sistema jurídico como o brasileiro, onde a Constituição é rígida e uma lei ordinária não pode contrariá-la, sob pena de ser eivada de invalidade, procurar-se-á colocar o problema da validade dos atos jurídicos, especialmente, no tocante à constitucionalidade deles no capítulo 2.

2.3.2.2 A coerência do sistema jurídico

A coerência⁶⁶ do sistema jurídico reside no fato de que nele não são admitidos conflitos entre os seus diferentes elementos. A presença dessa qualidade é observada de maneira diversa a depender do sistema de referência: da Ciência do Direito ou o do Direito positivo.

No sistema da Ciência do Direito, constata-se a necessidade da coerência, ou seja, da ausência de contradições entre os enunciados científicos. Nessa seara, não teria o caráter científico um conhecimento que abrigasse em seus quadros tanto uma proposição quanto a sua contraditória, afinal essa realidade iria de encontro ao valor verdade, que é o critério para a

⁶⁵ Sobre a direta relação entre supremacia constitucional e controle de constitucionalidade: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84. O autor (op. cit., loc. cit.) afirma que “Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional reside no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.”

⁶⁶ Embora a palavra coerência seja a mais utilizada para descrever essa realidade, há autores que usam a expressão consistência com esse mesmo significado. Nesse sentido: VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 147; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 8.

aferição dos enunciados científicos. Assim, a incoerência impediria formalmente (logicamente) a obtenção da verdade sobre os objetos de conhecimento, o que ilidiria a cientificidade desse saber. Por essa razão, “qualquer que seja o conteúdo de uma proposição descritiva do Direito positivo, ela e sua recíproca contraditória, dentro de um só sistema científico, destroem a estrutura formal de sistema, confirmando-se a impossibilidade da conjunção de enunciados contraditórios”.⁶⁷

Por outro lado, no sistema do Direito positivo, a presença de contradições é uma realidade constante. Esse conflito entre os elementos do sistema jurídico é designado antinomia. Observam-se conflitos entre normas do mesmo nível hierárquico, entre normas de diferentes níveis, entre normas mais novas e mais velhas, normas gerais e especiais, entre outros exemplos. Se esse sistema fosse científico, a aplicação necessária do princípio da não contradição implicaria na desconsideração de sua natureza sistemática ante a existência de tantas contradições entre seus elementos, mas não é esse o caso, afinal o sistema do Direito positivo é prescritivo e não científico.⁶⁸

A impossibilidade da construção de um ordenamento jurídico sem contradições é um fato indiscutível.⁶⁹ A própria atuação humana é um dos fatores dessa realidade, pois ela nunca estará livre de incorrer em falhas, por mais dedicada que possa ser. Muitas vezes não há uma incompatibilidade entre disposições normativas até que sobrevenha uma nova interpretação acerca de alguma delas. Não se pode olvidar que toda interpretação de um conceito jurídico tem seu campo de atuação, mas não existe uma significação isolada, sempre haverá uma relação de significado entre as normas, cada qual influenciando na maneira como as outras são

⁶⁷ VILANOVA, Lourival, op. cit., pp. 148-149. No mesmo sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11. Paulo de Barros Carvalho (op. cit., loc. cit.) afirma que “Toda ciência requer a observância estrita da lei lógica da não-contradição, de modo que a permanência de dois enunciados contraditórios — A é B e A não é B — destrói a consistência interior do conjunto, esfalecendo o sistema. Logo, no plano científico, não devemos encontrar contradição entre as múltiplas proposições descritivas, a despeito de tais enunciados relatarem normas jurídicas algumas vezes antagônicas.”

⁶⁸ VILANOVA, Lourival, op. cit., p. 156. No mesmo sentido: CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 11. Paulo de Barros Carvalho (op. cit., loc. cit.) aponta que “O exame concreto dos vários sistemas de direito positivo chama a atenção para a existência de lacunas e contradições entre as unidades do conjunto. É bem verdade que os sistemas costumam trazer a estipulação de critérios com o fim de eliminar tais deficiências, no instante da aplicação da norma jurídica. Todavia, em face de dois preceitos contraditórios, ainda que o aplicador escolha uma das alternativas, com base na primazia da hierárquica (norma constitucional ou infraconstitucional) ou na preferência cronológica (leis posterior revoga a anterior), remanesce a contradição, que somente cessará de haver, quando uma das duas regras tiver sua validade cortada por outra norma editada por fonte legítima do ordenamento.”

⁶⁹ VILANOVA, Lourival, op. cit., p. XXXV.

interpretadas.⁷⁰ Assim, a coerência é um ideal buscado pelo sistema do Direito positivo, mas não é uma característica essencial dele. Não obstante, verifica-se a necessidade da construção de mecanismos para a solução desses conflitos normativos por conta da operacionalidade do próprio Direito positivo.

Em face da necessidade da eliminação dessas contradições, é necessário que o sistema jurídico seja dotado de normas estruturais que definam uma solução para o conflito entre os seus elementos. Os critérios estruturais tradicionais são o da prevalência da norma de grau mais elevado sobre a de menor, o da sucessão temporal (hipótese na qual a norma posterior revoga a anterior com ela incompatível) e o da norma especial que prevalece em face de uma geral. Ressalta-se que não há impedimento para que esses critérios de estruturação do sistema sejam positivados.⁷¹ No sistema brasileiro, por exemplo, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei nº. 4.657/1942) dispõe expressamente acerca do critério temporal (§1º, do art. 2º) e o da especialidade (§2º, do art. 2º) para solução das antinomias.

Essa correlação entre as normas do sistema jurídico, seja integrando, remetendo, ampliando, restringindo ou modificando umas as outras, aponta que as normas não existem isoladas, sem conexão entre si. Pelo contrário, há um encadeamento que constitui a própria unidade do sistema.⁷²

Normalmente, a incompatibilidade entre proposições de um mesmo sistema acaba por fazer ruir o próprio sistema. No sistema jurídico, no entanto, a admissão dos critérios que permitem ao intérprete eliminar a incompatibilidade de suas normas possibilita a manutenção do sistema com a consequente exclusão de uma das duas normas conflitantes ou de ambas.⁷³ Portanto, a incompatibilidade interna do sistema jurídico não acarreta a sua inexistência como tal, afinal essa reside na validade e na sua eficácia global em função da realidade que juridicamente qualifica. Ressalta-se, ainda, que as normas contraditórias nunca poderão ser aplicadas simultaneamente.⁷⁴

⁷⁰ Ibidem, p. 188.

⁷¹ Ibidem, p. 181.

⁷² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.

⁷³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 80.

⁷⁴ VILANOVA, Lourival, op. cit., p. 193.

Nesse contexto, faz-se necessário apontar instrumentos para a solução das antinomias ou conflitos. Duas ou mais normas podem contradizer-se sem que haja uma antinomia, apesar de toda antinomia dizer respeito a uma contradição, nem sempre uma contradição será antinomia. Além da contradição são necessários outros fatores. Destarte, antinomia é a oposição (contradição) entre normas emanadas do sujeito competente no mesmo sistema jurídico, que coloquem o receptor numa posição paradoxal de não saber como agir, afinal não há uma solução possível através dos critérios postos pela ordem vigente. Essa seria a chamada antinomia real, que se opõe à aparente. Na antinomia aparente, não há verdadeiramente um conflito entre normas, afinal os critérios estruturais, positivados ou não, conseguem determinar satisfatoriamente qual das normas prevalecerá, eliminando-se, assim, a contradição.⁷⁵

O caso específico de antinomia que se pretende estudar é aquele que envolve a incompatibilidade entre atos jurídicos e normas constitucionais, situação resolvida normalmente pela aplicação princípio da hierarquia. Esse critério é um instrumento utilizado nos sistemas jurídicos em que a Constituição está no ápice do sistema jurídico, sendo o fundamento de validade dos outros componentes, conforme já apontado no final do item anterior.

Vale ressaltar que é possível considerar que há um conflito normativo (ou antinomia jurídica) entre uma norma constitucional e, por exemplo, uma norma legal, por conta da aceitação de que existência e validade são qualidades distintas para o Direito.⁷⁶ Por outro lado, para Hans Kelsen⁷⁷ não seria um conflito normativo a contrariedade de uma lei ordinária aos ditames constitucionais, afinal essa contradição implicaria na invalidade da lei, o que,

⁷⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 209-212. No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil interpretada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 72. A autora (op. cit., loc. cit.) esclarece que “A antinomia aparente se dará se os critérios para solucioná-la forem normas integrantes do ordenamento jurídico. Realmente, os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade são critérios normativos, princípios jurídico-positivos pressupostos implícita ou explicitamente pela lei, apesar de se aproximarem muito das presunções. Sendo solucionado o conflito normativo na subsunção daqueles critérios, ter-se-á uma simples antinomia aparente.”

⁷⁶ Maria Helena Diniz, também, considera que é um caso de antinomia jurídica o conflito entre a Constituição e a lei. *Conflito de normas*. 3. ed. São Paulo; Saraiva, 1998, p. 34.

⁷⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 233. O autor (op. cit., loc. cit) expõe que “‘A ‘inconstitucionalidade’ ou ‘ilegalidade’ de uma norma que, por um motivo ou outro, tem de ser pressuposta como válida significa, assim, ou a possibilidade de esta ser anulada (do modo ordinário, se for uma decisão judicial, de outro modo, que não o ordinário, se for um estatuto), ou a possibilidade de ser nula. **Sua nulidade significa a negação da sua existência pela cognição jurídica. Não pode ocorrer qualquer contradição entre duas normas de diferentes níveis da ordem jurídica.** A unidade da ordem jurídica nunca pode ser ameaçada por qualquer contradição entre uma norma superior e uma inferior na hierarquia do Direito.” (grifos ausentes no original).

segundo o pensamento do autor, acarretaria na inexistência jurídica do ato inconstitucional, logo não poderia haver conflito entre algo juridicamente inexistente (lei inválida) e algo juridicamente existente (a Constituição). Essa discussão acerca da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos será retomada ao longo do presente trabalho.

2.3.3 O papel da Constituição no sistema jurídico

Hodiernamente, observa-se a existência de um debate ainda não consolidado, mas bastante produtivo, acerca do papel da Constituição nos quadros do Direito. De fato, há um grande esforço visando alcançar uma explicação capaz de abarcar a dinâmica jurídica do Estado constitucional contemporâneo. Não obstante, verifica-se a existência de diferentes abordagens sobre o tema. Convencionou-se rotular de neoconstitucionalismo essa visão acerca da insuficiência dos modelos doutrinários tradicionais para a compreensão da dinâmica jurídica hodierna, mas não é um exagero falar em neoconstitucionalismos, diante das divergências entre os estudiosos do tema.⁷⁸

Não se pode perder de vista que há muito tempo o conhecimento jurídico aponta a importância da Constituição e do reconhecimento de alguns de seus predicados essenciais. A ideia de supremacia constitucional, por exemplo, foi reconhecida expressamente ainda no séc. XVIII, conforme já foi retratado no item 1.3.2. Em verdade, a novidade reside na consideração conjunta dessas peculiaridades da Constituição em face do resto do sistema jurídico, mesmo que muitas dessas ideias já tivessem sido reconhecidas de forma mais restrita anteriormente.⁷⁹

Nesse contexto, procurar-se-á apontar aqueles atributos constitucionais sobre os quais há um maior consenso, o que possibilitará a observação da complexidade atual na definição do conteúdo da Constituição e do seu próprio papel como centro de todo o sistema jurídico. A

⁷⁸ MAIA, Antonio Cavalcanti. “Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo”. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 147.

⁷⁹ Nesse sentido: CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo em labirinto”. In: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 11.

visualização, mesmo que apenas dos contornos desse problema, será útil para o estudo da dificuldade da definição da eficácia do ato jurídico inconstitucional.

A concepção predominante acerca do Direito Constitucional e da própria Constituição impõe o reconhecimento de três premissas metodológico-formais. Em primeiro lugar, a Constituição é dotada de normatividade, portanto suas disposições são imperativas como qualquer norma jurídica. Em segundo lugar, as normas constitucionais são superiores às demais nos sistemas jurídicos em que há a supremacia constitucional. Finalmente, todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado e compreendido em função do que dispõe a Constituição. Do ponto de vista material, as Constituições contemporâneas, normalmente, trazem expressamente normas explicitadoras de valores, em especial os relacionados à dignidade humana e aos direitos fundamentais, além de apontarem opções políticas.⁸⁰

Isso ilustra que cada vez mais os valores elencados como fundamentos para estruturação do ordenamento jurídico estão positivados. Normalmente, esses valores são veiculados através de princípios, até pela própria estrutura deles. Considerando a função que as Constituições têm tomado de conformadoras de todo o ordenamento jurídico, os valores nelas definidos implicam em uma nova forma de visualização de todo o sistema.

O que ocorre na atualidade é a mudança do paradigma do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, desse modo, a lei e o princípio da legalidade perdem espaço em face da chegada ao centro do sistema jurídico da Constituição e do princípio da constitucionalidade, sendo a Constituição uma norma jurídica dotada de força vinculante e portadora de uma forte carga valorativa. A própria legalidade passa a ser subordinada à Constituição, ficando a validade de todos os elementos do sistema jurídico na dependência de sua conformação formal e material com a Lei Maior. O próprio conteúdo da Constituição foi ampliado de maneira que, atualmente, todos os setores da vida política e social são disciplinados por ela.⁸¹

Pode-se afirmar que o constitucionalismo atual consegue superar o legalismo estrito do positivismo normativista, sem necessitar fazer uso do jusnaturalismo. A essência da ideia

⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas". In: *Revista Diálogo Jurídico*, n.15, Salvador, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_pdf>. Acesso em: 10 ago. 2010.

⁸¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 164.

predominante reside no importante papel desempenhado pelos valores, no reconhecimento da normatividade dos princípios e na relevância dos direitos fundamentais. Tudo isso trouxe de volta a discussão ética para o Direito. Constatamos que essa visão acerca da Constituição, no Brasil, decorre da mudança de paradigmas ocorrida no Direito Constitucional brasileiro, cuja ocorrência coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização. Entre as mudanças, podem ser elencadas a força normativa da Constituição, o que fundamentou a busca pela efetividade de suas normas, e uma nova hermenêutica constitucional, que, por meio da utilização de métodos próprios da interpretação da Constituição, permitiu a condução do Direito Constitucional ao centro de nosso sistema jurídico, onde determina o sentido de todos os outros elementos do sistema jurídico através de seus próprios institutos, o que se convencionou denominar *filtragem constitucional*.⁸²

Essa expansão da influência do Direito Constitucional alcança, inclusive, ramos do Direito Privado. Já no final do século passado, o Código Civil perdia espaço como conformador principal do Direito Privado em face da crescente atuação da Constituição. A Constituição brasileira vigente, por exemplo, trata de assuntos tradicionalmente atrelados ao Código Civil, tais como a disciplina da família, da criança, do adolescente e do idoso, da proteção do consumidor, da conformação do direito de propriedade, entre outros temas. Diante desse quadro, não é exagerado afirmar que a “Constituição não é apenas o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade”.⁸³

Esse processo de alteração acerca do papel das Constituições pode ser ilustrado pela evolução da própria ideia de direitos fundamentais. Em um primeiro momento, tais direitos eram usufruídos por seus destinatários à medida que o Estado se abstinha de intervir indevidamente em suas esferas jurídicas, eram os conhecidos direitos negativos, que tinham por objeto uma não ação estatal, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, entre outros. Naquele momento, o papel das Constituições era o de trazer a estruturação do Estado e a previsão daqueles poucos direitos negativos.⁸⁴ A classificação das Constituições em relação

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 342-343. No mesmo sentido: MAIA, Antonio Cavalcanti. “Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo”. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 143.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 58-50.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 84.

ao seu conteúdo, que até os dias atuais é utilizada, ilustra bem qual seria a matéria “tipicamente” constitucional.⁸⁵ Essa ideia do constitucionalismo liberal acabou cedendo espaço ante a concepção social do constitucionalismo, que prega a promoção da igualdade material através da previsão de direitos sociais e econômicos (direitos positivos) a serem obtidos pela população através da ação estatal.⁸⁶ Acontece que a simples previsão do aumento das funções estatais e do rol de direitos fundamentais e, conseqüentemente, da extensão da Constituição não era suficiente para a criação de um novo modelo de Direito, afinal permanecia o pensamento de que “as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem a tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador”. A verdadeira revolução ocasionada pelo novo papel da Constituição somente se tornou possível após a Segunda Guerra Mundial em função da disseminação, em várias partes do mundo, de tribunais constitucionais com a função de exercer a jurisdição constitucional, que, em apertadíssima síntese, pode ser definida como o conjunto de meios destinados a fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição pela via judicial.⁸⁷ A introdução desses direitos sociais e econômicos (direitos positivos) influenciou o próprio conceito de constitucionalidade, que passou a qualificar, também, os atos jurídicos omissivos e não apenas os comissivos,⁸⁸ conforme será tratado no item 3.2.1.

Diante do exposto nesse item, conclui-se que, atualmente, a Constituição passou a ser vista não apenas como uma mera diretriz a balizar, primordialmente, a atuação do Estado, mas sim o verdadeiro centro de todo o sistema jurídico. Diante dessa nova realidade, todo o conteúdo do Direito, mesmo em relação a ramos típicos do Direito Privado como o é o Direito Civil, deve ser definido em consonância com aquilo que determina a Constituição, o que ficou conhecido como filtragem constitucional. Nesse contexto, o mecanismo mais importante para

⁸⁵ Por essa taxionomia, a Constituição material seria a parte da lei maior que trata da estruturação do Estado e da definição dos direitos fundamentais, enquanto que a Constituição formal seria tudo aquilo que está regulamentado na lei maior, independentemente de seu conteúdo. Nesse sentido: GHIGLIAN, Alejandro E. *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1952, p. 2. Em sentido diverso, considerando a Constituição material como aquele conteúdo da lei maior que determina o modo de produção das normas gerais, enquanto que a Constituição formal seria tudo o que está regulamentado na Constituição: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 84-85. No mesmo sentido: CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo em labirinto”. In: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 10

⁸⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2010, p.167.

manutenção desse modelo predominante de constitucionalismo é o controle de constitucionalidade, que permite impor os ditames constitucionais mesmo contra os desígnios dos poderes constituídos. Logo, entender o conceito de constitucionalidade e, por conseguinte, o modo como é exercido o seu controle é uma forma de fortalecer a própria força normativa da Constituição. A própria extensão do conteúdo e das funções exercidas pela Constituição acarreta a complexidade da definição das consequências jurídicas decorrentes da inconstitucionalidade, consoante será demonstrado ao longo do presente estudo.

3 O PROBLEMA DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS EM FACE DOS DIVERSOS PLANOS DO MUNDO DO DIREITO

Antes da análise específica da constitucionalidade dos atos jurídicos, cabe apontar o que são os fatos jurídicos e quais são os planos do Mundo do Direito pelos quais eles passam. Essa análise em termos gerais permitirá o deslinde com maior facilidade da problemática relacionada à definição da constitucionalidade. Ressalta-se que o estudo da realidade ora descrita será feito tendo por norte o pensamento de Pontes de Miranda, sendo observada, ainda, a construção doutrinária elaborada a partir desse pensamento por Marcos Bernardes de Mello.

3.1 O ato jurídico como espécie do gênero fato jurídico

Segundo Marcos Bernardes de Mello, os fatos podem ser classificados em *condutas* e *eventos*. *Conduta* seria o acontecimento cuja ocorrência depende da atuação humana, volitiva ou não, excluídas as hipóteses em que o relacionamento com o homem decorre exclusivamente de sua condição natural ou biológica, por exemplo, a concepção ou a morte. *Evento* seria o fato que prescinde da intervenção do homem para que exista, podendo eventualmente haver essa interferência nos termos já expostos.⁸⁹

Essa taxonomia difere da proposta por outros estudiosos⁹⁰ no sentido de que o *evento* seria o acontecimento em si, conceito que abrangeria a ideia de *evento* e de *conduta* da classificação acima exposta, enquanto o *fato* seria o relato em linguagem competente da existência do *evento*, exemplificando, seria *evento* o que aconteceu no dia 07 de setembro de 1822, a independência do Brasil, sendo o *fato* a afirmação de que aquele *evento* ocorreu.⁹¹

⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

⁹⁰ Por exemplo: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed.. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 278-279. Ressalta-se que essa constatação foi feita por Marcos Bernardes de Mello (op. cit., loc. cit.).

