



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

THALES FRANCISCO AMARAL CABRAL

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO:
COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

**MACEIÓ
2015**

THALES FRANCISCO AMARAL CABRAL

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO:
COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

**Maceió
2015**

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

C117c Cabral, Thales Francisco Amaral.
Controle de constitucionalidade no processo administrativo: corolário do devido processo legal / Thales Francisco Amaral Cabral. – 2015.
168 f.

Orientador: Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2015.

Bibliografia: f. 159-168.

1. Direito público. 2. Direito processual. 3. Administração pública - Brasil.
4. Constitucionalidade. I. Título.

CDU: 342(81)



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



THALES FRANCISCO AMARAL CABRAL

“CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO: corolário do Devido Processo Legal”

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: Prof. Dr. PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

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

Prof. Dr. Gabriel Ivo

Julgamento: Aprovado, com nota 9,5 Assinatura: _____

Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho

Julgamento: Aprovado, com nota 9,5 Assinatura: _____

Profa. Dra. Juliana de Oliveira Jota Dantas (SEUNE)

Julgamento: Aprovado, com nota 9,5 Assinatura: _____

Maceió, 12 de junho de 2015.

Para Thiago, Lidiary e Miguel.

AGRADECIMENTOS

A Deus por tudo. Simples assim.

Aos meus pais, Kleber e Socorro, que tornaram possível chegar aqui. Sim, vale muito a pena estudar!

Aos meus irmãos, Thalita e Thadeu, pelo apoio incondicional. Essa vitória é nossa.

A Thiago, que sempre me inspirou nos estudos. Como diz a música, “*wish you were here*”.

A Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, meu orientador, que, com o brilhantismo que lhe é peculiar, mostrou os melhores caminhos a percorrer na feitura desta dissertação.

Ao professor Gabriel Ivo, pelas verdadeiras aulas ao ensejo de casuais bate-papos na Procuradoria.

Aos amigos do Mestrado da UFAL, em especial a Luís Vale, entusiasta desde a inscrição no curso.

Aos amigos Alysson Melo, Davi Gouvêa, Roney Leão, Pedro Costa e Rodrigo Palácio pelo apoio na Banca de Defesa.

Ao Estado de Alagoas, pelos anos incríveis na bela cidade de Maceió e pelos amigos que ganhei na Procuradoria Geral do Estado.

Por fim, a minha amada Lidiany, que esteve ao meu lado não apenas durante os dois anos de curso, mas desde o nosso encontro no interior do interior da Bahia, ainda na época da UESB. Obrigado pela compreensão, paciência e suporte nas muitas horas de estudo e, sobretudo, por nosso guerreiro Miguel Francisco Rocha Cabral.

RESUMO

A dissertação analisa o controle de constitucionalidade das leis no âmbito da Administração Pública, problematizando o cabimento de tal competência sindicante no curso dos processos administrativos com fundamento na cláusula do devido processo legal. Após o estudo dos aspectos lógico-jurídico do fenômeno da inconstitucionalidade das leis, examinam-se os instrumentos de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta-se, em seguida, uma definição ampla de processo, capaz de abarcar a processualidade administrativa. Defende-se que a cláusula do devido processo legal funciona como requisito de validade processual, limitando, dessa forma, o conteúdo das decisões e a forma de decidir. No último capítulo, a hipótese de o devido processo legal, na condição de requisito de validade processual, amparar o controle de constitucionalidade as leis no processo administrativo é, enfim, verificada.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, devido processo legal, processo, processualidade administrativa.

ABSTRACT

The dissertation analyses the judicial review of legislation in Public Administration, questioning the possibility of such competence in the course of administrative process on the basis of the due process clause. After studying the logical-legal aspects of the constitutionality of legislation phenomenon, the constitutionality control instruments in the Brazilian legal system is examined. A broad definition process that could include administrative processuality is adopted. It is argued that the clause of due process functions as procedural validity requirement, limiting thus the content of the decisions and the form to decide. In the last chapter, the hypothesis of due process, the procedural validity requirement condition, support the constitutionality control laws in the administrative process is verified.