⁹¹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior (op. cit., loc. cit.) explica que “A travessia do Rubicão por César é um *evento*. Todavia, ‘César atravessou o Rubicão’ é um *fato*. Quando, pois, dizemos que ‘é fato que César atravessou o Rubicão’, conferimos realidade ao evento. ‘Fato’ não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade.”

A importância, se maior ou menor ou mesmo nenhuma, dos fatos para o Direito vai depender do grau de relevância que eles possuem em relação ao homem. Alguns fatos têm um significado fundamental para o homem, conseqüentemente, poderão ser objeto de regulamentação normativa, outros são irrelevantes, pois não é possível o controle humano sobre eles, ou não acarretam nenhuma vantagem, etc., portanto, não vão ser regulados pelo Direito.⁹²

Podem ser elencados alguns elementos encontrados, em geral, nos suportes fáticos (=pressuposto de incidência, hipótese normativa, etc.) das normas jurídicas, são eles: fatos da natureza ou do animal, atos humanos (em sentido amplo para incluir, também, o não ato, por exemplo, o silêncio), dados psíquicos (dolo ou culpa, por exemplo), estimações valorativas (por exemplo, bons costumes), probabilidades (por exemplo, os lucros cessantes), fatos do Mundo do Direito (por exemplo, a personalidade jurídica que é componente da norma que prevê a validade dos negócios jurídicos por ela praticados), a causalidade física (o nexos causal entre o ato e o dano na responsabilidade civil, por exemplo) e o tempo (não em si, mas o seu decurso, por exemplo, nas normas que prevêm a prescrição).⁹³

A variedade dos fatos que podem ser regulados pelo Direito é incalculável, bastando apenas que eles apresentem uma característica fundamental: a referibilidade ao homem.⁹⁴ Nesse contexto, observa-se que a mais variada gama de situações é alcançada pelo Direito para dar-lhe um sentido, indicando as conseqüências jurídicas advindas de sua ocorrência. Apesar do elevado número de situações passíveis da normatização jurídica, não se pode perder de vista que foge aos limites do Direito obrigar o que é impossível ou proibir o que é necessário, afinal normas jurídicas com tal conteúdo não teriam sentido.⁹⁵

⁹² MELLO, Marcos Bernardes, op. cit., loc. cit. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. I. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 24. Pontes de Miranda (op. cit., loc. cit.) afirma que “Os fatos juridicizáveis estão, sempre, ligados a alguma pessoa, ou porque digam respeito a ela (nascimento, maioridade, morte, casamento), ou porque atinjam a sua esfera jurídica, ou se refiram a seu modo de atuar. O direito obtém a adaptação social, que o faz processo social específico, através de relações entre pessoas e de ligações a pessoas.”

⁹³ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., pp. 40-49.

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. I. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, pp. 19-20. No mesmo sentido: CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *A estrutura lógica do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 119.

⁹⁵ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 38. O autor (op. cit., loc. cit.) exemplifica ao afirmar que “Se a norma prescreve o que factualmente é impossível, carece de sentido (a Terra não deve - está proibida - girar em torno do Sol); ou se prescreve o que factualmente é necessário (todo curso de águas de um rio está obrigado a seguir o declive), também carece de sentido.

Destarte, um fato quando é relevante para o Direito pode passar a ser disciplinado através de uma norma jurídica. As normas jurídicas, conforme já apontado no item 1.3.1, possuem a eficácia normativa ou poder de incidência. A incidência é o efeito que tem as normas jurídicas de transformar em fatos jurídicos os fatos (eventos ou condutas) por elas regulados, quando ocorrem.⁹⁶⁻⁹⁷ Portanto, fato jurídico é o evento ou conduta ocorrido no Mundo dos Fatos que ingressa no Mundo do Direito, porque sua ocorrência foi prevista no suporte fático de uma norma jurídica como pressuposto indispensável para a possível produção das consequências jurídicas que lhe são imputadas pelo Direito.⁹⁸

Para o presente estudo é importante distinguir as espécies de fatos jurídicos, pois nem todos eles passam pelo plano da validade, onde serão avaliadas, entre outras qualidades, se eles são ou não constitucionais. Nessa seara, adotar-se-á a classificação professada por Pontes de Miranda.

Os diferentes fatos jurídicos podem ser agrupados de acordo com suas características comuns. Nesse sentido, *fato jurídico em sentido amplo* seria o gênero do qual seriam espécies *fato jurídico em sentido estrito*, *ato-fato jurídico* e *ato jurídico em sentido amplo* (subgênero que teria por espécies *ato jurídico em sentido estrito* e *negócio jurídico*).⁹⁹ Far-se-á uma sucinta definição de cada um dos tipos de fato jurídico.

Os *fatos jurídicos em sentido estrito* são aqueles cujo suporte fático é composto somente por fatos da natureza, não sendo a participação de ato humano um dado essencial para a sua configuração, por exemplo, o nascimento, a morte, avulsão, aluvião, entre outros. O que importa para o Direito é o fato da natureza em si, independentemente de sua origem, que pode decorrer ou não da participação humana.¹⁰⁰ Ressalta-se que o Direito não regula esses eventos para definir o modo como eles devem acontecer, até porque isso seria impossível; o

⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 71.

⁹⁷ Tratando da temática, Pontes de Miranda faz uma analogia ao afirmar que “Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas — isto é, normas abstratas — incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais.” *Tratado de Direito Privado*, t. I. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 7.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. I. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 77-78. O autor (op. cit., p. 77) aponta que “Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica.”

⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 119.

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 187.

que Direito visa é determinar as consequências jurídicas que lhes devem ser atribuídas em decorrência de sua ocorrência.¹⁰¹ O *caput* do art. 1.251, do Código Civil de 2002, nos fornece um bom exemplo de um *fato jurídico em sentido estrito*, a avulsão. A referida disposição normativa dispõe que “Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado.”

Os *atos-fatos jurídicos* são situações fáticas que só podem acontecer em decorrência de uma atuação humana, mas não há a necessidade de se indagar acerca da higidez da vontade do sujeito que o praticou.¹⁰² Portanto, a vontade é um dado considerado irrelevante para a caracterização dessa espécie de fato jurídico, dando-se relevância à situação fática por sua irremovibilidade. Assim, alguém completamente desprovido da consciência sobre sua própria conduta pode praticar um ato-fato jurídico. Podem ser citados como exemplos de atos-fatos jurídicos, entre outros, a descoberta de um tesouro e a decadência de um direito (inação do titular + decurso de tempo).¹⁰³ Em todos esses exemplos há a presença de um ato humano (ação ou omissão) na gênese do fato jurídico, entretanto, não importa se o sujeito que pratica o ato tem ou não consciência de seu comportamento, por exemplo, alguém que não exerce um direito no prazo estabelecido pelo Direito o perderá em virtude da decadência dele, mesmo que não tenha tido, sequer, a informação que possuía tal direito.

Os *atos jurídicos em sentido amplo* têm por peculiaridade o fato de consistirem em condutas humanas em que é essencial a exteriorização consciente da vontade.¹⁰⁴ A diferença crucial entre as duas espécies de *atos jurídicos em sentido amplo* estaria no nível de liberdade que o Direito outorga aos sujeitos desses atos.¹⁰⁵ Desse modo, quem pratica um *ato jurídico em sentido estrito* não tem o poder de alterar as consequências (efeitos) jurídicos atribuídos ao ato praticado, afinal o Direito já determina de forma preestabelecida e inalterável quais seriam essas consequências, por exemplo, um pai que realiza o ato jurídico de reconhecimento da paternidade de um filho não pode definir que não se sujeitará a prestar alimentos ao mesmo, afinal o Direito já impõe esse efeito por conta da filiação.

¹⁰¹ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., pp. 127-129.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. I. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 83.

¹⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., pp. 130-137.

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, pp. 3-4. No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 138

¹⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 148.

Por outro lado, em relação aos *negócios jurídicos* há uma liberdade para que as pessoas definam, dentro de certos limites estabelecidos pelo próprio Direito, as consequências jurídicas do ato praticado em virtude da conveniência delas; por exemplo, em um contrato de locação de bem imóvel, pode ficar estabelecido que a responsabilidade pelo pagamento dos tributos incidentes sobre o bem será do locador ou do locatário.

Diante do exposto, pode-se concluir que a totalidade dos *atos jurídicos em sentido amplo* forma aquilo que Pontes de Miranda define como Mundo do Direito. Qualquer fato, para que possa fazer parte do Mundo do Direito, precisa estar previsto por uma norma jurídica. Assim, as normas jurídicas determinam a extensão do Mundo do Direito e ao mesmo tempo fazem parte dele, afinal os *atos normativos* não espécies do gênero *atos jurídicos em sentido amplo*, estando incluídos junto aos *negócios jurídicos* e aos *atos jurídicos em sentido estrito* como espécies do subgênero *atos jurídicos em sentido amplo*.¹⁰⁶

3.2 Os diversos planos pelos quais passam os fatos jurídicos

Apesar de alguns autores utilizarem as expressões existência, validade e eficácia como sinônimas ao qualificarem os fatos jurídicos, o ponto de vista ora adotado apresenta uma clara diferença na realidade descrita por cada uma delas.¹⁰⁷

3.2.1 O plano da existência

O plano da existência é o primeiro estágio pelo qual passa todo e qualquer fato jurídico. Nesse momento, observa-se se o objeto em análise possui os requisitos essenciais estabelecidos pelo Direito para o ingresso em seus quadros. A existência, portanto, é uma

¹⁰⁶ Ibidem, p. 151.

¹⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 95. O autor (op. cit., loc. cit) aponta Caio Mário da Silva Pereira como exemplo de estudioso do Direito que não realiza a distinção ora indicada. Caio Mário da Silva Pereira afirma que “Empregamos os vocábulos ineficaz e inexistente com sentido genérico, reservando as palavras nulidade e nulo, anulabilidade e anulável, inexistência e inexistente para a designação de tipos específicos de ineficácia. A nosso ver, ineficácia é gênero, de que são espécies a nulidade, a anulabilidade e a ineficácia.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 629.

premissa indispensável para que o fato jurídico possa passar pelos demais planos do Mundo do Direito.¹⁰⁸

Diante da imensa variedade de fatos jurídicos que comporta o Mundo do Direito, conforme já visto no item 2.1, não é possível definir, em termos gerais e aplicáveis a todo e qualquer um deles, quais são as condições necessárias para que um fato ingresse no plano da existência. Nesse contexto, as características que o fato deve possuir para ser considerado integrante do Mundo do Direito vão depender da definição realizada pelas normas jurídicas de cada sistema jurídico.

Em relação aos atos normativos, em regra, podem ser distinguidas duas realidades diversas no tocante aos requisitos de sua existência: os que estão sujeitos à promulgação começam a existir a partir dela, enquanto a existência dos demais atos normativos tem início com a respectiva publicação. Assim, ora a promulgação é um requisito de existência, ora a publicação o é, tudo a depender da espécie normativa em tela.¹⁰⁹

Cada tipo de contrato, por exemplo, vai exigir pressupostos diferentes para que possa ingressar no Direito. Em uma compra e venda, tem-se por concluída a avença a partir do momento em que há o consenso dos pactuantes acerca do preço e do objeto, nos termos do art. 482, do Código Civil de 2002. Por outro lado, o comodato exige a entrega (tradição) do bem emprestado para que o pacto ingresse no Mundo do Direito, conforme expressa determinação do art. 579, do Código Civil de 2002.

Conforme já apontado, a entrada de determinado fato no Mundo do Direito depende do atendimento aos requisitos previstos por uma norma jurídica. Preenchidos esses pressupostos a norma jurídica incide sobre o fato tornando-o fato jurídico. Essa capacidade que as normas jurídicas possuem de incidir sobre os fatos, determinando, entre outras questões, a extensão do Mundo do Direito, denomina-se eficácia normativa, que é distinta da eficácia jurídica, consoante será apontado no item 2.2.3. Assim, observa-se que uma das principais funções da incidência é a criação dos fatos jurídicos, o que se denomina juridicização. Não obstante, a incidência pode ter outras consequências: a pré-exclusão de

¹⁰⁸ Ibidem, pp. 96-97.

¹⁰⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 16. No mesmo sentido: PINO, Giorgio. “Norme e gerarchie normative”. In: *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analítica* (org. Paolo Comanducci e Riccardo Guastini). Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. 267.

juridicidade, a invalidação, a deseficacização e a desjuridicização.¹¹⁰ Para os fins de nosso estudo, interessa a função de juridicização, que já foi tratada, e a da invalidação, que será objeto de análise no item 2.2.2.

Nesse contexto, pode-se concluir que os requisitos para que certo fato ingresse no Mundo do Direito são aqueles estabelecidos pelo sistema jurídico. Esses requisitos são variáveis a depender de cada fato jurídico, mas o atendimento a eles é imprescindível para que se possa falar em juridicidade.

3.2.2 O plano da validade

Inicialmente, deve-se indicar o sentido do conceito de validade que se adota, afinal existem diferenças acentuadas na definição do alcance de tal expressão em razão da construção doutrinária de diversos autores.

Miguel Reale aponta que seriam três as acepções de validade para o Direito. Em primeiro lugar, haveria a validade formal ou técnico-jurídica (vigência), que seria a qualidade daquilo que foi produzido pelo órgão ou sujeito competente (legitimidade subjetiva em relação ao sujeito ou órgão e legitimidade quanto à matéria), tendo sido seguidos os procedimentos de feitura estabelecidos pelo Direito. Em segundo lugar, existiria a validade social (eficácia ou efetividade), que consistiria no fato de estar sendo cumprido pela sociedade aquilo que o Direito determina. Finalmente, tem-se a validade ética ou fundamento como propriedade daquilo que realiza os valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. A presença desses três requisitos seria indispensável para que um elemento do sistema jurídico pudesse ser considerado válido.¹¹¹

Norberto Bobbio traz uma conceituação um tanto diversa acerca da validade no Direito. Para o autor, “o problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente de um juízo de valor se ela é justa ou não”. “Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica”. Para que seja possível identificar a validade ou não de dado elemento do sistema jurídico, deve-se realizar três

¹¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 90-94.

¹¹¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.105-116.

investigações diversas: 1) descobrir se quem o produziu tinha competência para tanto; 2) averiguar se ele não foi retirado do sistema, por exemplo, através de sua revogação; e 3) perquirir acerca da eventual incompatibilidade do mesmo com outros elementos do sistema, especialmente, com aqueles que estão em um patamar superior de hierarquia, ou com um posterior, caso ambos tenham o mesmo grau de importância.¹¹²

Conforme se observa na conceituação trazida por Norberto Bobbio, não haveria diferença entre validade e existência dos elementos do sistema jurídico. Essa definição se assemelha ao que aponta Hans Kelsen. Para ele, a validade (vigência) de uma norma jurídica seria a sua existência específica. Assim, uma norma só teria existência para o Direito a partir do momento que aquilo que ela determina passa a ser obrigatório (válido ou vigente).¹¹³ Diante dessa ideia, uma norma só seria considerada parte do sistema jurídico (existente) a partir do início de sua vigência (validade), logo, uma lei posta pela autoridade competente, mas que ainda se encontra no período de *vacatio legis*, por exemplo, não teria existência para o Direito.¹¹⁴

Esse conceito de validade de Hans Kelsen explica, inclusive, a razão pela qual ele considera que um elemento do sistema jurídico incompatível com a Constituição, ou seja, inconstitucional, não poder nem sequer ser considerado existente, afinal existência e validade seriam qualidades reciprocamente dependentes. Nesse sentido, não haveria elemento do sistema existente antes do início de sua validade (ou vigência), do mesmo modo, não teria existência para o Direito um componente que não fosse válido. Assim, o autor aponta que:

A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente é válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois **uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.** (grifos ausentes no original)¹¹⁵

¹¹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 46-47.

¹¹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

¹¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 300.

Diversamente da ideia de Kelsen, acredita-se que a distinção clara entre existência e validade propicia um melhor entendimento acerca da fenomenologia jurídica.^{116 117} Assim, a validade é uma qualidade de algo que existe juridicamente, mesmo uma lei promulgada e publicada, mas ainda não vigente, vincula o legislador, afinal, se houver a intenção de retirá-la do sistema jurídico, faz-se necessário editar uma nova norma para revogá-la, o que demonstra a incoerência da afirmação de que a norma sem vigência não existiria para o Direito.¹¹⁸

Adotar-se-á o conceito de validade segundo o qual ela seria a qualidade dos atos jurídicos, inclusive os de caráter normativo, que estão em conformidade com os ditames do sistema jurídico vigente, não apresentando nenhuma mácula em seus atributos essenciais.¹¹⁹ Ressalta-se que apenas os atos jurídicos (normativos ou não) passam pelo plano da validade, os demais elementos do sistema jurídico já ingressam diretamente no plano da eficácia a partir do plano da existência.¹²⁰ A exclusão da passagem das demais espécies de fatos jurídicos pelo plano da validade decorre de sua própria natureza constitutiva, afinal em todos eles a vontade humana, quando existente, é um dado irrelevante para o Direito, que se preocupa apenas em observar a ocorrência ou não do fato, por exemplo, não haveria sentido investigar a validade ou não de um nascimento, da prescrição, da avulsão, entre outros.

¹¹⁶ Nesse sentido, considerando que Kelsen não faz a distinção entre os conceitos de existência e validade: VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. XXXVI. Lourival Vilanova (op. cit., loc. cit.) afirma, textualmente, que: “A validade (como reiteradamente sublinha Kelsen) é existência.”; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 40. Marcelo Neves (op. cit., loc. cit.) questiona também a ideia de Hart sobre o assunto, afirmando que “A Teoria Pura do Direito, definindo a validade como a existência específica de uma norma jurídica, confundiu os conceitos de pertinência e validade, enquanto conformidade à “norma fundamental” do sistema jurídico. Também Hart, considerando o Direito do ponto de vista interno, confundiu expressamente estes dois conceitos, no sentido de que só pertenceriam ao sistema (seriam válidas) as normas (‘regras’) que satisfizessem a todos os requisitos estabelecidos na regra de reconhecimento.”

¹¹⁷ Em sentido diverso, defendendo que Kelsen distinguia essas duas realidades: DULCE, M^a José Fariñas. *El problema de la validez jurídica*. Madri: Civitas, 1991, pp. 48-53. A autora (op. cit., loc. cit.) defende que Kelsen considerava dois sentidos diferentes para a validade jurídica: a existência da norma jurídica e a sua força vinculante (vigência). Assim, haveria a distinção entre validade enquanto existência e validade enquanto vigência, o que indicaria a preocupação de Kelsen em diferenciar a existência da validade. Não obstante, a autora reconhece que nem mesmo essa diferenciação entre os tipos de validade é feita, em geral, por Kelsen, o que leva a concluir que de fato havia essa mistura de conceitos em seu pensamento.

¹¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1^a parte. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 15-16.

¹¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 3. No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 2-3.

¹²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 4. O autor (op. cit., loc. cit.) adverte que “Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*. Não há atos-fatos jurídicos válidos, ou não-válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu*.”

Consoante já visto no item anterior, a incidência das normas jurídicas traz uma série de consequências jurídicas diversas. No que interessa em relação à validade dos atos jurídicos, observa-se que as normas jurídicas cogentes, em regra, ao incidirem sobre um fato jurídico que as infringem determinam a invalidade desse ato.¹²¹ A invalidade, portanto, é decorrência da incidência de uma norma jurídica invalidade sobre um fato que não cumpriu os requisitos por ela previstos para a sua validade. O conceito de validade será retomado ao longo do presente estudo.

3.2.3 O plano da eficácia

A produção dos efeitos pelo fato jurídico (eficácia jurídica) ocorre em um momento posterior a sua entrada no Mundo do Direito. Em primeiro lugar, para que seja possível falar em juridicidade e, conseqüente, em fato jurídico, observa-se a necessidade de que haja a incidência de uma norma jurídica sobre um fato. Posteriormente, considerando que o fato ingressou nos quadros do Direito, há a possibilidade da indagação acerca da produção de seus efeitos.¹²²

No plano da eficácia, os fatos jurídicos podem produzir seus efeitos. Toda espécie de efeito jurídico encontrada no Direito compõe o conjunto categoria eficaz. Assim, no plano da eficácia, terão lugar os efeitos jurídicos atribuídos pelo Direito aos fatos jurídicos, por exemplo, direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções, entre outros. A validade será um requisito apenas para aqueles que passam por esse critério de valoração, isto é, os atos jurídicos normativos ou não. Os demais elementos passam do plano da existência diretamente para o da eficácia.¹²³

É importante ressaltar que não há uma determinação geral acerca do relacionamento entre o plano da validade e o da eficácia, em outras palavras, as consequências jurídicas atribuídas a um elemento inválido do sistema jurídico dependem da disciplina indicada pelo

¹²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92.

¹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, pp. 3-4.

¹²³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 98.

próprio sistema.¹²⁴ Assim, apesar da validade ser, em regra, um requisito para que um dado componente do sistema produza seus efeitos, nada impede que o Direito defina que mesmo um ato inválido produza suas consequências jurídicas em certa medida como se válido fosse. A própria inconstitucionalidade pode ser indicada como exemplo dessa realidade, pois, em certas ocasiões, um ato eivado desse vício produz seus efeitos em decorrência da modulação da eficácia da decisão que reconheceu o defeito, conforme será visto no capítulo 4.

Como se constata, a definição de eficácia adotada diverge daquela apontada por muitos autores. Para Miguel Reale, conforme já mencionado, a eficácia seria a qualidade do elemento do Direito respeitado e cumprido por seus destinatários. Esse é o mesmo posicionamento de Hans Kelsen¹²⁵ e Norberto Bobbio¹²⁶. Para descrever o fato dos destinatários cumprirem os ditames daquilo que determina cada elemento do sistema jurídico, será utilizada a expressão efetividade, que é usualmente empregada nesse sentido nos quadros do Direito Internacional Público.

Por fim, ressalva-se que, na visão de Pontes de Miranda, existem dois tipos diferentes de eficácia no Direito: a eficácia normativa e a eficácia jurídica. A eficácia normativa é a qualidade que os atos normativos possuem de incidir sobre os fatos por eles previstos tornando-os jurídicos. Já a eficácia jurídica é o conjunto das consequências jurídicas advindas dos fatos jurídicos.¹²⁷ A incidência da norma jurídica sobre um determinado fato é um pressuposto necessário para que esse fato ingresse no Mundo do Direito como fato jurídico, em outras palavras, a eficácia normativa é a responsável principalmente pela definição da extensão do Mundo do Direito. Já a eficácia jurídica é um requisito para que o fato jurídico que já ingressou no Mundo do Direito, por conta da eficácia normativa (incidência), produza suas consequências jurídicas (efeitos). No presente estudo, a utilização isolada da expressão eficácia faz referência à eficácia jurídica.

¹²⁴ Ibidem, p. 100.

¹²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 235-238. O autor (op.cit., p. 237) chega a apontar que a eficácia seria um requisito de validade de cada elemento isolado do sistema jurídico e desse como um todo, afirmando em relação à ordem jurídica que “Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, *numa consideração global*, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas.” (grifos do original). No tocante a cada elemento da ordem jurídica, o autor afirma que “[...] Por outro lado, também não se considera válida uma norma que nunca é observada ou aplicada. E, de fato, uma norma jurídica pode perder sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada *desuetudo*.”

¹²⁶ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., pp. 47-48.

¹²⁷ Ibidem, p. 13.

3.3 A constitucionalidade e os planos do mundo do direito

A definição do(s) plano(s) do Mundo do Direito no(s) qual(is) serão observadas as consequências jurídicas da contrariedade à Constituição é feita por cada sistema jurídico diferente. Assim, há a possibilidade de que o Direito positivo considere que o ato jurídico inconstitucional seja inexistente, inválido ou ineficaz.¹²⁸ Em verdade, a grande maioria dos sistemas jurídicos considera o ato inconstitucional inválido, havendo a discussão sobre a natureza dessa invalidade (nulidade ou anulabilidade), tendo sido essa a solução tomada pelo Direito brasileiro. Nesse sentido, analisar-se-á a constitucionalidade como um problema relacionado à validade e a eficácia dos atos jurídicos. A indicação da natureza da invalidade decorrente da inconstitucionalidade e as suas consequências na eficácia do ato inconstitucional será realizada no capítulo 4.

No item 2.2.2, restou definido que a validade seria a qualidade dos atos jurídicos, inclusive os de caráter normativo, que estão em conformidade com os ditames do sistema jurídico vigente, não apresentando nenhuma mácula em seus atributos essenciais, conforme define Marcos Bernardes de Mello. Ocorre que essa conformação de um ato jurídico com o que determina o sistema jurídico é um fenômeno complexo, a própria posição de cada elemento no Direito é diferenciada, conforme restou identificado no item 1.3. Assim, procurar-se-á destrinchar com maior profundidade o conceito de validade para que, por fim, seja possível definir a constitucionalidade.

A validade não é uma qualidade intrínseca dos atos jurídicos, pelo contrário, esse atributo depende do contexto, isto é, do relacionamento entre os vários elementos do sistema. Assim, o que define a validade é a demarcação feita pelo sistema do conjunto de “relações globais de autoridade” entre seus diversos elementos.¹²⁹ A validade é a qualidade do elemento

¹²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*, t. I. São Paulo: Borsoi, 1970, p. 395. O autor (op. cit., loc. cit.) aponta que “Muito se discutiu, no século passado, quanto à Constituição dos Estados Unidos da América, e neste século, quanto àquela e as Constituições republicanas do Brasil e dos países de verificação judicial da constitucionalidade das leis, se a lei inconstitucional é nula ou não. Não se apurou, contudo, como fôra mister, o conceito de inconstitucionalidade, de modo a afastar-se toda essa ambiguidade. Tecnicamente, a inconstitucionalidade importa inexistência, ou invalidade, ou ineficácia. Ao direito positivo cabe escolher a *in re condito*, com as suas consequências .”

¹²⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 175.

produzido “em conformidade com as regras de formação jurídica”.¹³⁰ Assim, diante da construção escalonada do sistema jurídico, a validade de um determinado elemento depende do cumprimento dos requisitos que lhe são estabelecidos pelos elementos superiores.¹³¹

Diante dos diversos níveis de hierarquia ou importância que o Direito estabelece para organizar seus elementos, cada um deles deve respeitar os ditames impostos pelo(s) de grau(s) superior(es). Para forçar o cumprimento dessa relação de subordinação, o sistema jurídico define instrumentos para preservar a integridade de seus elementos, impondo consequências negativas (sanções) aos comportamentos destoantes. O Direito se utiliza de diversas espécies de sanções, sendo cada sistema jurídico livre para definir quais serão as por ele utilizadas, por exemplo, podem ser imputadas consequências como a privação de liberdade, o suprimento da vida, a privação de direitos, a perda de patrimônio ou de parte dele, a desconsideração da utilidade prática do ato (invalidade ou ineficácia). Cada sistema jurídico escolhe a(s) consequência(s) jurídicas atribuída(s) aos atos violadores de suas determinações em função da gravidade da violação. A invalidade, portanto, é uma das sanções utilizadas pelo Direito para “tornar inútil para as finalidades práticas pretendidas” pelos que praticam atos jurídicos em desconformidade com seus ditames.¹³²

Hans Kelsen já reconhecia que os elementos superiores do sistema jurídico regulamentam a forma e o conteúdo do que lhes é subordinado.¹³³ Pode-se, então, definir o tipo de validade estabelecido pelo relacionamento entre elemento superior e o inferior em duas espécies diversas: validade formal e validade material. A definição de validade formal é exatamente igual àquela feita por Miguel Reale (item 2.2.2), ou seja, o atributo daquele elemento que foi elaborado por quem tinha competência e de acordo com os requisitos procedimentais para sua feitura. Já a validade material diz respeito ao conteúdo do ato, que precisa estar de acordo com o que está estabelecido pelos elementos superiores.

Pelo exposto, percebe-se que a invalidade é uma consequência negativa que o sistema jurídico impõe aos atos que contrariam suas determinações. Essa sanção tem por

¹³⁰ IVO, Gabriel. *Norma Jurídica - produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 124.

¹³¹ Nesse sentido: RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33. O autor (op. cit., loc. cit.) afirma, textualmente, que “Os requisitos de validade de qualquer ato jurídico são sempre estabelecidos por outro ato que lhe é hierarquicamente superior.”

¹³² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 6-7.

¹³³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 183-184.

objetivo, em regra, retirar a eficácia do ato eivado de invalidade, o que lhe retira a utilidade prática. Quando o elemento do sistema jurídico desrespeitado é uma lei, essa contrariedade é denominada de ilegalidade. Sendo a Constituição o parâmetro pra aferição da compatibilidade com o sistema jurídico, designa-se inconstitucionalidade essa situação de afronta ao Direito.¹³⁴

Nessa seara, observa-se que a determinação que um ato é inconstitucional decorre da verificação de que ele contrariou uma norma constitucional, o que acarreta a incidência da própria norma expressamente violada e da norma que estabelece a supremacia constitucional, mesmo que esta seja implícita. A incidência dessas duas normas constitucionais terá a consequência de invalidar o ato jurídico contrário à Constituição.¹³⁵

Assim, definindo constitucionalidade de um modo abrangente, pode-se afirmar que seria a qualidade de qualquer ato jurídico que seja compatível com as imposições oriundas da respectiva Constituição. Por outro lado, constata-se que a definição de constitucionalidade mais aceita é mais restritiva, pois determina que a constitucionalidade e/ou a inconstitucionalidade seriam atributos que não qualificariam a totalidade dos atos jurídicos, mas apenas aqueles praticados pelo Poder Público.

Pelo ora exposto, constata-se que a inconstitucionalidade acarreta a invalidade do ato jurídico que contraria a Constituição, logo, o plano do Mundo do Direito adequado para o estudo desse fenômeno seria o da validade, apesar de que a simples constatação da invalidade do ato inconstitucional não significa dizer que ele não poderá produzir sua eficácia jurídica própria, ou seja, que ele não atingirá o plano da eficácia. Na verdade, a definição da natureza

¹³⁴ A ideia de validade, conforme apontado ao longo do presente item, diz respeito à relação entre os elementos do sistema jurídico, assim, a constitucionalidade é um reflexo direto desse relacionamento entre as diversas partes do sistema jurídico e a(s) respectiva(s) Constituições. Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. 1. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 11. Jorge Miranda (op. cit., loc. cit.) afirma que “Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — uma norma ou um acto — que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido.” No mesmo sentido: NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 71-72. Marcelo Neves (op. cit., loc. cit.) afirma que “Neste sentido, a abordagem do problema da inconstitucionalidade das leis (lato sensu: em sentido formal ou material) circunscreve-se às relações intra-sistemáticas entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais, sejam relações nomoestáticas ou nomodinâmicas. [...] Conforme veremos, às relações nomoestáticas vincula-se o problema da inconstitucionalidade material das leis, e às relações nomodinâmicas está ligada a questão da inconstitucionalidade formal.”

¹³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *A inconstitucionalidade de leis e atos normativos por fraude à constituição*. (no prelo), p. 9. O autor (op. cit., loc. cit.) afirma “Ora, quando o Judiciário, por exemplo, decreta a inconstitucionalidade de certa lei por conflitar com determinado princípio constitucional, está, em última análise, a reconhecer a incidência de dois princípios: (a) do *princípio implícito* da supremacia da Constituição, segundo o qual todos estão sujeitos aos seus ditames, e (b) do *princípio explícito* com o qual o ato legislativo colide diretamente.”

jurídica da invalidade decorrente da inconstitucionalidade já demonstra que a análise da eficácia do ato inconstitucional é complexa, conforme procurar-se-á demonstrar no item 4.1. Em resumo, o problema da inconstitucionalidade está vinculado tanto ao plano da validade quanto ao plano da eficácia do Mundo do Direito.

4 A AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE: PARÂMETROS E ATOS JURÍDICOS SUJEITOS

4.1 Parâmetros para aferição da constitucionalidade

Há uma variedade em relação aos instrumentos utilizáveis como balizas para a aferição da constitucionalidade dos atos jurídicos. À primeira vista seria possível acreditar que essa temática é simples, afinal bastaria apenas constatar que a Constituição seria esse parâmetro, no entanto, a realidade é bem mais complexa, conforme será demonstrado.

4.1.1 A Constituição Federal, as Constituições Estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal

A indicação do parâmetro para verificação da constitucionalidade dos atos jurídicos vai depender de duas situações: o modelo de Estado adotado, que vai definir o número centros de poder político, o que acaba por estabelecer a quantidade de Constituições, e o tipo de elemento (federal, estadual, municipal ou distrital).

De acordo com a forma de Estado, verifica-se que aqueles estruturados como Federação comportam níveis diferentes de normas válidas em razão do território, assim, haveria, em regra, normas centrais, que seriam vigentes em todo o espaço do Estado, e normas locais, que teriam vigência em apenas parte dele.¹³⁶ Diante da existência desses diferentes centros produtores de normas jurídicas, os Estados federais apresentam a peculiaridade de possuir diferentes Constituições.¹³⁷ De um lado, há a Constituição Federal, que é a responsável, entre outras coisas, pela distribuição das competências dos entes federativos e, por outro lado, existiriam tantas Constituições Estaduais quantos forem os entes federativos aos quais a Constituição Federal atribua o poder para a elaboração delas. Em um Estado unitário, onde só existe um único centro produtor do Direito, só se concebe a vigência de apenas uma Constituição.

¹³⁶ IVO, Gabriel. *Constituição estadual - competência para elaboração da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 81.

¹³⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense. 1966, p. 20.

O modelo de Estado brasileiro definido pela Constituição Federal de 1988 determina que existem quatro entes federativos: a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, nos termos de seu art. 1º. Aos Estados foi deferido o poder constituinte derivado decorrente para que pudessem produzir suas respectivas Constituições, conforme dispõe expressamente o art. 25, da Constituição Federal de 1988. Os Municípios e o Distrito Federal puderam criar suas respectivas Leis Orgânicas, sendo que apenas a do Distrito Federal é equiparada às Constituições Estaduais.¹³⁸

Assim, diante do âmbito no qual está inserido o ato jurídico (federal, estadual, distrital ou municipal), haverá diferentes parâmetros para a aferição da respectiva constitucionalidade. Um ato municipal ou estadual tem de estar em consonância com as determinações da Constituição Federal e da Constituição Estadual, um ato distrital tem de respeitar as imposições da Lei Orgânica do Distrito Federal e da Constituição Federal, por fim, um ato federal se sujeita ao que determina a Constituição Federal.¹³⁹

4.1.2 As regras e os princípios constitucionais

Já foi feita a distinção entre as duas espécies de normas jurídicas: as regras e os princípios (item 1.3.1). No Direito brasileiro, essa diferenciação já foi importante no tocante aos parâmetros para a aferição da constitucionalidade, pois, durante muito tempo, prevaleceu o entendimento de que apenas as normas constitucionais expressas seriam balizas para a fiscalização da constitucionalidade.

Naquele contexto, o Supremo Tribunal Federal adotava um entendimento restritivo no tocante à aferição da constitucionalidade dos atos jurídicos, considerado que só o desrespeito a normas constitucionais expressas acarretaria a inconstitucionalidade de determinado ato. Assim, considerando o elevado grau de indeterminação que o conteúdo dos princípios apresenta, sem falar no elevado número de princípios implícitos, não se costumava

¹³⁸ No mesmo sentido em face da Lei Orgânica do Distrito Federal: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 256.

¹³⁹ Nesse sentido: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense. 1966, p. 20.

utilizá-los como instrumentos para fiscalização da constitucionalidade.¹⁴⁰ Ressalva-se que a disciplina era diferente em relação aos chamados princípios constitucionais sensíveis, que são expressas disposições constitucionais acerca de valores cujo desrespeito acarreta a possibilidade de intervenção federal através do manejo da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI - Interventiva), que foi o primeiro meio de controle concentrado de constitucionalidade previsto no Brasil.

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal de 1951 nos permite observar o entendimento dessa corte acerca da violação da Constituição. Apesar de o caso tratar do cabimento ou não de um recurso extraordinário, é possível traçar um paralelo com o posicionamento no tocante ao controle de constitucionalidade. A ementa do referido acórdão aponta que “Não havendo violação expressa da lei, e antes, a aplicação da mesma, descabe o recurso extraordinário, com base no art. 101, III, a, da Constituição Federal [de 1946].”¹⁴¹ A disposição constitucional citada determina que “Ao Supremo Tribunal Federal compete julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal [...]”.

Não obstante, havia posicionamentos na doutrina reconhecendo a possibilidade da inconstitucionalidade decorrer da violação dos princípios constitucionais em geral, mesmo que implícitos. Neste sentido, Themístocles Brandão Cavalcanti indicou que:

O fato de se exigir que a lei seja manifestamente inconstitucional, não exclui a apreciação da competência implícita, ou de princípios implícitos na própria Constituição porque essenciais ao regime político ou à forma de governo. Existem princípios constitucionais expressos, literalmente aplicáveis, mas outros existem que decorrem implicitamente desses poderes explícitos.¹⁴²

Atualmente, não há questionamentos acerca da possibilidade da utilização dos princípios constitucionais como parâmetros para a fiscalização da constitucionalidade dos atos jurídicos, afinal considera-se que a Constituição é dotada de força normativa e unidade, o que

¹⁴⁰ No mesmo sentido: Marcos Bernardes de. “Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas”. In: *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas*. Ano 2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008. O autor (op. cit., p. 110) aponta que “Superando a vetusta concepção de que somente poderia ser decretada a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público quando houvesse manifesta violação de expressa norma constitucional, a doutrina do STF, elaborada a partir da Constituição de 1988, firmou-se no sentido de que também há inconstitucionalidade quanto ocorre infringência direta a princípio constitucional, bem assim até quando existe omissão do poder político em dar efetividade a um princípio fundamental.”

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 14696*, Relator: Min. Sampaio Costa, Primeira Turma, julgado em 10/05/1951. DJ 14/06/1951, p. 5287. Ementário vol. 42-01, p. 104.

¹⁴² CAVALCANTI. Themistocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense. 1966, p. 84.

implica no entendimento de que todas as suas disposições são normativas e obrigatórias, inclusive os princípios constitucionais, mesmo que implícitos.¹⁴³ Nessa seara, colaciona-se decisão do Supremo Tribunal Federal em que há o reconhecimento da inconstitucionalidade decorrente de normas constitucionais implícitas:

Ementa: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Antecipação do plebiscito a que alude o art. 2º do ADCT da Constituição de 1988. - não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o S.T.F. competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional. - no caso a nº 2, de 25 de agosto de 1992 - **impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas** - contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte permanente da constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque é da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente. (sem grifos no original)¹⁴⁴

4.1.3 O bloco de constitucionalidade

Uma leitura apressada do sistema jurídico pode levar à conclusão que apenas as normas (regras e princípios) presentes na(s) respectiva(s) Constituição(ões) poderiam ser utilizadas como parâmetro para aferição das constitucionalidade dos atos jurídicos. Isso, contudo, não é o que a experiência jurídica tem demonstrado. Nesse contexto, visualizou-se que existiriam normas jurídicas com o caráter constitucional além daquelas previstas pela Constituição.

A percepção dessa realidade ocorreu, inicialmente, na França. Em 1971, o Conselho Constitucional francês, órgão responsável pela realização do controle de constitucionalidade naquele país, definiu que o parâmetro para a fiscalização da constitucionalidade deveria ser ampliado para incluir a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o Preâmbulo da Constituição revogada de 1946, que estabelece alguns direitos econômicos e sociais, além do próprio texto da Constituição vigente de 1958.¹⁴⁵ Atualmente, a Corte

¹⁴³ No mesmo sentido: RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 137.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 833*, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/1993. DJ 16/09/1994, p. 24278. Ementário vol. 1758-02, p. 297. RTJ vol. 155-03, p. 727.