Key words: judicial review, due process, process, administrative processuality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	ASPECTOS GERAIS DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	15
2.1	Uma breve nota explicativa	15
2.2	A contradição no direito.....	16
2.3	A análise da lei em face dos palnos do mundo jurídico	19
2.3.1	Norma e fato jurídico. Uma relação de mútua dependência.	19
2.3.2	A lei como ato jurídico <i>lato sensu</i>	20
2.3.3	Inconstitucionalidade: um conceito referencial.....	23
2.3.4	A eficácia da lei inconstitucional	27
2.4	A lei e os diferentes níveis de linguagem do direito	29
2.4.1	Norma e lei.....	29
2.4.2	O vício de inconstitucionalidade e os níveis da linguagem no direito.	34
3	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONTINGÊNCIA DA LEI INCONSTITUCIONAL NO BRASIL	38
3.1	Matrizes histórica do controle de constitucionalidade	38
3.1.1	Os primórdios do controle de constitucionalidade	38
3.1.2	Modelo difuso de controle. O surgimento do “judicial review” nos Estados Unidos da América.	41
3.1.3	Modelo concentrado de controle de constitucionalidade.	45
3.1.4	Análise lógico-jurídica dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade	49
3.1.5	Os dilemas práticos decorrentes da eficácia temporária da decisão de inconstitucionalidade. Inviabilidade de se prever uma única sanção de invalidade.....	53
3.2	O controle de constitucionalidade brasileiro	56
3.2.1	Tradições jurídicas e o breve histórico do controle no Brasil	56
3.2.2	Os atuais instrumentos de controle no Brasil	60

3.2.3	A contingência da lei inconstitucional	68
4	A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA	71
4.1	Processo em três acepções.....	71
4.2	Processo e jurisdição: a gradual desvinculação dos termos	75
4.3	O contraditório como elemento diferencial do processo.....	82
4.4	Definindo o processo administrativo	86
5	DEVIDO PROCESSO LEGAL: REQUISITO DE VALIDADE PROCESSUAL.....	95
5.1	Introdução.....	95
5.2	A aproximação entre Constituição e Processo.....	96
5.3	A releitura do contraditório. Entrelaçamento com a ampla defesa e a motivação das decisões	99
5.4	Devido processo legal.	104
5.4.1	Tendência de expansão. Inexistência de um sentido estático.....	104
5.4.2	As dimensões do devido processo legal.....	107
5.4.3	A validade procesual	110
6	A FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO	114
6.1	A Administração Pública diante da inconstitucionalidade da lei. Análise do dilema na doutrina e na jurisprudência nacionais.....	114
6.2	Do direito dos interessados ao controle de constitucionalidade das leis no processo administrativo.....	126
6.2.1	Recusa ao cumprimento da lei ou controle de constitucionalidade?.....	126
6.2.2	A interpretação da lei e o administrador	127
6.2.3	O Devido processo legal na Constituição Federal.....	131
6.2.4	O controle de constitucionalidade como corolário do devido processo legal na administração pública.....	135
6.2.5	Segurança jurídica e a fiscalização de constitucionalidade no processo administrativo.	139

6.2.6 A natureza jurídica da decisão administrativa de inconstitucionalidade da lei	149
7- CONCLUSÃO	152
8- REFERÊNCIAS	160

1- INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico corresponde a uma das dimensões essenciais do complexo fenômeno jurídico¹, apresentando-se, nesse aspecto, como um sistema com função prescritiva, eis que tem a pretensão, através de suas normas, de adequar a conduta das pessoas aos desejos tidos como relevantes pela sociedade em certo momento.

Além de regular a conduta das pessoas nas suas relações intersubjetivas, o ordenamento jurídico disciplina também a criação dos seus próprios elementos, isto é, das normas jurídicas. Para tanto, parte do pressuposto de que determinada norma ou conjunto de normas é superior às demais.

Malgrado a noção de supremacia de certa norma ou de determinado conjunto de normas sobre as demais integrantes do ordenamento jurídico já tenha sido aventada no direito ateniense, tendo perpassado, ademais, pelo pensamento jurídico na idade média e moderna, somente em 1803, no famoso julgamento *Marbury versus Madison*, consolidou-se a possibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

Com efeito, no julgamento *Marbury versus Madison*, o magistrado John Marshall da Suprema Corte estadunidense apresentou algo de novo e importante²: diante do conflito entre a Constituição e a lei, o juiz deve optar pela Constituição em detrimento da lei que lhe é incompatível.

Sucede que, no Estado Constitucional moderno, todos estão submetidos à eficácia normativa da Constituição, norma suprema do ordenamento jurídico. Logo, a atuação de qualquer agente estatal, e não apenas dos Magistrados, deve ser pautada no fiel cumprimento das normas constitucionais.

Daí resulta que o administrador público não está alheio à eficácia normativa da Constituição. No entanto, estando também submetido à eficácia da lei, o agente administrativo pode se deparar, ao decidir uma situação concreta posta ao seu exame, com lei que se lhe afigure incompatível com a Constituição.

Diante deste aparente paradoxo entre elementos componentes do sistema jurídico positivo, a autoridade administrativa pode fiscalizar a constitucionalidade da lei ou

¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 16.

² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª Edição reimpressão. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 63.

deve conformar-se com a inconstitucionalidade da lei, aplicando-a em detrimento da Constituição?

A questão não é nova no Brasil. De fato, a discussão em torno da possibilidade de o administrador público examinar a constitucionalidade de leis remonta às décadas de 40 e 50 do século passado, quando Alfredo Buzaid³ e Lúcio Bittencourt⁴, autores clássicos sobre o controle de constitucionalidade no país, enfrentaram a matéria.

Neste trabalho, contudo, pretende-se encarar a problemática sob um novo ponto de vista. Com efeito, em um contexto de ampla processualidade, o trabalho investigará se a cláusula do devido processo legal é capaz de assegurar o controle de constitucionalidade das leis nos processos administrativos. Essa a hipótese a ser verificada.

A pesquisa é de cariz dogmático-jurídico, tendo por objetivo acrescentar os influxos do processo constitucional à discussão sobre o controle de constitucionalidade na esfera administrativa.

O texto encontra-se dividido em cinco capítulos.

No primeiro capítulo, as premissas teóricas do trabalho serão apresentadas. Em uma abordagem dissociada de qualquer ordenamento jurídico em particular, os aspectos gerais do fenômeno da inconstitucionalidade das leis serão tratados.

O segundo capítulo, por sua vez, é dedicado aos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis em determinados ordenamentos jurídicos. Desse modo, após breve apresentação das matrizes históricas do controle de constitucionalidade, os seus modelos difuso e concentrado serão estudados. Esses dois modelos influenciaram a formação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Delimitadas as premissas sobre inconstitucionalidade das leis e examinados os mecanismos usuais de controle de constitucionalidade no Brasil, é possível avançar, ingressando no estudo da ampla processualidade.

De modo que, no terceiro capítulo, o processo é, inicialmente, analisado sob o prisma de três diferentes perspectivas. Em busca da definição do processo administrativo, desfaz-se a tradicional vinculação entre processo e jurisdição, apresentando-se o contraditório como elemento diferencial do processo.

³BUZOID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p 59.

⁴BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 91.

No quarto capítulo, com o intuito de acolher a repercussão da aproximação entre Constituição e processo, busca-se demarcar um requisito de validade processual. Nesse desiderato, a partir da releitura da garantia do contraditório, o devido processo legal exsurge como o aludido requisito.

No último capítulo, examina-se o estágio atual da discussão em torno do impasse em que se vê a Administração Pública diante da lei inconstitucional, para, em seguida, verificar a hipótese de o devido processo legal, na condição de requisito de validade processual, amparar o controle de constitucionalidade das leis no processo administrativo.

2- ASPECTOS GERAIS DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

2.1- UMA BREVE NOTA EXPLICATIVA

Na dimensão formal-normativa, o direito corresponde ao sistema de normas jurídicas positivadas em determinado Estado. Sob este prisma, o direito, muito embora necessário à convivência de qualquer sociedade, tem um conteúdo diferente de acordo com o lugar e o período, isto é, de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Nada obstante a variação do conteúdo entre os diversos ordenamentos jurídicos, existem alguns conceitos que são comuns a todos eles, eis que não se modificam em função das particularidades das diversas realidades jurídicas vigentes, tendo pretensão de “validade constante e permanente, sem vinculação com as alterações do Direito Positivo”⁵. São chamados conceitos lógico-jurídicos⁶.