¹⁴⁵ GROH, Thomas. “Controle de constitutionnalité: le bloc de constitutionnalité”. In: *Introduction au droit constitutionnel français*. Dresden: TUD, s/d. Presidência da República, 2007. Disponível em:

Constitucional francesa reconhece que, também, teria valor constitucional a Carta do Meio Ambiente, que é uma lei aprovada em 2004 para regulamentar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹⁴⁶ Todas essas disposições normativas que foram reconhecidas como portadoras de valor constitucional, mesmo não estando presentes na Constituição, têm a peculiaridade de tratar da temática direitos e garantias fundamentais, razão pela qual foram consideradas tão relevantes.

Assim, observa-se que alguns diplomas normativos possuem uma extrema relevância para o sistema jurídico em decorrência do conteúdo deles, normalmente, por tratarem de direitos e garantias fundamentais. Em decorrência dessa importância imanente, esses diplomas normativos são considerados como possuidores de valor constitucional, o que implica, inclusive, a utilização deles como balizas para o controle de constitucionalidade. Essas normas dotadas de valor constitucional, presentes ou não em uma Constituição, denomina-se bloco de constitucionalidade. Nessa seara, restou superada a ideia formalista de que as normas constitucionais seriam apenas aquelas presentes, expressamente, em uma Constituição. Destarte, disposições não previstas em uma Constituição podem ser utilizadas como parâmetros para a aferição da constitucionalidade em virtude de serem integrantes do bloco de constitucionalidade.¹⁴⁷

A identificação das normas que integram o bloco de constitucionalidade depende de cada sistema jurídico. Na França, conforme visto, essa definição ficou a cargo da Corte Constitucional. Por outro lado, algumas Constituições preveem de forma expressa a existência de normas com caráter constitucional além das presentes em seu próprio texto. No Direito brasileiro, a definição do bloco de constitucionalidade tem por fundamento a disciplina elaborada pela própria Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5, §2º e §3º, prevê a existência de normas com caráter constitucional fora de seu texto.¹⁴⁸ Esses dispositivos constitucionais compõem o que se costuma designar cláusula de abertura material dos direitos

<http://tudresden.de/die_tu_dresden/fakultaeten/juristische_fakultaet/jfoeffl3/tg_introduction/Bloc%20de%20constitutionnalite-schema.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2010.

¹⁴⁶ BOURREL, Marie “La valeur constitutionnelle de la Charte de l’environnement admise et consacrée par le Conseil d’Etat”. In: *Revue électronique Neptunus*. vol. 14. Nantes: Université de Nantes, 2008. Disponível em: <http://www.droit.univ-nantes.fr/labos/cdmo/centre-droit-maritime-oceanique/cdmo/neptunus/nept/nep42/Valeur_Charte_environnement.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2010.

¹⁴⁷ AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodium, 2008, p. 171.

¹⁴⁸ VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. *O bloco de constitucionalidade: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp040600.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2010.

fundamentais, pois permitem que certos direitos sejam considerados fundamentais por conta do seu conteúdo, mesmo que não previstos no texto constitucional, desde que sua matéria seja essencial para a sobrevivência e convivência do homem em sociedade, o que traz uma série de consequências jurídicas, por exemplo, a possibilidade do controle de constitucionalidade tendo por vetores essas normas que são materialmente fundamentais, por conta do seu conteúdo, mas não o são formalmente fundamentais, uma vez que não estão previstos expressamente pela Constituição.¹⁴⁹

Feitas essas considerações, analisar-se-á a disciplina dessa cláusula de abertura material constante em nossa Constituição Federal de 1988. O § 2º, do art. 5º, define que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Em primeiro lugar, indaga-se acerca dos instrumentos para identificar os direitos e garantias fundamentais implícitos, previstos pela disposição constitucional em análise. Estudando esse ponto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz alguns critérios para a identificação da fundamentalidade de um direito. A partir da existência ou não, em concreto, dessas características no direito em análise, seria possível classificá-lo em fundamental ou não. O autor lembra, ainda, que nem todos os direitos apontados pelo legislador como fundamentais o são em sua essência, sendo, portanto, apenas formalmente constitucionais. Esses direitos seriam fundamentais apenas por conta de uma decisão do legislador constituinte, que poderia até atuar de forma arbitrária. O direito à vida, evidentemente, seria formalmente e materialmente fundamental, enquanto o direito à certidão, por mais importante que seja, não diria respeito diretamente à dignidade da pessoa humana. Seria, mesmo, absurdo apontar um direito como sendo fundamental, apesar de sua importância, caso ele não estivesse ligado diretamente ao cerne da natureza humana. O autor acaba por concluir que apenas os direitos materialmente constitucionais poderiam ser considerados implícitos, nos termos § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. A definição de um direito como materialmente ou formalmente fundamental, segundo o autor, traria outra importante consequência: apenas aqueles seriam objeto da proteção decorrente da norma insculpida no § 4º, do art. 60, da Constituição Federal de 1988.¹⁵⁰

¹⁴⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, pp. 634-635.

¹⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro”. In: *Revista Jurídica Virtual da Presidência*. v. 8, n. 82, Brasília: Presidência da

Outro questionamento que surge é sobre o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais decorrentes dos tratados dos quais o Brasil é signatário. O Supremo Tribunal Federal tinha entendimento de que os tratados ou convenções ingressariam no ordenamento jurídico brasileiro com o status de lei ordinária, conforme bem ilustra a transcrição da presente decisão:

[...] Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade.[...]¹⁵¹

Esse posicionamento dizia respeito a qualquer tipo de tratado, mesmo em relação àqueles que dispunham sobre direitos e garantias fundamentais. Parte da doutrina contestava tal posição, Flávia Piovesan, por exemplo, sustentava veementemente que os tratados e convenções que tratassem de direitos e garantias fundamentais seriam automaticamente recepcionados pela Constituição Federal, nos termos de seu art. 5º, §2º. Assim, bastaria a ratificação através de um Decreto expedido pelo Chefe do Poder Executivo, que é o último ato de todo o processo legislativo pertinente, para que o respectivo tratado ou convenção tivesse força de norma constitucional. A autora deixa claro que tal sistemática é exclusivamente aplicável aos tratados e convenções que tratem dos direitos e garantias fundamentais.¹⁵²

Recentemente, superando seu antigo posicionamento, o Supremo Tribunal Federal passou a dar ao tema um tratamento semelhante àquele exarado por Flávia Piovesan. Diferentemente do que prega essa autora, o Tribunal não considerou que os tratados sobre direitos e garantias fundamentais seriam incorporados com natureza de norma constitucional, salvo se adotado o procedimento previsto pelo §3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Esses tratados ou

República, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_82/artigos/ManoelGoncalves_rev82.htm>. Acesso em: 10 jul. 2010.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1480 MC*, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997. DJ 18/05/2001, p. 429. Ementário vol. 2031-02, p. 213.

¹⁵² PIOVESAN, Flávia. *Os direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 111.

convenções teriam superioridade hierárquica em relação ao direito infraconstitucional, mas estariam logo abaixo da Constituição Federal. A seguinte decisão corrobora o que foi dito acerca desse novo entendimento:

[...] Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois **o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.** O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. [...] ¹⁵³ (grifos ausentes no original)

Vale lembrar ainda que a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o §3º ao art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que passou a prever que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”. A primeira e até agora única matéria objeto dessa disciplina foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, que foi promulgada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.

Assim, há tratados e convenções sobre direitos e garantias humanas fundamentais de duas naturezas distintas. Os que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão natureza jurídica de norma constitucional, com base no que determina o §3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, enquanto que os que forem incluídos no ordenamento jurídico pátrio de forma ordinária ostentarão um status intermediário entre normas constitucionais e infraconstitucionais, com fulcro no § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 e no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição portuguesa de 1976, também, traz uma cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, o art. 16, n. 1, prevê que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.” Tendo por base esses exemplos, o brasileiro e o do Direito francês, pode-se concluir que a definição da parte do bloco de constitucionalidade que não está

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 349703*, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. DJe-104, divulgado em 04/06/2009, publicado em 05/06/2009. Ementário vol. 2363-04, p. 675.

presente expressamente na(s) Constituição(ões) está necessariamente vinculada aos direitos e garantias fundamentais.¹⁵⁴

4.1.4 A inconstitucionalidade reflexa ou indireta¹⁵⁵

Diante dos diversos níveis de importância ou hierarquia normativa, os diferentes elementos do sistema jurídico vão retirando seu fundamento de validade uns dos outros, de maneira que um elemento inferior só é válido à medida que esteja em conformidade com a disciplina jurídica que lhe é imposta pelo(s) elemento(s) superior(es). Como, em regra, a Constituição define e estrutura esses diversos níveis de hierarquia, qualquer elemento do sistema que desrespeitasse esse regramento traçado pela Constituição estaria em desconformidade com ela. Esse conflito geraria, então, a inconstitucionalidade do elemento analisado. Ocorre que, dessa maneira, qualquer conflito entre um ato jurídico e uma Constituição acarretaria um problema de constitucionalidade, o que, em regra, ensejaria o controle de constitucionalidade. Diante dessa amplitude de questões que seriam trazidas ao jugo da jurisdição constitucional, convencionou-se que o controle de constitucionalidade só seria feito em face da relação direta entre determinado ato jurídico e a Constituição.

Nesse contexto, há de haver uma violação direta e imediata da Constituição para que surja a inconstitucionalidade, afinal o desrespeito indireto ou mediato de uma norma constitucional nada mais seria que uma ilegalidade.¹⁵⁶ A definição ora exposta traz uma série de consequências práticas, sendo a principal delas a impossibilidade do controle de constitucionalidade no tocante à relação direta entre os elementos do sistema jurídico que estão abaixo da Constituição, assim, por exemplo, um regulamento que contrariasse uma lei estaria, conseqüentemente, violando a Constituição, mas apenas de maneira reflexa ou

¹⁵⁴ VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. *O bloco de constitucionalidade: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp040600.pdf>>. Acesso em: 15/09/2010, p. 160.

¹⁵⁵ Ressalva-se que a expressão inconstitucionalidade indireta é utilizada com acepções diversas da ora apresentada. Por exemplo: MELLO, Marcos Bernardes de. *A inconstitucionalidade de leis e atos normativos por fraude à constituição*. (no prelo). O autor (op. cit., p. 02), aponta que “Apesar de o tema da inconstitucionalidade haver sido objeto de notáveis estudos, há uma de suas facetas que não mereceu, ainda, análise mais aprofundada: a questão da inconstitucionalidade da lei que de um modo indireto, com aparência de compatibilidade com norma ou princípio constitucional, viola-o, fraudando-o.”

¹⁵⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 165.

indireta. Reconhecendo os problemas operacionais para o Poder Judiciário advindos da mudança desse entendimento, mas preocupado com as diversas situações que ficariam sem solução com sua manutenção, Gilmar Ferreira Mendes defende a criação de um mecanismo semelhante ao que prevê a Constituição austríaca, “conferindo, também, o controle abstrato da legitimidade dos atos regulamentares ao Supremo Tribunal Federal, mediante iniciativa de órgãos do Poder Legislativo (eventualmente, as Mesas da Câmara e do Senado Federal) e do Procurador-Geral da República.”¹⁵⁷

Adotando tal posicionamento em relação à violação reflexa ou indireta da Constituição, o Supremo Tribunal Federal já manifestou que isso não seria um problema de controle de constitucionalidade tendo por parâmetro a Constituição Federal. Assim, o referido tribunal decidiu que: a discussão em torno da validade de direito meramente local (ordenamento positivo do Estado-membro ou do Município), sem qualquer repercussão direta sobre o âmbito normativo da Constituição da República, não seria uma questão de constitucionalidade¹⁵⁸; a alegação de violação ao art. 5º, XXXV (inafastabilidade da jurisdição), LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa), da Constituição, configuraria, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária¹⁵⁹; a discussão em torno dos limites objetivos da coisa julgada pertenceria ao plano infraconstitucional¹⁶⁰; “[...] as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de violação

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 228-229.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 728333 AgR*, Relator: Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010. DJe-247, divulgado em 15/12/2010, publicado em 16/12/2010. Ementário vol. 2452-02, p. 389.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 789744 AgR*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010. DJe-218, divulgado em 12/11/2010, publicado em 16/11/2010. Ementário vol. 2431-03, p. 559.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 663758 AgR*, Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010. DJe-240, divulgado em 09/12/2010, publicado em 10/12/2010. Ementário vol. 2448-01, p. 122.

meramente reflexa do texto da Constituição [...]”¹⁶¹; o desrespeito aos limites do poder regulamentar seria uma violação indireta da Constituição¹⁶².

Nessa esteira, observa-se que o descumprimento de normas infraconstitucionais, mesmo que isso configure um desrespeito à disciplina hierárquica dos elementos do sistema jurídico definida pela Constituição, não ensejaria o controle de constitucionalidade, mas sim o de legalidade.

4.2 Atos jurídicos sujeitos ao atributo constitucionalidade

4.2.1 Atos comissivos e omissivos

Em geral, todos os atos jurídicos passam pelo plano da validade e, portanto, sujeitam-se à aferição de sua compatibilidade com as determinações constitucionais, conforme já tratado no item 2.2.2. Diante dessa realidade, a constitucionalidade seria uma qualidade de qualquer ato jurídico (constitucionalidade em sentido amplo). Não obstante, considera-se que a constitucionalidade seria uma característica apenas dos atos do poder público (constitucionalidade em sentido estrito).

Partindo dessa distinção entre constitucionalidade em sentido amplo e em sentido estrito, Jorge Miranda aponta que a definição mais abrangente seria muito ampla, afinal incluiria atos e omissões tanto dos particulares quanto do próprio Estado, o que abarcaria regimes jurídicos com características distintas. O autor arremata, ainda, que “Naturalmente, aqui apenas é relevante o não cumprimento de normas constitucionais pelo Estado, tal como pode ser operativo um conceito conexo com um regime próprio de Direito constitucional.”¹⁶³ No mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior aponta que os dois termos da relação de constitucionalidade são, em primeiro lugar, a Constituição (como parâmetro) e, em segundo

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 779418 AgR*, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 25/05/2010. DJe-105, divulgado em 10/06/2010, publicado em 11/06/2010. Ementário vol. 2405-06, p. 1162. RF v. 106, n. 409, 2010, pp. 483-486.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2626*, Relator: Min. Sydney Sanches, Relatora p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2004. DJ 05/03/2004, p. 13. Ementário vol. 2142-03, p. 354.

¹⁶³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 473-474.

lugar, um comportamento estatal que tanto poderia ser uma ação quanto uma omissão, assim, a constitucionalidade seria um atributo dos comportamentos do poder público, não havendo a possibilidade de qualificar os atos particulares de constitucionais ou inconstitucionais.¹⁶⁴⁻¹⁶⁵

A opção por um desses conceitos de constitucionalidade é uma questão doutrinária de menor relevância. Opta-se pelo conceito amplo, mas com a ressalva de que o conceito restrito é aquele que, em regra, utiliza-se no tocante ao controle de constitucionalidade. Assim, em geral, só é admitido o controle de constitucionalidade dos atos do poder público, o que não impede que seja utilizado um conceito mais abrangente de constitucionalidade, afinal controle de constitucionalidade é uma realidade e o atributo constitucionalidade é outra. Adverte-se, novamente, que o objeto do presente estudo não é o controle de constitucionalidade, mas sim a definição do que seja a constitucionalidade, não obstante alguns institutos especiais do controle de constitucionalidade sejam investigados por demonstrarem a hipótese defendida em relação à possibilidade de gradações da eficácia dos atos inconstitucionais.

Os atos jurídicos sujeitos à verificação de sua constitucionalidade seriam tanto positivos (ações) quanto negativos (omissões). Em um primeiro momento, o Direito voltou suas atenções para inconstitucionalidade em face das ações, mas a própria ampliação do papel desempenhado pelo Estado e pela Constituição impôs uma modificação a essa ideia, conforme foi tratado no item 1.3.3.

Nesse contexto, a inação pode constituir um desrespeito à Constituição, o que acarretaria a inconstitucionalidade da omissão. A Constituição, portanto, prevê duas hipóteses diferentes em que há o desrespeito a suas determinações: a atuação positiva em desconformidade com suas normas e a falta de atuação quando há a definição da necessidade de uma ação. Ressalta-se que não é qualquer omissão que conduz à inconstitucionalidade. A omissão inconstitucional decorre do descumprimento de uma norma constitucional certa e determinada, que preveja o dever de atuação. Ademais, só se configura uma omissão inconstitucional após o decurso de um prazo razoável para cumprimento da imposição

¹⁶⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4.ed. Salvador: Jus Podium, 2010, pp. 164-165. Ressalva-se que o próprio autor (op. cit., p. 165) aponta que “Essa afirmação [da impossibilidade de atos particulares inconstitucionais] comporta temperamentos. Com efeito, em face do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é possível falar em inconstitucionalidade por violação a direito fundamental decorrente de ato particular.”

¹⁶⁵ Adotando, também, esse sentido restrito de constitucionalidade: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 46-47.

constitucional.¹⁶⁶ O assunto omissão inconstitucional será retomado no próximo capítulo, por oportunidade da investigação acerca do controle de constitucionalidade da omissão parcial.

4.2.2 O Direito anterior à vigência da Constituição

O surgimento de uma nova Constituição traz profundas consequências para o sistema jurídico. Considerando sua posição como fundamento de todos os elementos do sistema jurídico, a relação entre a Constituição e os demais componentes do sistema é bastante relevante, afinal a higidez deles depende de sua compatibilidade com a nova Carta Magna. Não podia ser outra a situação, afinal ao surgir uma Constituição se depara com todo um conjunto de elementos já existentes no sistema. Não seria viável que a criação de uma Constituição fizesse tábula rasa do Direito anterior a sua vigência, pois haveria um grande vácuo normativo até que o sistema jurídico fosse recomposto. Assim, todos os elementos antigos do sistema jurídico compatíveis com a nova Constituição são por ela recepcionados¹⁶⁷ e permanecem válidos em virtude do princípio da continuidade da ordem jurídica.¹⁶⁸ Algumas Constituições trazem de maneira expressa norma prevendo essa recepção, como foi o caso das Constituições brasileiras de 1891 (art. 83), de 1934 (art. 187) e de 1937 (art. 183), além das Constituição de Weimar (art. 187, II) e da Constituição de Bohn (art. 123, I).¹⁶⁹ Em termos práticos, a presença ou ausência da referida cláusula não tem maior relevância.

Outra importante consequência da nova Constituição em relação ao Direito antigo atinge os elementos com ela incompatíveis. Não há nenhuma divergência em relação ao fato de que essa situação de conflito é uma grave perturbação do sistema e que, portanto, deve ser eliminada para que haja a garantia da unidade do Direito. O conflito de ideias surge em relação à maneira como deve ser feita essa purificação do sistema. De um lado, alega-se que esse seria um caso típico que ensejaria a inconstitucionalidade, no outro extremo, defende-se que seria um problema apenas de revogação de normas jurídica e não de constitucionalidade.

¹⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 123-125.

¹⁶⁷ É antiga a utilização da expressão recepção para designar o fenômeno da continuidade da vigência dos elementos do sistema jurídico anteriores a nova Constituição, mas com ela compatíveis.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68.

¹⁶⁹ Exemplos citados por MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 201.

A posição tomada em relação ao assunto traz importantes consequências no tocante ao controle de constitucionalidade, pois, em se adotando a primeira solução, não caberia o controle abstrato em relação ao Direito anterior à vigência da nova Constituição.