Tais conceitos são fundamentais à compreensão do fenômeno jurídico em qualquer lugar e em qualquer tempo. Isso porque não expressam realidades contingenciais criadas pelo homem em certo momento histórico, mas, ao revés, decorrem da observação da experiência jurídica em qualquer parte, emergindo a partir da identificação e seleção daquilo que é comum a todo direito positivo⁷. Os conceitos lógico-jurídicos, enfim, correspondem a verdadeira condição de possibilidade do direito positivo e da Ciência Jurídica⁸

Neste capítulo, o objetivo é tratar o fenômeno da inconstitucionalidade das leis dissociado de qualquer ordenamento jurídico em particular. A pretensão, portanto, é abordar a temática em perspectiva lógico-jurídica.

Convém assinalar que os atos e as omissões dos Poderes Executivo e Judiciário também podem incorrer em inconstitucionalidade. Além deles, inconstitucional também é “o ato ou omissão do particular não compatível com o catálogo dos deveres que a Constituição

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 76.

⁶ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 228 a 230.

⁷ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 2ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Editora Juspodivm. 2013. p. 45.

⁸ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. *Op. cit.* p. 228.

lhe impõe ou dos direitos que assegura a outrem”⁹. Contudo, fixando-se um necessário corte metodológico, não se tratará, aqui, da inconstitucionalidade naqueles atos, restringindo-se, a pesquisa, à inconstitucionalidade das leis.

As premissas retiradas desta abordagem lógico-jurídica serão essenciais no enfrentamento das questões relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis no processo administrativo brasileiro, demarcando os alicerces a partir dos quais se buscará respostas para tais questionamentos.

2.2- A CONTRADIÇÃO NO DIREITO

Com o objetivo de diminuir o arbitrário, o azar, o irregrado, a anomia da vida e das relações inter-humanas, o homem se vale do direito¹⁰, método de adaptação social através do qual busca, por intermédio da regulação coercitiva das condutas humanas, conformar a realidade às finalidades estimadas valiosas pela sociedade em certo momento.

Em virtude do propósito de conformar a realidade às expectativas sociais, não é concebível que o fenômeno jurídico se contente em apenas coincidir com aquela. Afinal estaria construindo um sem-sentido deôntico¹¹, de modo que, como vaticina Gabriel Ivo, “o direito visa alterar a realidade e não repeti-la”¹².

O direito não é o único método de adaptação social. Além dele, a religião, a política, a educação, a economia, a ciência, a arte, a moda e a etiqueta¹³ são métodos de adaptação social e procuram, cada um à sua maneira, moldar o comportamento humano. A nota que o diferencia dos demais métodos é a obrigatoriedade, o poder de vincular incondicionalmente as condutas¹⁴.

Como método de adaptação social que é, o fenômeno jurídico é um produto cultural e pode ser compreendido, sob a dimensão formal-normativa, como sistema de normas jurídicas positivadas em certo lugar e em determinado tempo. Nessa perspectiva, o direito

⁹ ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 13/14.

¹⁰ MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969, tomo I**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 33.

¹¹ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 25.

¹² IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. *Op. cit.*, p. 25.

¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Editora Saraiva. 19ª Edição. 2013. p. 33.

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*, p. 33.

corresponde ao ordenamento jurídico vigente, isto é, conjunto de normas jurídicas de um determinado Estado.

Nada obstante a pluralidade de ordenamentos jurídicos, o conjunto de normas jurídicas de cada Estado é um sistema independente um do outro¹⁵. Segundo Norberto Bobbio, a noção de sistema pressupõe uma relação de coerência entre os elementos constitutivos¹⁶, de modo que, para que uma norma se inclua em um ordenamento jurídico, é insuficiente que ela derive das fontes autorizadas, sendo necessário também que ela não seja incompatível com outras normas daquele ordenamento.¹⁷

No mesmo sentido, Hans Kelsen sustenta que os princípios lógicos em geral e o princípio da não contradição se aplicam, ainda que indiretamente, às normas jurídicas, concluindo que “um conflito de normas representa, tal como uma contradição lógica, algo de sem sentido”¹⁸. E nem poderia ser diferente para Kelsen. Afinal, para o jurista austríaco a rejeição à possibilidade de contradição no ordenamento jurídico é consequência inexorável da purificação da ciência direito de toda ideologia política e elementos da ciência natural, aproximando-a ao máximo do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão¹⁹.