São vários os argumentos utilizados para defender que a relação de incompatibilidade entre a nova Constituição e o Direito anterior não seria uma questão de constitucionalidade, mas sim de conflito de normas no tempo, solucionável pela aplicação do critério da posterioridade (norma posterior revoga nova anterior com ela incompatível). Alega-se que quem produz um ato jurídico o realiza de acordo com as prescrições jurídicas vigentes, afinal, mesmo que houvesse um modo dele prever qual seria a disciplina advinda com a edição de uma nova Constituição, não estaria ele vinculado ao novo regramento, por isso, não haveria a possibilidade de analisar a constitucionalidade de um elemento do sistema jurídico à luz de uma Constituição diversa daquela sob a vigência da qual foi editado. Destarte, eventual incompatibilidade entre o componente velho e a Constituição levaria a revogação daquele e não a sua inconstitucionalidade.¹⁷⁰

Por outro lado, alega-se que a mera aplicação do critério de temporalidade ou posterioridade para solucionar essa antinomia não seria o mais adequado, afinal essa solução tem por pressuposto que os elementos em conflito tenham a mesma densidade normativa (ou hierarquia), o que não seria o caso. Havendo a possibilidade da aplicação do critério da hierarquia, como é a hipótese em discussão, o uso dele afastaria o de qualquer outro critério, afinal, se fosse possível a aplicação de outros critérios, isso poderia permitir a situação absurda de que uma lei ordinária, por ser especial ou posterior, prevalecesse em relação à lei constitucional geral ou anterior.¹⁷¹⁻¹⁷²

¹⁷⁰ Esses argumentos foram utilizados por Paulo Brossard, Ministro do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, cujo acórdão tem a seguinte ementa: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2, Relator: Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992. DJ 21/11/1997, p. 60585. Ementário vol. 1892-01, p. 1.

¹⁷¹ IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden: Baden, 1980, CITADO POR: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 208.

Os argumentos levantados por ambos os lados são relevantes e consistentes. Na verdade, a opção por um desses posicionamentos é uma questão político-constitucional e pragmática, afinal vai produzir importantes consequências no tocante ao controle de constitucionalidade.¹⁷³ Na Alemanha, por exemplo, há o tratamento distinto da questão em relação ao controle concreto e ao abstrato. Em relação ao controle concreto, a questão seria considerada como de revogação, ou seja, um problema infraconstitucional, o que permitiria ao juiz da causa decidir sem a necessidade de encaminhar o caso para o Tribunal Constitucional Federal, já no tocante ao controle abstrato, o Tribunal entende possui competência para verificar essa situação por se tratar de um caso típico de controle de constitucionalidade.¹⁷⁴

No Brasil, o secular entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que esse problema não seria de constitucionalidade, mas de revogação.¹⁷⁵ Isso afastava a possibilidade do controle abstrato de constitucionalidade, mas não o concreto, afinal, a própria previsão constitucional do recurso extraordinário (art. 102, II, da Constituição Federal de 1988) não faz nenhuma distinção em relação ao momento da edição do ato para aferição de sua constitucionalidade, o que permite concluir que para o controle incidental realizado por meio do recurso extraordinário o desrespeito aos ditames constitucionais seria uma questão de constitucionalidade, mesmo que o elemento vergastado seja anterior à edição da nova Constituição.¹⁷⁶ Assim, no sistema jurídico brasileiro, a definição da compatibilidade de seus elementos anteriores à vigência da Constituição ficou sob o domínio do controle concreto de constitucionalidade, o que, em regra, não permitia uma solução satisfatória para o tema em termos gerais, quer dizer, aplicáveis a todos. O quadro mudou por conta do advento da Lei Federal 9.882, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Essa Lei autorizou, entre outras coisas, que o Supremo Tribunal Federal realize o controle abstrato de constitucionalidade dos atos praticados antes da vigência da presente Constituição.

¹⁷² Não obstante, há quem defenda a aplicação do critério da temporalidade mesmo em relação ao conflito de normas com diferentes hierarquias. Nesse sentido: NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 96. O autor (op. cit., loc. cit.) afirma que “[...] a lei incompatível com norma constitucional superveniente submeteu-se *também*, apesar de sua inferioridade hierárquica, à aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, sendo, portanto, lei revogada e, por esta razão, juridicamente “inexistente”, ou menor, não mais pertencente ao ordenamento jurídico.”

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 206.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75.

¹⁷⁵ DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 189-190.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 209.

Diante do exposto, observa-se que a decisão em torno da natureza jurídica do conflito entre os elementos do sistema jurídico anteriores e a nova Constituição é um problema de natureza prática, ou seja, dependerá das peculiaridades de cada sistema, que tem, conforme restou demonstrado, o poder de estruturar a questão de acordo com suas necessidades. Essa determinação pode ser feita no seio da própria Constituição, como foi o caso de Portugal, pode ser construída por conta da opinião do Tribunal Constitucional, como ocorreu na Alemanha, pode, ainda, ficar a cargo do legislador ordinário, como aconteceu no Brasil no tocante à regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Por fim, vale ressaltar que a Constituição utilizada como parâmetro para a aferição da constitucionalidade formal de um determinado elemento do sistema jurídico é aquela vigente ao momento da elaboração dele. Assim, a validade formal do ato não deve ser analisada em face da nova Constituição, aplicando-se, integralmente, a máxima *o tempo rege o ato (tempus regit actum)*.¹⁷⁷ Isso explica, inclusive, a situação recorrente de um diploma normativo editado sob antes da vigência da nova Constituição ser por ela recepcionado com natureza jurídica diversa da que possuía originariamente, adquirindo a posição que a nova ordem constitucional impõe em relação ao tema por ele tratado, por exemplo, o Código Tributário Nacional, que tinha natureza jurídica de lei ordinária originariamente, mas passou a ter natureza de lei complementar em virtude da determinação da nova Constituição de que os temas por ele tratados tinha de ser veiculados mediante lei complementar.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 83-84.

5 A VARIACÃO DAS TÉCNICAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM FUNÇÃO DA COMPLEXIDADE DA DEFINIÇÃO DA EFICÁCIA DO ATO JURÍDICO INCONSTITUCIONAL

5.1 Técnicas de controle de constitucionalidade e definição da natureza jurídica da inconstitucionalidade

Nesse ponto do estudo, procurar-se-á definir a natureza jurídica dessa consequência negativa atribuída pelo sistema jurídico em virtude da presença da violação da Constituição.

Tem-se procurado demonstrar que o Direito, em decorrência da inconstitucionalidade de um ato jurídico, em regra, retira-lhe a validade, o que produz consequências variadas também no plano da eficácia a depender do grau de incompatibilidade do ato viciado. Assim, um ato jurídico inconstitucional é inválido. Resta investigar qual o grau de invalidade que a inconstitucionalidade acarreta segundo a configuração do sistema jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, é importante frisar que não existe apenas um grau de invalidade. Diante da gravidade da infração e da importância do interesse resguardado pelo elemento violado, o sistema jurídico impõe sanções de maior ou menor magnitude. Essa definição é feita pelo sistema jurídico, por isso, trata-se de uma questão técnica legislativa.¹⁷⁸

Sobre a temática, Marcos Bernardes de Mello indica que no Direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) *nulidade*, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras consequências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto aos seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e (b) *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, pp. 4-5. No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 60-61; RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 234. Tratando, especificamente, da natureza da inconstitucionalidade, Elival da Silva Ramos (op. cit., loc. cit.) afirma que “Não se pode estudar a sanção de inconstitucionalidade sem se reportar a um específico ordenamento jurídico e ao regime sancionatório nele previsto.”

ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo.¹⁷⁹

Nesse contexto, procurar-se-á identificar a natureza jurídica da inconstitucionalidade no Direito brasileiro. Em termos de invalidade, observa-se que não é possível o estabelecimento de definições gerais e abrangentes o suficiente para abarcar todos os sistemas jurídicos existentes, afinal a configuração da ocorrência da invalidade e de suas consequências depende da disciplina específica estabelecida por cada sistema jurídico. Essa diversidade de disciplinamento decorre do fato de que cada sociedade possui uma realidade diversa, o que demanda do produtor do Direito a necessidade do estabelecimento de um regramento adequado para responder a essas demandas, criando, em muitas ocasiões, exceções às regras gerais. Isso tudo acaba por impossibilitar a indicação de características gerais comuns a todas as espécies de invalidade, restando, portanto, impedida a construção de princípios gerais sobre a validade. A situação é tão complexa que é admissível afirmar que não há, no âmbito da invalidade, a possibilidade do estabelecimento de normas gerais sem que se tenha que mencionar pelo menos uma exceção. Para ficarmos em termos do Direito brasileiro, um entre tantos outros exemplos demonstra a realidade ora apontada. Nesse sentido, observa-se que não é possível afirmar que ato nulo não produz efeitos, afinal o casamento putativo é eficaz em relação aos filhos e pode ser em face do(s) cônjuge(s), desde que esteja(m) de boa-fé, nos termos do art. 1.561, do Código Civil vigente. Por todas essas razões, fica explicado o porquê do insucesso das tentativas de elaboração de uma teoria geral da invalidade.¹⁸⁰

Feita essa advertência, buscar-se-á, neste momento, investigar o pensamento tradicional acerca do tipo de invalidade que caracteriza a inconstitucionalidade.

Historicamente, as primeiras considerações sobre o tema indicavam no sentido de que a natureza da inconstitucionalidade seria a de nulidade. O aresto da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison* (1803), que é apontado como paradigma da consagração do controle judicial de constitucionalidade, adotou essa postura. Naquela oportunidade, argumentou-se que o vício decorrente da inconstitucionalidade atinge o ato jurídico na sua própria origem, impedindo o reconhecimento de qualquer efeito jurídico por ele produzido. Nesse contexto, o judiciário apenas declara que reconhece o vício, produzindo esse pronunciamento judicial efeitos *ex tunc*, para fins de desfazer os efeitos jurídicos

¹⁷⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 60-61.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 15-17.

produzidos pelo ato jurídico inconstitucional, devendo ser alcançada uma situação jurídica equivalente àquela que haveria se o fato jurídico nunca tivesse existido.¹⁸¹⁻¹⁸²

Por outro lado, Hans Kelsen defendia a ideia de que a inconstitucionalidade geraria a anulabilidade do ato viciado. Assim, o autor aponta que:

[...] dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos: tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela; ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisdicionais proferidas com fundamento nessa lei. Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como "declaração de nulidade", quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como "nula desde o início" (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo.¹⁸³

Observa-se uma preocupação muito forte do autor com a possibilidade de qualquer pessoa negar vigência a uma lei sob o argumento que ela seria inconstitucional. Por essa razão ele afirma que “O que geralmente se chama nulidade é apenas o grau mais alto de anulabilidade, o fato de que todo sujeito, e não apenas um órgão especial, está autorizado a anular a norma.”¹⁸⁴ Segundo ele, a possibilidade de qualquer um negar vigência a uma suposta lei inconstitucional não seria adequada, afinal esse poder atribuído aos indivíduos em geral acarretaria grandes transtornos em função do arbítrio de cada um, o que geraria um estado de quase anarquia. Por essa razão, o Direito deve determinar quem será responsável por reconhecer ou não a constitucionalidade de uma lei. O autor aponta ainda que “O que é possível praticamente dentro de uma ordem jurídica é, quando muito, que todos estejam autorizados a considerar uma norma jurídica como nula, mas sob o risco de ter a sua conduta,

¹⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 123-124.

¹⁸² Sobre a inicial opinião dominante acerca da natureza jurídica da inconstitucionalidade, há quem aponte que existia uma verdadeira confusão entre os conceitos de inexistência e nulidade. Nesse sentido: NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 76-77. O autor (op. cit, loc. cit.) afirma que “Em sentido oposto à teoria kelseniana, grande parte da teoria jurídica, desde a célebre decisão de Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, vem sustentando ser "inexistente" a lei incompatível com a Constituição. Segundo esta concepção, a lei inconstitucional não pertenceria ao ordenamento jurídico, confundindo-se o nulo com o 'inexistente juridicamente'.”

¹⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 306-307.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 230.

caso ela seja contrária à norma, considerada pelo órgão competente como delito, desde que o órgão competente não confirme a opinião do sujeito quanto à invalidade da norma.”¹⁸⁵

Diante do exposto acerca do pensamento de Hans Kelsen sobre a natureza da invalidade advinda da inconstitucionalidade, pode-se chegar a algumas constatações.

Em primeiro lugar, o autor adota um conceito restritivo de nulidade, segundo o qual esse tipo de invalidade é o mais drástico de todos, autorizando a desconsideração do ato jurídico inválido independentemente de qualquer pronunciamento estatal sobre o assunto, o que outrora era denominado nulidade *ipso iure*. Atualmente, porém, segundo Marcos Bernardes de Mello, a nulidade de um ato jurídico não prescinde de seu desfazimento, ao menos quando haja a exigência de seu cumprimento por parte de alguém, o que gera no interessado a necessidade da obtenção de um pronunciamento estatal. Hoje a nulidade *ipso iure* tem uma natureza diversa, pois importa a situação em que a violação ao Direito é tão grave que permite a sua alegação por qualquer interessado. Assim, estaria superada a antiga construção romana da nulidade *ipso iure*, restando aplicável sua nova feição no sentido da necessidade do pronunciamento estatal acerca da nulidade, nos termos já expostos.¹⁸⁶ Destarte, constata-se que Hans Kelsen tinha razão em suas inquietações sobre uma possível natureza de nulidade *ipso iure* da inconstitucionalidade, afinal, se essa ideia já foi superada em relação à invalidade dos atos jurídicos em geral, quiçá em face dos atos estatais, normativos ou não. Em outros termos, se um indivíduo precisa de uma decisão judicial para se resguardar em face do descumprimento de um contrato nulo (ato jurídico em sentido amplo), o que dizer do descumprimento de uma lei, ainda que supostamente inconstitucional.

Na verdade, Hans Kelsen, além de adotar um conceito restritivo de nulidade, acaba por não diferenciá-lo do de inexistência jurídica. Conforme o posicionamento ora adotado, existência e validade de um fato jurídico seriam realidades distintas. Para que um fato seja considerado jurídico basta que ele atenda ao mínimo de requisitos previstos pelo Direito através das normas jurídicas para o ingresso em seus quadros, consoante apontado no item 2.2.1, mesmo que não haja o cumprimento de outros pressupostos apontados como necessários para sua validade. O Direito estipula condições para a existência, a validade e a eficácia dos fatos jurídicos. Hans Kelsen não faz claramente essa distinção, consoante já referido nos itens 2.2.1, 2.2.2 e 2.2.3, o que reflete a sua consideração de nulidade e

¹⁸⁵ Ibidem, p. 231.

¹⁸⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.

inexistência de uma lei como sendo a mesma realidade. O presente excerto de sua obra demonstra isso:

Não pode negar-se que há casos em que algo, especialmente uma ordem, que surge com a pretensão de ser uma norma jurídica, quer dizer, de ser uma norma posta por um ato conforme à norma fundamental, não costuma ser considerada tal por ninguém, sem que a ordem jurídica confira competência a todas as pessoas para essa apreciação, sem que seja sequer necessário um ato especial de anulação previsto pela ordem jurídica. Assim sucede quando, v. g., um internado num hospital de alienados edita uma "lei".¹⁸⁷

Ora, a situação descrita pelo autor, uma “lei” criada por um louco, demonstra um caso óbvio de algo que está fora do Mundo do Direito, logo não se cogita sequer sua existência jurídica, o que dizer de sua validade. Uma “lei” criada por um louco não atende aos requisitos mínimos estabelecidos pelo Direito para a consideração de que uma lei existe, consoante apontado no item 2.2.1. Trata-se de um caso de inexistência e não de invalidade como aponta o autor. Por outro lado, considerando, em seu pensamento, nulidade como sinônimo de inexistência, o que é plenamente possível, conforme ele mesmo aponta ao afirmar que “O caso de nulidade absoluta está fora do Direito”¹⁸⁸, pode-se concluir que o exemplo dado é de uma lei “nula”, nos termos da abrangência que o autor dá ao termo.

Em segundo lugar, verifica-se que a definição do autor de anulabilidade é bastante abrangente, pois possibilita que o ato inválido produza ou não seus efeitos próprios a depender do tipo de decisão tomada pelo órgão competente. Desconsiderando o que foi dito acima em relação à possibilidade de convalidação, que é distinta em se tratando de nulidade ou anulabilidade, consta-se que o conceito de Hans Kelsen de anulabilidade em cotejo com a conceituação do Direito brasileiro poderia ser enquadrado, ora como nulidade, caso não sejam considerados os efeitos do ato inválido, ora como anulabilidade, caso sejam considerados os efeitos produzidos pelo ato inválido. Isso é possível, pois a preocupação do autor não foi em construir uma distinção estrita entre anulabilidade ou nulidade, mas sim a defesa da ideia de que não deve haver a liberdade para que qualquer pessoa desconsidere um ato jurídico, sob a alegação de ele seria inconstitucional, independentemente de um pronunciamento estatal nesse sentido.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 308.

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 232.

Em resumo, a conceituação de Hans Kelsen sobre a invalidade tem como gênero a anulabilidade em sentido amplo e por espécies a anulabilidade em sentido estrito e a nulidade. A anulabilidade em sentido estrito pode ter diversos graus à medida que autorize ou não a manutenção dos efeitos produzidos pelo ato inválido a depender do pronunciamento sempre necessário pela autoridade competente. Já a nulidade seria uma espécie de contrariedade tão grave ao direito que autorizaria sua desconsideração por qualquer indivíduo, mesmo sem que tenha havido um posicionamento estatal prévio.

Na verdade, a definição dos contornos da invalidade e, conseqüentemente, da inconstitucionalidade depende da análise da maneira como está organizado cada sistema jurídico. Por esta razão, contata-se que há uma direta relação entre os instrumentos de controle de constitucionalidade e a definição da natureza jurídica da própria inconstitucionalidade. Sobre o tema, colaciona-se um trecho da obra de Marcelo Neves:

Espécie de norma inválida, a lei inconstitucional pode ser classificada, conforme a doutrina tradicional, como nula ou anulável. Esta classificação dependerá da espécie de sistema orgânico e processual de controle da constitucionalidade que seja adotado, principalmente no que concerne à eficácia da decisão sobre a inconstitucionalidade das leis. Nos sistemas de controle difuso, no modelo norte-americano, onde a inconstitucionalidade pode ser declarada em qualquer tempo, no julgamento de um caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal, com eficácia *ex tunc* e *inter partes*, evidentemente a lei inconstitucional aproxima-se do conceito típico de nulidade (> não-convalidação e eficácia *ex tunc* da declaração de invalidade). E no sistema alemão (RFA) de controle concentrado em tribunal especial, onde a decretação de inconstitucionalidade da lei tem eficácia *ex tunc* e *erga omnes*, podendo ser provocada a qualquer tempo, a lei inconstitucional corresponde ainda mais ao conceito típico de nulidade, pois implica também eficácia absoluta (*erga omnes*) da decretação de inconstitucionalidade. Já no sistema austríaco de tribunal especial, embora mantido o princípio da imprescritibilidade da arguição de inconstitucionalidade, que implica não-convalidação da lei inconstitucional, e atribuída eficácia *erga omnes* à decretação de inconstitucionalidade (elementos característicos da nulidade), há uma correspondência com o conceito típico de anulável, pois a decretação de inconstitucionalidade tem eficácia genérica *ex nunc*, atingindo retroativamente apenas o caso concreto *sub judice*. O mesmo se nos afigura ocorrer no sistema de tribunal especial adotado na Itália, apesar de haver sofisticadas controvérsias doutrinárias a respeito do assunto.¹⁸⁹

Diante do exposto pelo autor, verifica-se que a natureza jurídica da invalidade decorrente da inconstitucionalidade depende do modo como está construído o sistema de controle de constitucionalidade, afinal isso é o que vai definir as conseqüências jurídicas advindas da invalidade do ato inconstitucional, em especial no tocante à sua eficácia jurídica. Essas observações acrescidas do que já foi exposto sobre a variação na conceituação das

¹⁸⁹ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 81-82. No mesmo sentido: RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 234. O autor (op. cit., loc. cit.) adverte que “O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento.”

invalidades levam à conclusão de que não é possível estabelecer uma definição geral da natureza jurídica da inconstitucionalidade (anulabilidade ou nulidade), até porque a própria extensão de cada uma dessas categorias depende do modo como o sistema jurídico a define.

Já seria possível alcançar essa conclusão apenas considerando os modelos de controle elencados pelo autor, onde, em maior ou menor medida, é possível identificar a inconstitucionalidade ora como nulidade em um modelo ora como anulabilidade em outro. Ocorre que mesmo os modelos tradicionais de controle de constitucionalidade como o austríaco ou o dos Estados Unidos tem se deparado com problemas diante da opção em tratar a inconstitucionalidade como causa de um tipo específico de invalidez em seus contornos tradicionais: a nulidade e a anulabilidade respectivamente.

Na Áustria, com uma reforma constitucional ocorrida em 1929, ficou estabelecido que o *Oberster Gerichtshof* e o *Verwaltungsgerichtshof*, ao se depararem com a necessidade da análise da constitucionalidade de uma lei para o julgamento de um processo em andamento, podem encaminhar a questão constitucional para a Corte Constitucional, que decidirá sobre a constitucionalidade do ato normativo questionado. Considerando que as decisões da Corte Constitucional que reconheciam a inconstitucionalidade de certo ato só impediam que ele produzisse seus efeitos próprios a partir de sua publicação ou de outro momento futuro (até um ano depois da decisão), restaria inócua essa decisão para o deslinde do caso concreto perante o *Oberster Gerichtshof* ou *Verwaltungsgerichtshof*. Diante de tal dificuldade, admitiu-se que a decisão da Corte Constitucional impedisse que o ato inconstitucional produzisse efeitos em relação às partes do processo em andamento junto ao *Oberster Gerichtshof* ou *Verwaltungsgerichtshof*, mesmo que retroativamente em relação à decisão do caso.¹⁹⁰

Essa solução austríaca não é livre de críticas, afinal, consoante aponta Mauro Cappelletti:

“[...] a limitada retroatividade dos pronunciamentos da Corte Constitucional austríaca pode se transformar, na prática, em uma grave disparidade de tratamento dos cidadãos, porque, se beneficia às partes do procedimento em curso no qual a questão constitucional foi arguida, não tem qualquer efeito em relação aos possíveis casos análogos, pendentes, cuja decisão continuará a ser regida pela norma declarada inconstitucional.”¹⁹¹

¹⁹⁰ CAPPELLETI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, SAFE, 1992, pp. 120-121.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 122.

Nos Estados Unidos, também, visualiza-se uma mitigação da ideia de que os atos inconstitucionais seriam nulos, logo não produziram seus efeitos próprios. As exigências práticas fizeram com o Direito estadunidense alterasse sua conformação, afinal algumas vezes uma lei inconstitucional é aplicada por todos pacificamente e por um longo período de tempo, por exemplo, um servidor público nomeado com base em uma lei muitos anos depois declarada inconstitucional. Essas e outras situações análogas demonstraram que destituição de todos os efeitos produzidos por uma lei inconstitucional, em certas ocasiões, não seria a melhor solução, afinal haveria graves repercussões sobre a paz social, que exige um mínimo de certeza e estabilidade das situações jurídicas.¹⁹²

Assim, constata-se que nem mesmo nesses sistemas jurídicos que adotam modelos mais simples de controle de constitucionalidade é possível identificar uma natureza única para a inconstitucionalidade, a menos que se alargue tanto o conceito de nulidade e anulabilidade ao ponto de serem possíveis afirmações do tipo: o ato jurídico inconstitucional é, em regra, nulo, mas pode ser anulável e vice-versa.

Caso o modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo sistema jurídico analisado se enquadre nos critérios estabelecidos pelo próprio sistema para definir as espécies de invalidade (nulidade, anulabilidade ou outro tipo), pode-se afirmar que em relação a esse sistema jurídico a inconstitucionalidade tem a natureza de nulidade ou anulabilidade, conforme o enquadramento obtido. Essa hipótese parece remota, pois até mesmo os modelos pioneiros e tradicionais (estadunidense e austríaco) já apresentam imbricações. Por outro lado, havendo a adoção de métodos de controle de constitucionalidade que impliquem possibilidades distintas acerca do reconhecimento da extensão da eficácia do ato inconstitucional, conclui-se que neles dificilmente haverá a possibilidade do enquadramento dessa invalidade em uma das espécies gerais traçadas pelo próprio sistema jurídico (nulidade, anulabilidade ou outro tipo), sob pena do desvirtuamento deles, pelas razões já expostas no parágrafo anterior. Diante dessa última possibilidade, parece que a melhor solução é considerar a inconstitucionalidade uma espécie especial de invalidade, que comporta características típicas de cada um dos tipos tradicionais (nulidade e anulabilidade) no tocante à eficácia do ato jurídico inconstitucional.

Em verdade, constata-se que o problema em relação à definição da natureza da inconstitucionalidade (nulidade ou anulabilidade) tem por cerce a determinação da

¹⁹² Ibidem, pp. 122-124.

possibilidade ou não do ato jurídico inconstitucional produzir os efeitos jurídicos que lhes são próprios, ou seja, trata-se de uma temática diretamente vinculada ao plano da eficácia. Noutras palavras, a grande questão é identificar se o sistema jurídico autoriza ou não o reconhecimento da eficácia jurídica do ato inconstitucional, independentemente da rotulação que seja dada à invalidade desse ato (nulidade ou anulabilidade), afinal a própria caracterização do nulo e do anulável depende do respectivo sistema jurídico. Nessa seara, procurar-se-á demonstrar que a possibilidade do reconhecimento da eficácia do ato inconstitucional é uma consequência da natureza sistemática do ordenamento jurídico.

A partir de agora, ater-se-á ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, visando buscar a natureza da inconstitucionalidade no sistema jurídico do Brasil.

O controle de constitucionalidade normalmente é classificado de acordo com quatro critérios. Em primeiro lugar, faz-se a distinção entre o controle difuso, que seria o realizado por todos os juízes ou tribunais, enquanto o concentrado teria por característica principal o fato de ser exercido por um órgão de cúpula. Por outro lado, o controle seria identificado como concreto, quando o julgamento da constitucionalidade for matéria apreciada em um caso concreto, ou seja, como prejudicial para a solução de uma lide, sendo considerado abstrato, na hipótese da análise da constitucionalidade ser o objeto principal do processo.

Em geral, costuma-se relacionar o controle difuso ao concreto e o concentrado ao abstrato. Por outro lado, não há impedimento para que o controle de constitucionalidade seja difuso, porém abstrato, sendo a análise de constitucionalidade realizada em tese, mas por qualquer órgão judicial.¹⁹³ Há mesmo quem negue a dicotomia entre controle abstrato e concreto.¹⁹⁴ A diferença crucial que existiria entre o controle difuso e o concentrado seria a de que as decisões tomadas no primeiro teriam eficácia *inter partes*, enquanto as do segundo produziriam efeitos *erga omnes*, no entanto, até essa particularidade vem sendo questionada.

A história do Direito Constitucional brasileiro aponta, em um primeiro momento, o surgimento do controle difuso de constitucionalidade a partir da Constituição de 1891. O primeiro diploma normativo a regulamentá-lo de forma expressa foi a Lei 221/1894, que continua vigente nesse ponto. Em um segundo momento, surgiu o controle concentrado de

¹⁹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. “O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro”. In: ALENCAR, Rosmar A. R. Cavalcanti (org.). *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.202.

¹⁹⁴ Nesse sentido: APPIO, Eduardo. *A teoria da inconstitucionalidade induzida*. Disponível em: <<http://www.eduardoappio.com.br/artigos/02%20A%20TEORIA%20DA%20INCONSTITUCIONALIDADE%20INDUZIDA.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2010.

constitucionalidade com o advento da Constituição de 1934. Hoje o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade comporta tanto o controle difuso, que é exercido por todo e qualquer juiz, quanto o concentrado, sendo exercido pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça. As decisões proferidas em sede de controle concentrado possuem eficácia contra todos e, em regra, privam o ato eivado de inconstitucionalidade de eficácia desde o momento de sua criação. No controle difuso, por outro lado, em regra, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade produz seus efeitos em relação apenas às partes do processo, havendo a possibilidade de extensão desses efeitos para todos através de uma opção do Senado Federal, desde que a decisão em sede de controle difuso tenha sido tomada pelo Supremo Tribunal Federal, ou mesmo por conta da própria decisão do Supremo, considerando a objetivação dos efeitos de sua decisão.

Atualmente, o controle concreto de constitucionalidade concentrado é realizado pelo Supremo Tribunal Federal através de quatro ações constitucionais: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADIn interventiva) a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). O rito procedimental a ser adotado no julgamento das duas primeiras é o previsto pela Lei Federal 9.868/99 e da última pela Lei Federal 9.882/99. Ressalta-se que todas essas ações possuem rol taxativo de legitimados para sua proposição, conforme elencado pelo art. 103, da Constituição de 1988. Além dessa característica, as quatro ações apresentam muitos outros pontos em comum, conforme se depreende da análise das respectivas leis.

Observa-se atualmente uma tendência à atribuição de maior relevância às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Desse modo, sustenta-se que as decisões do pleno desse tribunal deveriam ser vinculantes em relação aos outros Tribunais e juízos de direito, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Destarte, não haveria muita diferença entre as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade.

Esse entendimento não pode ser visto apartado de outra característica comum da atual organização do Poder Judiciário: a prevalência das decisões dos tribunais superiores em face dos demais. Essa particularidade da atual configuração do sistema normativo brasileiro é observável nos seguintes exemplos:

1. O próprio juiz prolator da sentença contra a qual uma parte se insurge pode não receber o respectivo recurso de apelação, desde que a sua decisão esteja de acordo com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (§1º, do art. 518, do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 11.276/06);
2. Nos tribunais, o relator nega seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (*caput* do art. 557, do CPC, com redação dada pela Lei nº 9.756/1998); ou, por outro lado, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator dá provimento ao recurso (§1º-A, do art. 557, do CPC, redação dada pela Lei nº 9.756/1998);
3. Ainda em relação ao julgamento nos tribunais, o relator pode, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; pode ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial (§3º, do art. 544, do CPC, redação dada pela Lei nº 9.756/1998);
4. O Supremo Tribunal Federal pode, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida pela lei 11.417/2006;
5. Não tem cabimento a remessa necessária em favor da Fazenda Pública quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente (§3º, do art. 475, do CPC, Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

Da análise desses exemplos pode-se concluir a importância que os precedentes vêm tomando em nosso sistema jurídico, especialmente, os proferidos pelos tribunais superiores. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, para citar os dois principais, tem influência enorme sobre os demais ramos do Poder Judiciário. Observa-se, nitidamente, que há certa imposição para que essas decisões sejam

seguidas como paradigmas pelo restante dos tribunais e juízes. Em relação às súmulas vinculantes, a impositividade é expressa.

No tocante à denominada “abstração ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade” Fredie Didier Júnior aponta como exemplo o procedimento de julgamento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, disciplinado pela Lei n.º 10.259/2001, pois a decisão do Supremo é vinculante para as turmas recursais, podendo, ainda, suspender o processamento de outros recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão constitucional. Indica, ainda, outros exemplos dessa tendência: como a súmula vinculante; a dispensa do preenchimento do pré-questionamento em um recurso extraordinário, ao argumento de que deveria ser efetivado o entendimento do Supremo em detrimento do que havia decidido o tribunal local (AI n.º. 375.011 – Informativo 365); a admissão da possibilidade do julgamento de recurso extraordinário com base em fundamento diverso do enfrentado pelo tribunal *a quo* (RE n.º. 298.694); entre outras situações.¹⁹⁵

Em todos os exemplos, nota-se a intenção já apontada, de que as decisões suplantem os limites da demanda em que são tomadas, principalmente, quando exaradas pelos tribunais superiores, mas não exclusivamente. Como indicação da aplicação desse postulado em relação ao juiz singular, o art. 285-A, do CPC, incluído pela Lei 11.277/2006, dispõe que:

Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Nesse contexto, a ideia de que o controle de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal tenha caráter vinculativo e eficácia *erga omnes*, mesmo que realizado no julgamento de um caso concreto (controle difuso), enquadra-se, perfeitamente, na magnitude que vem adquirindo os precedentes judiciais no Brasil. Diga-se, ainda, que serve como instrumento para que o Supremo Tribunal Federal exerça com maior plenitude sua tarefa de guardião maior da Constituição Federal.

Esse breve panorama acerca do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade já demonstra a complexidade que o fenômeno da constitucionalidade apresenta em nosso sistema jurídico. De um lado há a objetivação do controle difuso de constitucionalidade

¹⁹⁵ DIDIER JÚNIOR., Fredie. “O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro”. In: ALENCAR, Rosmar A. R. Cavalcanti (org.). *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 206.

quando realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o que possibilita que uma decisão tomada para o deslinde de uma situação concreta tenha efeitos gerais; de outro lado, a própria importância que o controle concentrado de constitucionalidade apresenta. Isso já basta para identificar que o nosso modelo de controle tem mais minúcias que os modelos tradicionais já expostos, mas ainda há a problemática atinente à produção dos efeitos pelo ato inconstitucional, o que traz importantes consequências em face do controle difuso e do controle concentrado. Nessa seara, tanto no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade quanto no do difuso, sistema jurídico brasileiro autoriza a consideração dos efeitos produzidos pelo ato jurídico inconstitucional, desde que haja um pronunciamento estatal nesse sentido.

No tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, o art. 27, da Lei Federal 9.868/99, e o art. 11, da Lei Federal 9.882/99, preveem a possibilidade da aplicação da modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ambos os artigos possuem quase a mesma redação, dispondo, nos termos do art. 27, da Lei Federal 9.868, que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A extensão da aplicação dessa previsão ao controle difuso efetuado pelo Supremo Tribunal Federal decorre de sua própria jurisprudência, conforme se depreende de um de seus julgados:

EMENTA: IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS). INCIDÊNCIA SOBRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NA DECISÃO EMBARGADA. OCORRÊNCIA. **A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade.** Requisitos ausentes na hipótese. Precedentes da Segunda Turma. Embargos de declaração acolhidos apenas para suprir a omissão apontada, mantendo-se, contudo, a conclusão da decisão embargada. (grifos não presentes no original).¹⁹⁶

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 553223 AgR-ED*, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008. DJe-241, Divulgado em 18/12/2008, publicado em 19/12/2008. Ementário vol. 2346-13, p. 2958.

Diante desse contexto, observa-se que, no Direito brasileiro, a inconstitucionalidade apresenta uma conformação tal que é possível que um ato eivado desse vício produza ou não efeitos jurídicos a depender do pronunciamento judicial em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Essa situação permite concluir que não é possível enquadrar a invalidade decorrente da inconstitucionalidade nos contornos gerais de nenhuma das categorias de invalidade estruturadas pelo nosso Direito positivo brasileiro (nulidade ou invalidade), sob pena de incorreremos nas contradições já expostas acima.

Na verdade, no Direito brasileiro, a inconstitucionalidade possui características mais próximas da nulidade, por exemplo, a impossibilidade de convalidação. Não se admite, mesmo que no caso de uma inconstitucionalidade formal, a convalidação do vício decorrente do descumprimento de alguma norma constitucional. Sobre o tema específico da convalidação da inconstitucionalidade formal, o Supremo Tribunal Federal, revendo o seu entendimento, determinou que nem mesmo a sanção presidencial convalidaria uma lei de sua privativa iniciativa que tenha sido apresentada ao Poder Legislativo por outro sujeito, conforme demonstra a seguinte decisão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 1.007/96, DO DISTRITO FEDERAL. VINCULAÇÃO DO REAJUSTE DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES DISTRITAIS AOS PERCENTUAIS CONCEDIDOS PELA UNIÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO INCISO XIII DO ART. 37 E À ALÍNEA A DO INCISO II DO § 1.º DO ART. 61, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Diploma legal que, tendo resultado de projeto de lei de autoria de parlamentar, viola a iniciativa privativa do Chefe do Executivo para leis que disponham sobre aumento de remuneração de servidores, em vício de inconstitucionalidade formal não convalidado pela sanção, não mais sendo aplicável a Súmula 5 desta Corte. Precedentes. Ação julgada procedente.¹⁹⁷

Não obstante, a consideração da possibilidade recorrente de um ato normativo inconstitucional produzir seus efeitos implica na aproximação com a ideia de anulabilidade. Nada impede a expansão do conceito de nulidade ou anulabilidade para que alcance a invalidade decorrente da inconstitucionalidade, mas a escolha por qualquer um dos tipos de invalidade acarretaria a inclusão de uma exceção a seus contornos tradicionais, o que não seria um problema não fosse essa exceção tão recorrente ao ponto de não se saber mais qual é a regra e qual é a exceção, independentemente da opção por nulidade ou anulabilidade. A opção por qualquer um desses enquadramentos (nulidade, anulabilidade ou um tipo especial) não traz maiores consequências práticas, afinal o fato é que é possível que um ato

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1438*, Relator: Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2002. DJ 08/11/2002, p. 21. Ementário vol. 2090-02, p 278.

inconstitucional produza ou não seus efeitos segundo a configuração de diversos sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro. Nessa seara, a violação de uma norma jurídica por um ato jurídico implica na sua invalidade, independentemente da rotulação (nulidade ou anulabilidade), mas isso não impede que o ato inconstitucional produza seus efeitos próprios, isto é, seja eficaz, o que vai depender de realização de outras normas constitucionais, consoante será investigado.

Acredita-se ser essa a melhor configuração do sistema jurídico no tocante à natureza jurídica da inconstitucionalidade, possibilitando ou não que o ato inconstitucional produza seus efeitos em face das peculiaridades do conflito. Apontar-se-á dois exemplos em que a adoção de uma das duas ideias tradicionais acerca da inconstitucionalidade (nulidade ou anulabilidade) impediria a obtenção da melhor decisão.

Em primeiro lugar, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3430, reconheceu que era inconstitucional uma lei estadual que tratava da contratação temporária de servidores público para a área da saúde de determinado estado. Não obstante, o tribunal determinou que a lei vergasta produzisse efeitos por mais 60 (sessenta) dias a partir da comunicação ao Estado, pois havia um surto de uma doença grave no país. Caso nosso sistema jurídico não fosse configurado de modo a permitir a consideração, em certas hipóteses, dos efeitos do ato inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal teria que determinar o imediato afastamento dos servidores da saúde indevidamente contratados, o que poderia acarretar transtornos gravíssimos em função do momento histórico vivido à época. Destarte, constata-se que, em casos como o apontado, não seria adequada a solução encontrada por um regime que considera de forma absoluta a nulidade do ato inconstitucional, isto é, que não autoriza, em certa medida, a consideração de seus efeitos.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82959, considerou inconstitucional disposições legais que impediam a progressão de regime para os que tivessem praticado um crime hediondo. Apesar de essa decisão ter sido tomada em sede de controle difuso, pode-se utilizá-la como exemplo de uma situação que não seria resolvida de forma satisfatória por um sistema jurídico que adotasse a ideia de que a inconstitucionalidade acarretaria a anulabilidade nos termos gerais do conceito. Nessa situação hipotética, a decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade de uma lei igual ou análoga impediria a produção de seus efeitos a partir do pronunciamento ou de uma data

futura, mas manteria intactos os efeitos já produzidos, logo os que tinham tido sofrido as consequências do ato inconstitucional ficariam desamparados.

O quadro traçado indica que a melhor solução é a análise das circunstâncias que envolvem os elementos em conflito para fins da definição da abrangência da inconstitucionalidade. Essa aceitação dos efeitos produzidos por um ato inconstitucional não implica uma mitigação da supremacia da Constituição, pelo contrário. Só é admissível o acatamento da eficácia do ato inconstitucional se essa situação realizar valores constitucionais de elevada importância. Não por acaso, o legislador brasileiro atrelou essa possibilidade ao atendimento de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.

Ocorre que essa não é uma opinião unânime na doutrina. Alguns autores acreditam que a configuração do sistema jurídico brasileiro prescreve a adoção da ideia de nulidade em seus contornos tradicionais, ou seja, não seria possível que o ato jurídico inconstitucional produzisse seus efeitos próprios.