Acontece que, como vaticina Lourival Vilanova, o ordenamento jurídico não configura um sistema científico²⁰. Isso porque a noção base do termo sistema, nada obstante a posição de Bobbio, é apenas a unidade, na medida em que é suficiente, para se ter um sistema, que exista um conjunto de elementos que entram em relação formando um todo unitário²¹.

A coerência não integra a essência do conceito de sistema, eis que nem todos os tipos de sistema dela carecem. Apenas os sistemas com função teórica, que tem por objetivo conhecer e descrever um determinado objeto, exigem a compatibilidade interna²², visto que submetidos ao princípio lógico da não contradição. Contudo, o direito, como já registrado, não tem por função descrever condutas, mas sim prescrevê-las no intuito de conformá-las à expectativa social.

¹⁵ VILLANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997. p. 163.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 71.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. *Op. cit.*, p. 81.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.144.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. XI.

²⁰ VILLANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 194.

²¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p 2.

²² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. *Op. cit.*, p. 3.

Por ser um sistema prescritivo, o direito, na dimensão formal-jurídica, “não pode conter necessariamente a lei lógica, que é teórica, ao lado das demais normas positivas”²³. Ademais, a possibilidade de contradições entre as normas que integram determinado ordenamento jurídico é uma consequência inevitável da pluralidade de órgãos competentes para produzir o direito e da composição colegiada desses órgãos, circunstâncias que, somadas à ambigüidade e à vagueza da linguagem empregada nas disposições produzidas, terminam por fulminar a chance de um sistema jurídico sem antinomia. Daí porque, reconhece Lourival Vilanova, “é um fato que os sistemas de normas jurídicas contêm contradições”²⁴.

A existência de contradições no ordenamento jurídico, entretanto, não é obstáculo para que se elabore uma ciência com discurso consistente com o propósito de descrever aquele ordenamento. Essa, inclusive, é a missão da Ciência Jurídica que, com sua linguagem essencialmente expositiva, visa descrever o direito positivo²⁵, estando, por conta da sua função teórica, submetida ao princípio lógico da não contradição. Existem, deste modo, duas linguagens: “a linguagem-objeto (linguagem prescritiva do direito positivo) e a metalinguagem (linguagem descritiva) da Ciência Jurídica”²⁶. A respeito dessas distintas linguagens, Marcelo Neves credita a posição de Kelsen sobre a inexistência de antinomia no ordenamento jurídico ao desconhecimento do princípio semiótico segundo o qual as características da linguagem-objeto não se transferem para a metalinguagem descritiva, o que torna possível um discurso consistente sobre um discurso inconsistente²⁷.

Como será visto adiante, a controvérsia sobre a existência de contradições no direito, enquanto sistema de normas positivadas, não é questão estéril. Pelo contrário. De acordo com a tomada de posição nesta temática, modifica-se a compreensão sobre os planos de irradiação dos fatos jurídicos, temática que repercute diretamente sobre o conceito de inconstitucionalidade.

²³ VILLANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 194.

²⁴ VILLANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, p. 201.

²⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: Juspodivm, 2008. p 34.

²⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. *Op. cit.*, p. 34 .

²⁷ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. *Op. cit.*, p 35.

2.3- A ANÁLISE DA LEI EM FACE DOS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO

2.3.1- NORMA E FATO JURÍDICO. UMA RELAÇÃO DE MÚTUA DEPENDÊNCIA.

Segundo Pontes de Miranda, o fato jurídico é a noção fundamental do direito²⁸. Afinal, o mundo jurídico, artifício criado pelo homem para se referir à sua conduta em sua interferência intersubjetiva²⁹, é composto primordialmente de fatos jurídicos, e não de direitos subjetivos ou sujeitos de direito, conceitos que, embora integrem o mundo jurídico, dependem da definição de um fato jurídico. “Só há direitos subjetivos porque há sujeitos de direito; e só há sujeitos de direito porque há relações jurídicas”³⁰, as quais, por sua vez, decorrem da eficácia atribuída ao fato jurídico.