Nesse contexto, Elival da Silva Ramos argumenta que a previsão de que seria possível a modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade só poderia ser feita em nível constitucional, pois isso iria de encontro ao princípio da nulidade do ato inconstitucional, que seria uma norma implícita na Constituição Federal brasileira em decorrência do modo como está organizado o modelo de fiscalização da constitucionalidade.¹⁹⁸

Ainda sobre o tema, Ivo Dantas não discorda da forma como foi feita a previsão da modulação dos efeitos, mas do instituto mesmo. O autor afirma que isso seria o fim da rigidez constitucional, o que não seria aceitável de maneira alguma, afinal o ato inconstitucional não poderia produzir nenhum efeito, nada importando que outros modelos constitucionais adotem a mesma solução.¹⁹⁹

Observa-se que os argumentos utilizados pelos autores mencionados são distintos. Elival da Silva Ramos não é contrário à ideia da modulação, pelo contrário, ele considerava importante e relevante essa medida, pois permite a ponderação entre a norma constitucional

¹⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectiva de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300.

¹⁹⁹ DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 244.

violada e outras, no entanto, seria preciso a previsão constitucional dessa situação.²⁰⁰ Por outro lado, Ivo Dantas não concorda com o reconhecimento mesmo da produção de efeitos pelo ato inconstitucional, pois isso violaria a supremacia da Constituição.

Não obstante, acredita-se que o reconhecimento, em certa medida, da eficácia produzida por um ato inconstitucional é plenamente válido no Direito brasileiro, afinal a aplicação do princípio da supremacia constitucional não implica, simplesmente, a desconsideração de qualquer efeito decorrente do desrespeito de certa norma constitucional.

A Constituição faz parte do ordenamento e esse é um sistema de normas jurídicas, conforme apontado no item 1.2, o que torna necessária a consideração global das normas constitucionais em jogo. No exemplo da inconstitucionalidade da lei sobre a contratação de servidores da saúde, verifica-se que além da norma constitucional violada, que trata da contratação de serviços públicos, estava em jogo as normas constitucionais que preveem o direito à saúde e a vida, que estariam seriamente afetadas caso houvesse o imediato afastamento dos servidores.

Nessa seara, a possibilidade de produção de efeitos pelo ato inconstitucional decorre da própria natureza do sistema jurídico, que permite sopesar outras normas constitucionais aplicáveis ao caso concreto além daquela(s) violada(s) pelo ato para fins de considerar necessária, em certa medida, a manutenção dos efeitos produzidos pelo ato inconstitucional, pois esses efeitos realizariam outros valores constitucionais.²⁰¹

Não sendo adotado esse posicionamento, muitas situações fáticas levadas à consideração da jurisdição constitucional não teriam uma solução satisfatória, pois as suas peculiaridades não seriam abarcadas pela mera consideração de que o ato inconstitucional não poder ser eficaz.

²⁰⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectiva de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 297-298. O autor (op. cit., loc. cit) afirma que “As consequências drásticas da sanção de nulidade no tocante às relações jurídicas estabelecidas sob o pálio da lei declarada inconstitucional têm levado os órgãos de controle, nos sistema que a acolhem, a procurar resguardar algumas situações subjetivas, em atenção a determinados princípios constitucionais igualmente dignos de tutela, tais como coisa julgada, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana, a que se vincula o direito à subsistência com o fruto do trabalho presente ou passado (vencimentos, salários, proventos e pensões) etc.”

²⁰¹ No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 395; PIMENTA, Roberto Lyrio Pimenta. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais* São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58.

5.2 As vicissitudes da definição da constitucionalidade de uma ato jurídico

A constatação de que um determinado ato jurídico é constitucional ou inconstitucional é uma decisão que reflete o momento histórico em que foi tomada, mas que pode sofrer alteração em decorrência de uma série de condicionantes diversos.

Um dos fatores de maior repercussão e que é visualizado de maneira bem evidente é a composição do órgão responsável pela resposta acerca da constitucionalidade. Nessa seara, pode-se observar, no passado próximo, como a indicação de um Ministro para ocupar uma vaga no Supremo Tribunal determinou de forma decisiva o posicionamento do tribunal acerca da constitucionalidade de uma lei importantíssima na definição das regras do jogo eleitoral brasileiro, a Lei Complementar 135, de 2010, conhecida por Lei Ficha Limpa. Considerando que o tribunal estava desfalcado com um Ministro a menos e que houve um empate em cinco a cinco na votação a respeito da constitucionalidade da referida lei, ficou-se por um tempo considerável em uma tremenda insegurança acerca da eventual postura que seria adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, o voto do 11º (décimo primeiro) Ministro teria um papel fundamental. Por fim, após um longo tempo de incerteza, o Ministro nomeado para ocupar a vaga ociosa votou pela inconstitucionalidade da aplicação da referida lei.

Essa simples história indica o quanto pode ser relativa a definição da constitucionalidade ou não de um ato jurídico. Nada impede que, daqui a poucos dias, ocorra uma mudança na composição do Supremo Tribunal Federal que acarrete a alteração de sua visão acerca da matéria. Essa é uma situação natural, afinal trata-se de uma atuação humana determinada por uma série de razões incalculáveis. Os argumentos favoráveis ou contra a constitucionalidade da lei vergastada são interessantes e igualmente plausíveis, tanto que, em um primeiro momento a Corte ficou dividida ao meio. Ora, 10 (dez) pessoas que, em maior ou menor medida, são estudiosos do Direito do mais alto gabarito ficaram divididos sobre a temática, o que indica a importância dos dois lados da questão. Em suma, situações como esta demonstram que, em certas ocasiões, a definição da constitucionalidade ou não de um ato jurídico acaba sendo uma decisão pontual que pode ser alterada a qualquer momento.

Obviamente que essa não é uma situação ideal, no entanto, não se pode fugir disso, a não ser que se encontrem seres iluminados que sempre forneçam a melhor resposta para qualquer questionamento, o que parece pouco provável. Não se adota um posicionamento tão drástico quanto Hans Kelsen ao afirmar que “Caso houvesse uma justiça objetivamente

reconhecível, não haveria Direito positivo e, conseqüentemente, Estado; pois não seria preciso coagir as pessoas a serem felizes.”²⁰² Não obstante, observa-se que a dificuldade na definição de que algo é justo não impede que sejam obtidos consensos mínimos capazes de manter certas posturas adotadas. Nesse contexto, a legitimidade de qualquer poder estatal decorre da obtenção desse consenso mínimo capaz de mantê-lo, o que se aplica em toda medida ao Poder Judiciário.

Mesmo sem a modificação da composição de um tribunal, a mudança em relação à constitucionalidade ou não de um ato jurídico pode decorrer de outros fatores. As modificações na conformação da sociedade são uma constante humana. Considerando essas alterações no tempo social, o Direito se vê obrigado a ser atualizado constantemente, mesmo que as palavras expressas em suas leis não se alterem. O papel de destaque da Constituição como conformadora de todo o sistema jurídico implica na necessidade que ela reflita a sociedade que visa regular. A forte presença de normas com o caráter mais abrangente e indeterminado, em especial os princípios, permite que a Constituição vá sendo atualizada mesmo que seu texto permaneça intacto. Essa atualização decorre, principalmente, da interpretação jurisprudencial. Nesse contexto, a atuação das razões mais diversas ao longo do tempo pode implicar que a mesma lei outrora considerada constitucional passe a ser tachada de inconstitucional, ou vice-versa, independentemente da alteração formal do texto constitucional ou do próprio texto legal analisado. Essa hipótese só fica afastada quando a decisão que reconhece inconstitucionalidade acarreta a exclusão da lei dos quadros do sistema jurídico.²⁰³

Sobre a possibilidade da reapreciação acerca da constitucionalidade de uma lei já declarada em sede de controle concentrado constitucional, Gilmar Ferreira Mendes indica que essa é uma situação possível nas “hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.”²⁰⁴⁻²⁰⁵ Ressalta-se que o autor faz essa afirmação em razão do sistema jurídico brasileiro e do alemão.

A situação tanto mencionada da alteração do sentido da Constituição sem a alteração de seu texto tem sido designada pela doutrina de *mutação constitucional*. Essa modificação

²⁰² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 19.

²⁰³ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 152-154.

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 363.

²⁰⁵ No mesmo sentido: IVO, Gabriel. *Norma Jurídica - produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 159.

decorre da necessidade da atualização da Constituição diante do devir histórico. Assim, “uma mutação constitucional modifica o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente.” Esses processos que acarretam o advento de uma mutação constitucional não tem relação com o tempo de vigência da Constituição, podendo ocorrer de forma rápida ou gradual.²⁰⁶

O sistema brasileiro tem verificado a ocorrência de mudanças no sentido da Constituição Federal em decorrência de mutações constitucionais realizadas em função da interpretação constitucional praticada pelo Supremo Tribunal Federal. Essas alterações informais da Constituição acabam implicando consequências importantes na consideração da validade dos atos jurídicos. Recentemente, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal alterou sua secular jurisprudência para reconhecer que os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos tem natureza supra legal no sistema jurídico brasileiro, o que importou, por exemplo, na impossibilidade da prisão do depositário infiel, conforme restou decidido no *Habeas Corpus* n.º 96.772, cuja ementa faz expressa referência ao fenômeno da mutação constitucional:

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.²⁰⁷

Ora, diante da possibilidade da alteração do posicionamento estatal acerca da constitucionalidade de certo ato jurídico, verifica-se a necessidade, em certas ocasiões, da modulação dos efeitos dessa nova decisão, pois ruptura abrupta do padrão de decisões geraria insegurança jurídica, o que violaria a Constituição.

²⁰⁶ HESSE, Konrad. *Temas do direito constitucional*. Textos traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 149-151.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 96772*, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009. DJe-157, divulgado em 20/08/2009, publicado em 21/08/2009. Ementário vol. 2370-04, p. 811. RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-18.

4.3 Omissões do poder público e inconstitucionalidade

Conforme indicado no item 3.4.1, a modificação no perfil do Estado atual trouxe consequências importantes para a definição da eficácia dos atos jurídicos inconstitucionais. Outrora, a maneira comum de descumprir a Constituição era agir em desconformidade com seus ditames, isto é, fazer algo contrário às normas constitucionais. Hodiernamente, as Constituições preveem uma série de comportamentos positivos exigíveis, procurando garantir a sua realização através da imposição da sanção da inconstitucionalidade em face do não cumprimento desses deveres, ou seja, a Constituição pode ser violada através de um não fazer. Desta forma, as Constituições têm determinado que sua violação não decorra apenas de ações, mas também de omissões. Nessa seara, o que nos interessa para demonstrar a complexidade da definição da constitucionalidade é a situação apontada como omissão parcial.

Como já indicado, a omissão estatal inconstitucional decorre da exigência constitucional de ação, que não foi realizada ou não foi realizada a contento. Nessa distinção entre a conduta exigida pela Constituição que não foi realizada ou não o foi de maneira adequada é que é possível identificar, respectivamente, duas espécies de omissão: a total e a parcial. Na omissão parcial, o poder público age, mas de maneira deficiente uma vez que não cumpre integralmente as imposições constitucionais. Não é difícil constatar uma omissão total, mas em relação à omissão parcial a realidade é diversa, afinal há uma conduta positiva, que pode acarretar uma inconstitucionalidade por ação.²⁰⁸ Um exemplo ilustra os possíveis problemas advindos de uma omissão parcial: o art. 37, X, da Constituição Federal de 1988, determina que anualmente seja feita a revisão geral dos servidores públicos, não obstante, aprova-se uma lei que concede aumento expressivo apenas a uma pequena parcela dos servidores. A aferição da constitucionalidade de uma lei dessas não é nada simples, afinal são diversos os aspectos que devem ser levados em consideração.

Um caso de omissão parcial como ventilado demonstra que houve parcialmente o adimplemento da norma constitucional que impõe o dever da revisão anual dos vencimentos dos servidores públicos. Nesse ponto o ato jurídico seria constitucional. Por outro lado, o princípio da isonomia implica na dispensa de tratamento igual àqueles que estão na mesma situação, o que é explicitado ainda mais pela norma constitucional que determina a

²⁰⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

necessidade de que revisão constitucional seja geral. Sob esse prisma, a lei que concede uma revisão parcial de salários seria inconstitucional. Diante da complexidade trazida pelo caso, o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade se depara com um paradoxo: determinar que o ato seja ineficaz, impedindo que os servidores agraciados com o aumento o recebam, ou considerá-lo constitucional e compactuar com o descumprimento da norma constitucional que impõe a necessidade da revisão geral. Várias são as soluções apontadas pelos diversos sistemas jurídicos vigentes.

Em primeiro lugar, observa-se que a simples consideração da inconstitucionalidade da lei, desconsiderando a concessão do benefício, não seria a melhor opção, pois não resolveria o problema da omissão parcial à medida que suprimiria a vantagem concedida, em princípio licitamente, mas não implicaria na concessão dela aos segmentos preteridos, o que aprofundaria ainda mais o estado de contrariedade à Constituição.²⁰⁹ Nessa seara, torna-se necessária a definição de outra solução para o problema. Diante de situações dessa natureza, o Tribunal Federal alemão tem tomado a decisão de reconhecer a inconstitucionalidade por omissão parcial, impondo um prazo para que seja suprimida a disparidade da disciplina ofensiva da isonomia, sob pena de que o próprio tribunal supra a omissão. Na Itália, a Corte Constitucional vai mais além e já determina a extensão da vantagem para todos àqueles que deveria ter sido por ela beneficiados, utilizando-se das designadas sentenças aditivas.²¹⁰

Ainda não há um posicionamento claro do Supremo Tribunal Federal acerca dessa temática. Não obstante, a análise da evolução de seu pensamento em razão do controle das omissões inconstitucionais, em especial com a modificação de seu secular entendimento sobre o papel do mandado de injunção, demonstra que logo pode haver a adoção de técnicas semelhantes àquelas já expostas. O que nos interessa é a demonstração da complexidade que casos análogos trazem no tocante à definição da constitucionalidade dos atos jurídicos, restando insatisfatória a definição em termos absolutos da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis semelhantes.

4.4 A inconstitucionalidade progressiva

²⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 386-387.

²¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da, op. cit., p. 131.

A verificação da existência da denominada inconstitucionalidade progressiva demonstra que a definição em termos absolutos de que certo ato jurídico é constitucional ou não nem sempre é a melhor opção.

A situação que enseja a inconstitucionalidade progressiva é relativamente simples: um ato normativo contraria expressamente determinada norma constitucional, sendo em relação a esse aspecto inconstitucional, mas, por outro lado, o ato jurídico vergasto realiza outros valores constitucionais de expressiva magnitude, sendo em função dessa dimensão constitucional. Em resumo, o ato jurídico está no meio termo entre a inconstitucionalidade e a constitucionalidade. Levando-se em consideração isoladamente a letra fria da norma constitucional violada, o ato jurídico seria inconstitucional e ponto. Entretanto, a constatação de que o ordenamento jurídico é um sistema jurídico, consoante apontado no item 1.2, acarreta a imprescindibilidade de que ele deva ser considerado em sua totalidade, o que pode autorizar a conclusão de que a efetivação da supremacia constitucional é obtida em maior medida através da consideração, em certa medida, da manutenção da eficácia de atos dessa espécie. Trata-se de hipótese semelhante àquela discutida em função da modulação dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade tratada no item 4.1. Essa realização de valores constitucionais não leva à possibilidade de considerar um ato normativo desse tipo constitucional em termos absolutos, pois o fato dele violar expressamente norma constitucional não autoriza essa qualificação, mas não impede que ele seja considerado em certa medida eficaz, mesmo que provisoriamente.

Um exemplo retirado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ilustra bem a hipótese ventilada:

LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando

diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.²¹¹

A ementa do referido julgado é autoexplicativa. A Constituição Federal de 1988 determina que a atuação do Ministério Público em função dos interesses sociais e individuais se restringe aos de caráter individual. Não obstante, o Código de Processo Penal prevê a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil de indenização em face da prática de um crime, o que implica na proteção de um interesse disponível. Tal situação ensejaria a inconstitucionalidade pura e simples da referida norma infraconstitucional. Ocorre que a própria Constituição protege o direito ao acesso à justiça, que estaria sendo em parte efetivado através da atuação do Ministério Público. Considerando, ainda, que a Constituição Federal atribui à Defensoria Pública a defesa dos interesses dos hipossuficientes e que, em algumas unidades da federação, não há sequer a presença desse órgão, o tribunal considerou válida essa legitimação do Ministério Público até que a Defensoria Pública esteja estruturada.

Poder-se-ia alegar que se trata da mera modulação dos efeitos da decisão judicial no controle de constitucionalidade (item 4.1), mas se trata de uma realidade distinta. Quando o órgão judicial modula os efeitos de sua decisão, resta definida uma data específica até a qual o ato inconstitucional produzirá seus efeitos. No caso da inconstitucionalidade progressiva, o tribunal reconhece que, mantidas certas circunstâncias (a ausência da Defensoria Pública, no exemplo dado), o ato normativo produz seus efeitos, mas seria ineficaz onde não estejam presentes essas circunstâncias, tanto no momento da decisão quanto no futuro. No exemplo ventilado, essa complexidade importa em que a mesma norma seja considerada eficaz em Alagoas, onde há a presença da Defensoria Pública em certa medida estruturada, sendo ineficaz em Santa Catarina, pois lá não há esse órgão.

Em outra decisão sobre o mesmo assunto, o Supremo Tribunal Federal manifestou de forma expressa que essa seria uma hipótese intermediária entre constitucionalidade e inconstitucionalidade. Nesse sentido, colaciona-se a referida decisão:

EMENTA: Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 135328, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994. DJ 20/04/2001, p. 137. Ementário vol. 2027-06, p. 1164. RTJ vol. 177-02, p. 879.

teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328. (grifos não presentes no original)²¹²

4.5 Definição de constitucionalidade e o caso concreto

A definição da constitucionalidade ou não da aplicação de certo ato normativo pode depender das peculiaridades do caso concreto ao qual a norma vai ser aplicada. A realidade condiciona, em certa medida, o sentido e a validade de uma norma jurídica. Não se pode perder de vista que a abertura significativa das normas constitucionais contribui com essa situação. A mutação constitucional, consoante tratado no item 4.2, bem demonstra isso.²¹³

Ao tratar do tema, Luis Guilherme Marinoni afirma textualmente que “Sublinhe-se que o juiz de primeiro grau, além de poder fazer o controle de constitucionalidade objetivamente, pode considerar a compatibilidade da lei em face da Constituição no caso concreto, uma vez que a aplicação de uma lei pode conduzir a um resultado incompatível com a Constituição.”²¹⁴ Essa possibilidade do juiz poder considerar a constitucionalidade no julgamento de um caso concreto é possível em decorrência do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo sistema jurídico brasileiro, que autoriza a cada juiz realizar a aferição da constitucionalidade dos atos jurídicos, consoante indicado no item 4.1.

A realidade ora retratada já foi inclusive reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 223, que foi ajuizada em face da Medida Provisória n.º. 173, que impedia a concessão de liminares contra a

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 147776*, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 19/05/1998. DJ 19/06/1998, p. 9. Ementário vol. 1915-01, p. 136.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 136-137.

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 59.

Fazenda Pública em face das medidas econômicas tomadas pelo Executivo Federal. O tribunal indeferiu a suspensão cautelar da aplicação da lei, afinal reportou que não haveria a sua inconstitucionalidade em tese, mas deixou patente que nada impediria que no julgamento das demandas individuais o juiz reportasse inconstitucional a referida lei em face das peculiaridades do caso concreto. A ementa desse julgado, apesar de longa, ilustra bem as considerações feitas no respectivo julgamento:

Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a medida provisória (sic) 173, de 18.3.90, que veda a concessão de 'medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias (sic) e cautelares decorrentes das medidas provisórias números (sic) 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 e 168': indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigência (sic) do diploma impugnado: razões (sic) dos votos vencedores. Sentido da inovadora alusão (sic) constitucional a plenitude da garantia da jurisdição contra a ameaça a direito: ênfase (sic) a função preventiva de jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessário (sic), o poder de cautela liminar. Implicações da plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do poder judiciário (sic). Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz. A tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal. Consequente necessidade de controle da razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar. Antecedentes legislativos de vedação de liminares de determinado conteúdo (sic). Critério de razoabilidade das restrições, a partir do caráter essencialmente provisório (sic) de todo provimento cautelar, liminar ou não. Generalidade, diversidade e imprecisão (sic) de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis (sic) as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar (sic), e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a consequente afronta a plenitude da jurisdição e ao poder judiciário (sic). **Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade,** incluída (sic) a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada.²¹⁵

Ora, o Supremo Tribunal Federal observou que a simples consideração em termos gerais sobre a matéria não traria a melhor definição acerca da constitucionalidade ou não lei vergastada, afinal a enormidade de possibilidades que ensejariam sua aplicação implicaria a temeridade da tomada de um posicionamento em que sentido fosse. A consideração em termos abstratos da inconstitucionalidade da lei impediria que o governo efetivasse uma medida econômica que considerava essencial para a solução da grave crise que assolava a economia brasileira.

Por outro lado, a determinação de que a lei seria constitucional acarretaria, em muitos casos concretos, uma grave ofensa à Constituição, por exemplo, um cidadão que

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 223 MC*, Relator: Min. Paulo Brossard, Relator p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/1990. DJ 29/06-1990, p. 6218. Ementário vol. 1587-01, p. 1.

precisasse do montante depositado em sua caderneta de poupança para a realização de uma importante e necessária intervenção cirúrgica. Nesse contexto, o deslinde da questão referente à constitucionalidade ou não do ato normativo vergastado ficou nas mãos do juiz do caso concreto.

6 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico é o conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado Estado. O estudo do Direito partindo da consideração do ordenamento jurídico é uma questão bastante elementar, pois a própria definição de que certo modelo de comportamento é uma norma jurídica depende da verificação do ordenamento jurídico como um todo, afinal uma norma só é jurídica se assim for reconhecida por outra(s) norma(s) de natureza hierárquica superior. Em outras palavras, não é o conteúdo da pauta de conduta em si que lhe dá juridicidade, mas sim o reconhecimento de sua importância através de uma norma jurídica superior.

Da maneira como deve ser o relacionamento entre todos os componentes do ordenamento jurídico se depreende que ele deve possuir natureza sistemática. Apesar das divergências encontradas no tocante à aceitação de que o ordenamento jurídico seja um sistema, observa-se um relativo consenso em face da constatação da importância do conceito de sistema para o Direito. A própria definição de sistema não é una, na verdade, cada estudioso do tema costuma apontar as características peculiares a depender do ponto de vista que adota. Não seria um exagero afirmar que existem diversos conceitos de sistema. A divergência de opiniões sobre a temática não impede a formação de um consenso mínimo em torno da ideia de que um sistema é um todo unitário, implicando o condicionamento recíproco de seus elementos. Nessa seara, a definição da natureza sistemática do ordenamento jurídico acarreta o fato de que a aplicação de uma norma jurídica seja a aplicação de todo o sistema jurídico.

Duas seriam as características principais do sistema jurídico: a unidade ou coesão e a coerência. A unidade ou coesão decorre do fato de que todos os elementos do ordenamento jurídico tiram seu fundamento de validade da mesma origem. A coerência é a necessidade de compatibilidade entre os diversos componentes do ordenamento jurídico. Assim, constata-se que o ordenamento jurídico é o conjunto de normas jurídicas enquanto o sistema jurídico é o ordenamento livre de suas contradições e ambiguidades. Logo, o sistema jurídico é algo a mais que o ordenamento jurídico.

O sistema jurídico é composto por normas jurídicas, que são pautas de condutas estabelecidas para a obtenção da adaptação social do homem. A estrutura lógica das normas jurídicas é composta por dois elementos: o suporte fático e o preceito. O suporte fático é a

previsão de um fato ou um conjunto de fatos, enquanto o preceito é definição das consequências jurídicas advindas da ocorrência da situação prevista no suporte fático. As normas jurídicas são de duas espécies, as regras e os princípios. Não obstante a divergência de critérios utilizados para a identificação de cada um desses tipos, observa-se que as regras apresentam de forma mais nítida o seu conteúdo, enquanto os princípios não, o que dá uma maior margem de conformação na identificação de seu sentido.

Para a realização da unidade do sistema jurídico é necessário a identificação dessa origem comum da pertinência de uma norma jurídica ao sistema. Em regra, essa fonte comum é a Constituição à medida que define quem são os sujeitos competentes e o modo adequado para a produção normativa (validade formal) e, em certa medida, o conteúdo delas (validade material). Essa relação de subordinação entre as diversas normas de um sistema jurídico implica a verificação de que a norma condicionante da validade de outra seja a norma superior, enquanto que a condicionada seja a inferior. Destarte, o desrespeito aos ditames constitucionais (inconstitucionalidade) é um ataque à própria unidade do sistema jurídico.

A obtenção da coerência do sistema jurídica depende do estabelecimento de critérios para a solução das antinomias jurídicas, ou seja, dos conflitos normativos. Basicamente, o Direito se utiliza dos critérios da hierarquia, da posterioridade e da especialidade. Considerando a posição de superioridade que, em maior ou menor escala, as Constituições possuem, o conflito de uma norma inferior com a Constituição implica na prevalência da última. Dessa maneira, a inconstitucionalidade afeta a coerência do sistema jurídico.

O processo de formação e consolidação do constitucionalismo vem sendo processado ao longo de muito tempo e sempre será uma obra em construção. Recebendo e aperfeiçoando ideias desenvolvidas ao longo desse processo, o constitucionalismo atual aponta, entre outras coisas, que a Constituição é uma norma jurídica e como tal é obrigatória (força normativa) e que ela condiciona o sentido e a aplicação de todas as demais normas do sistema jurídico. Diante dessa realidade, a problemática em torno da constitucionalidade ganha extrema importância na atualidade.

O Mundo do Direito é composto pelos fatos jurídicos, que são definidos através das normas jurídicas. Assim, o Direito observa os fatos e os valora de maneira a incluí-los nos seus quadros através de sua previsão em uma norma jurídica. Desse modo, um fato entra no Mundo do Direito e se torna fato jurídico por conta de sua relevância para o homem. Identificam-se três planos diferentes pelos quais podem passar os fatos jurídicos: o da

existência, o da validade e o da eficácia. Não há que se confundir essas distintas realidades, afinal cada uma delas tem suas particularidades. As normas jurídicas definem requisitos específicos para que um fato jurídico tenha existência, validade e eficácia. A existência é um pressuposto das outras duas qualidades, mas o relacionamento entre validade e eficácia vai depender das circunstâncias específicas do caso concreto. Dentre as espécies de fatos jurídicos, a que interessa para o estudo da constitucionalidade é a dos atos jurídicos, afinal essa é a única categoria que passa pelo plano da validade. As normas jurídicas são ao mesmo tempo elementos do sistema jurídico, que definem o Mundo do Direito, e espécies de atos jurídicos de natureza especial.

A constitucionalidade é a qualidade do ato jurídico que está em conformidade com os ditames estabelecidos pela Constituição. Como o Direito estipula os requisitos de validade para os atos jurídicos, a constatação de que um ato é constitucional ou não depende da observação do fato de terem sido cumpridos ou não esses requisitos.

Nos Estados que adotam a forma federativa, há uma Constituição central (federal) e uma série de Constituições parciais (estaduais) que condicionam a validade dos atos jurídicos a depender de seu nível (no Brasil, federal, estadual, distrital e municipal). Assim, as Constituições são o principal parâmetro para a aferição da constitucionalidade, mas podem não ser o único. Há certos sistemas jurídicos que consideram normas jurídicas fora da Constituição como possuindo hierarquia constitucional, logo, há a possibilidade de sua utilização como baliza para a fiscalização da constitucionalidade. No Brasil, a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais permite a identificação da natureza constitucional dos direitos fundamentais previstos fora do texto da Constituição.

A verificação da constitucionalidade abrange tanto os atos comissivos quanto os atos omissivos do poder público. A mudança na conformação da atual atuação do Estado alterou a postura de que a Constituição, em regra, só seria violada através de ações, restando a identificação da existência das omissões constitucionais, quando a Constituição estabelece um dever de agir e este é violado.

A definição da natureza jurídica da invalidade decorrente de um conflito entre um ato jurídico e a Constituição depende da configuração de cada sistema jurídico, afinal não há uma solução única para o problema, pois há a liberdade para a definição da resposta que o Direito dará ao descumprimento de suas determinações depende da gravidade da ofensa, conforme consideração do respectivo sistema jurídico. As consequências negativas podem ir de

punições pessoais (pena de morte ou de privação de liberdade) à invalidade, que acarreta, em regra, a não obtenção dos efeitos práticos pretendidos com a prática do ato viciado.

Nessa seara, a extensão e intensidade das consequências de uma invalidade são definidas por cada sistema jurídico. No Brasil, as invalidades seriam de dois tipos: a nulidade e a anulabilidade. A primeira seria mais forte que a segunda à medida que priva, em regra, o ato jurídico da possibilidade de produzir efeitos. O enquadramento da inconstitucionalidade como uma dessas duas espécies é uma questão de Direito positivo que depende do modo como está estruturado o sistema de controle de constitucionalidade. Considerando os contornos iniciais dos modelos tradicionais de fiscalização de constitucionalidade (austríaco e estadunidense), verifica-se que era possível enquadrar a inconstitucionalidade dentro da definição tradicional de anulabilidade e nulidade respectivamente, mas as mudanças ocorridas em cada um deles autoriza a conclusão de que hoje fica difícil esse enquadramento, sob pena do alargamento dos conceitos de nulidade a anulabilidade ao ponto de torná-los quase a mesma coisa.

No Brasil, um ato jurídico inconstitucional pode ou não produzir seus efeitos a depender da intensidade de sua incompatibilidade com a Constituição. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem o poder de determinar em que medida o ato inconstitucional poderá produzir efeitos em face da segurança jurídica e do excepcional interesse social. Assim, considerando que um ato jurídico pode contrariar expressamente o disposto em determinada norma constitucional, mas pode realizar outros valores constitucionais fundamentais, pode haver a possibilidade da consideração, em certa medida, dos efeitos jurídicos dele decorrentes. Portanto, a definição de que pode ou não um ato jurídico inconstitucional produzir seus efeitos depende da consideração da natureza sistemática do Direito, o que permite que, mesmo um ato jurídico que contrarie certa norma constitucional, possa ser eficaz desde que realize outros valores constitucionais de extrema relevância.

A constatação da constitucionalidade de um ato jurídico depende das vicissitudes por que passal qualquer sistema jurídico. A modificação da realidade social é uma constante da história da humanidade. Diante dessa alteração dos fatos, o Direito precisa ser atualizado para manter a sua importância como instrumento de adaptação social. A Constituição como maior instrumento posto à disposição do Direito para a consecução de seus fins não pode fugir dessa realidade. Nesse contexto, o sentido da Constituição pode ser modificado sem que o seu texto seja alterado em face da necessidade de conformá-la com um contexto diverso daquele em

que houve a sua criação. Esse fenômeno é denominado mutação constitucional e afeta diretamente a definição da constitucionalidade dos atos jurídicos. Essa certa relatividade da constatação da constitucionalidade de um ato jurídico implica a possibilidade do Supremo Tribunal Federal decretar a inconstitucionalidade de um ato que houvera considerado constitucional, o que pode acarretar a necessidade da modulação dos efeitos dessa nova decisão em face da garantia da segurança jurídica

Outra hipótese que demonstra a complexidade da definição da constitucionalidade é o caso da omissão parcial. Nessa situação, uma conduta do Poder Público pode contrariar a Constituição em parte e realizá-la em outra parte. Assim, a mera definição em termos é constitucional ou não acarreta injustiças, o que tem levado a que a técnica jurídica encontre soluções mais elaboradas para o deslinde desses casos, por exemplo, as sentenças aditivas da Corte Constitucional italiana.

A existência de um meio termo entre a completa constitucionalidade e a inconstitucionalidade fica evidente com a denominada inconstitucionalidade progressiva, que retrata o caso em que um ato normativo contraria expressamente determinada norma constitucional, sendo em relação a esse aspecto inconstitucional, mas, por outro lado, o ato jurídico vergasto realiza outros valores constitucionais de expressiva magnitude, sendo em função dessa dimensão constitucional. Nessas situações, a adoção de uma definição simples em termos de é ou não constitucional não soluciona de forma satisfatória o problema, optando-se pela manutenção dos efeitos do ato jurídico, em parte, inconstitucional até que permaneça a sua parcial compatibilidade com a Constituição.

Em algumas situações, a definição da constitucionalidade ou não de um ato jurídico não é obtida de maneira aceitável através da análise de seu conteúdo em abstrato, isto é, sem a consideração das peculiaridades do caso concreto em que deve ser aplicado. Isso decorre das implicações que o caso pode trazer em função da atração da aplicação de normas constitucionais que podem entrar em choque com o ato a ser aplicado. O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro já reconheceu essa realidade ao optar, em sede de controle concentrado, por deixar o controle da constitucionalidade de uma lei para o juiz do caso concreto (controle difuso).

Em resumo, a definição da constitucionalidade de um ato jurídico depende de seu cotejo não apenas com a suposta norma constitucional com ele incompatível, mas de seu confronto com o texto constitucional como um todo, afinal o ordenamento jurídico é um

sistema, sendo a Constituição, em regra, o elemento primordial para a manutenção da unidade e coerência dele. Em verdade, parece ser essa uma decorrência lógica da consideração do Direito como um sistema de normas jurídicas, o que implica na impossibilidade da análise de suas partes de maneira isolada. Assim, o desrespeito de uma norma constitucional específica implica na sua invalidade, mas as consequências dessa invalidade vão depender da graduação do desrespeito da ordem constitucional como um todo. Desse modo, a definição da manutenção ou não dos efeitos de um ato contrário a uma norma constitucional depende da verificação da importância da sustentação de sua eficácia em face de outras normas constitucionais além da violada pelo ato. Assim, o assentamento da maior ou menor compatibilidade de um ato jurídico com a Constituição depende da consideração do ordenamento jurídico como um sistema, o que determinará a eficácia do ato analisado em face do seu grau de compatibilidade. Desse modo, a garantia da supremacia constitucional é obtida através da autoridade do texto constitucional como um todo, o que pode implicar na possibilidade do reconhecimento da eficácia de um ato contrário a uma de suas disposições, apesar dele ser inválido, desde que a investigação sistemática da Constituição assim autorize.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodium, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2004.

APPIO, Eduardo. *A teoria da inconstitucionalidade induzida*. Disponível em: <<http://www.eduardoappio.com.br/artigos/02%20A%20TEORIA%20DA%20INCONSTITUCIONALIDADE%20INDUZIDA.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. In: *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15, Salvador, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOURREL, Marie. “La valeur constitutionnelle de la Charte de l’environnement admise et consacrée par le Conseil d’Etat”. In: *Revue électronique Neptunus*. v. 14, Nantes: Université de Nantes, 2008. Disponível em: <http://www.droit.univ-nantes.fr/labos/cdmo/centre-droit-maritime-oceanique/cdmo/neptunus/nept/nep42/Valeur_Charte_environnement.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 147776*, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 19/05/1998. DJ 19/06/1998, p. 9. Ementário vol. 1915-01, p. 136.

_____. *ADI 223 MC*, Relator: Min. Paulo Brossard, Relator p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/1990. DJ 29/06-/1990, p. 6218. Ementário vol. 1587-01, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 833*, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/1993. DJ 16/09/1994, p. 24278. Ementário vol. 1758-02, p. 297. RTJ vol. 155-03, p. 727.

_____. *ADI 1438*, Relator: Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2002. DJ 08/11/2002, p. 21. Ementário vol. 2090-02, p. 278.

_____. *RE 135328*, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994. DJ 20/04/2001, p. 137. Ementário vol. 2027-06, p. 1164. RTJ vol. 177-02, p. 879.

_____. *HC 96772*, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009. DJe-157, divulgado em 20/08/2009, publicado em 21/08/2009. Ementário vol. 2370-04, p. 811. RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-18.

_____. *RE 553223 AgR-ED*, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008. DJe-241, divulgado em 18/12/2008, publicado em 19/12/2008. Ementário vol. 2346-13, p. 2958.

_____. *AI 14696*, Relator(a): Min. Sampaio Costa, Primeira Turma, julgado em 10/05/1951. DJ 14/06/1951, p. 5287. Ementário vol. 42-01, p. 104.

_____. *AI 728333 AgR*, Relator: Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010. DJe-247, divulgado em 15/12/2010, publicado em 16/12/2010. Ementário vol. 2452-02, p. 389.

_____. *ADI 1480 MC*, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997. DJ 18/05/2001, p. 429. Ementário vol. 2031-02, p. 213.

_____. *RE 349703*, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. DJe-104, divulgado em 04/06/2009, publicado em 05/06/2009. Ementário vol. 2363-04, p. 675.

_____. *AI 789744 AgR*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010. DJe-218, divulgado em 12/11/2010, publicado em 16/11/2010. Ementário vol. 2431-03, p. 559.

_____. *ADI 2*, Relator(a): Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992. DJ 21/11/1997, p. 60585. Ementário vol. 1892-01, p. 1.

_____. *AI 663758 AgR*, Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010. DJe-240, divulgado em 09/12/2010, publicado em 10/12/2010. Ementário vol. 2448-01, p. 122.

_____. *AI 779418 AgR*, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 25/05/2010. DJe-105, divulgado em 10/06/2010, publicado em 11/06/2010. Ementário vol. 2405-06, p. 1162. RF v. 106, n. 409, 2010, pp. 483-486.

_____. *ADI 2626*, Relator: Min. Sydney Sanches, Relatora p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2004. DJ 05/03/2004, p. 13. Ementário vol. 2142-03, p. 354.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, SAFE, 1992.

CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo em labirinto”. In: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *A estrutura lógica do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

GHIGLIAN, Alejandro E. *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1952.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

_____. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. “O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro”. In: ALENCAR, Rosmar A. R. Cavalcanti (org.). *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil interpretada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Conflito de normas*. 3. ed. São Paulo; Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DULCE, Maria José Fariñas. *El problema de la validez jurídica*. Madri: Civitas, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro”. In: *Revista Jurídica virtual da Presidência*. v. 8, n. 82, Brasília: Presidência da República, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_82/artigos/ManoelGoncalves_rev82.htm>. Acesso em: 10 jul. 2010.

_____. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROH, Thomas. “Controle de constitutionnalité: le bloc de constitutionnalité”. In: *Introduction au droit constitutionnel français*. Dresden: TUD, s/d. Presidência da República, 2007. Disponível em: <http://tudresden.de/die_tu_dresden/fakultaeten/juristische_fakultaet/jfoeffl3/tg_introduction/Bloc%20de%20constitutionnalite-schema.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2010.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mende. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. *Temas do direito constitucional*. Textos traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden: Baden, 1980.

IVO, Gabriel. *Norma Jurídica - produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2007.

_____. *Constituição estadual - competência para elaboração da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. *Discricionabilidade administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: 2004.

MAIA, Antonio Cavalcanti. “Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo”. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. “Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas”. In: *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas*, ano 2, n. 3. Maceió: Edufal, 2008.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1. parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *A inconstitucionalidade de leis e atos normativos por fraude à constituição*. (no prelo).

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PACE, Alessandro. *La causa dela rigità costituzionale*. Padova: CEDAM, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Os direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIMENTA, Roberto Lyrio Pimenta. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

PINO, Giorgio. “Norme e gerarchie normative”. In: *Analisi e diritto 2007 Ricerche di giurisprudenza analítica* (org. Paolo Comanducci e Riccardo Guastini). Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. I. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

_____. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*, t. I. São Paulo: Borsoi, 1970.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectiva de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEREJO, Paulo. “Conceito de inconstitucionalidade”. In: *Revista Jurídica Virtual da Presidência*, v. 2, n. 19, Brasília, 2000. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/Revista19.htm>. Acesso em: 10 set. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. *O bloco de constitucionalidade: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC, 2007. Disponível em:
<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp040600.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2010.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.