Nada obstante, o fato jurídico depende, para existir, de norma jurídica que o defina como relevante para o relacionamento inter-humano. Afinal, o fato jurídico nada mais é do que um fato do mundo adjetivado pela norma, que lhe confere determinadas conseqüências no plano jurídico³¹. Logo, a realização de um fato qualquer da vida, para ter repercussão no mundo jurídico, carece de previsão no suporte fático de uma determinada norma jurídica.

É que o direito não se apropria do acontecimento do mundo fático de forma bruta, com todas as suas vicissitudes, mas por conduto da norma jurídica, que, lapidando o suporte fático, reduz a sua complexidade, retirando-lhe os excessos irrelevantes ao direito, de modo que apenas uma fração dele ingressa no mundo jurídico.

A norma jurídica tem uma estrutura lógica formada, invariavelmente, pela descrição hipotética de um fato ou conjunto de fatos, que é o suporte fático, ao qual se atribui, caso aquele se concretize, conseqüências³². Essas conseqüências são ligadas ao suporte fático através do operador próprio das proposições deônticas: o dever-ser, expresso pelos modais obrigatório, permitido e proibido.

As normas jurídicas, diferentemente das normas apofânticas comuns às ciências naturais, não se submetem aos valores verdade e falsidade, posto que não existem

²⁸ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado, tomo I**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. XVI.

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência** *Op. cit.*, p. 41.

³⁰ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado, tomo I**. *Op. cit.*, p. XVI.

³¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência** *Op. cit.*, p. 39.

³² NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. *Op. cit.*, p. 29.

para descrever um objeto, mas sim para alterá-lo³³. Não há, portanto, uma necessidade fática ou lógica de que a hipótese (fato jurídico) implique a tese (efeitos jurídicos); é a própria norma, fonte formal do direito, “que estatui como devendo ser que a hipótese implique o conseqüente”³⁴.

Acontece que a norma jurídica, para surtir os seus efeitos, depende da consumação do suporte fático nela previsto, haja vista que, até isto ocorra, é mera proposição estruturada sob a forma de juízo imputativo ou prescritivo³⁵. Por isso, Marcos Bernardes de Mello leciona que “nem à norma jurídica sozinha, nem ao fato antes da incidência, é possível atribuir qualquer efeito jurídico”³⁶.

De modo que há uma inafastável relação de dependência entre norma e fato jurídicos, eis que, assim como só há fato jurídico quando previsto como suporte fático de uma norma jurídica, enquanto o fato jurídico não se realizar a norma jurídica é mera proposição hipotética, sem qualquer repercussão no mundo do direito.

2.3.2-A LEI COMO ATO JURIDICO *LATO SENSU*

Como assinalado, há uma dependência recíproca entre norma e fato jurídico, de sorte que, para que algo repercuta no mundo jurídico, é indispensável a concorrência da norma e do fato jurídicos.

Assim, quando uma determinada comunidade jurídica, presumidamente representada no Estado, valora um fato qualquer da vida - seja ele um fato da natureza ou uma conduta humana, e o considera relevante “à vida humana em sua interferência intersubjetiva, afetando as necessidades do homem”³⁷, torna-se objeto de regulação pelo direito. Nem todos os fatos da vida, portanto, ingressam no sistema jurídico, mas apenas aqueles que envolvam interesses e bens que careçam ter sua distribuição entre os homens regulada pelo direito³⁸.

De acordo com o cerne do suporte fático, critério de taxionomia desenvolvido por Pontes de Miranda³⁹, os fatos jurídicos são classificados em fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico e a ato jurídico *lato sensu*. O fato jurídico *stricto sensu* tem a essência do

³³ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. *Op. cit.*, p. 28.

³⁴ VILLANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. *Op. cit.*, 1997. p. 96.

³⁵ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, nº 84, ano 21, out/dez, 1984. p. 267/268.

³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*, p. 109.

³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*, p. 76.

³⁸ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado, tomo I**. *Op. cit.*, p. IX.

³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*, p. 158.

suporte fático composto por um fato da natureza. No ato-fato jurídico, muito embora tenha uma conduta humana no núcleo do suporte fático, a vontade de praticá-la é juridicamente irrelevante. No ato jurídico *lato sensu* também uma conduta humana está no cerne do suporte fático, porém aqui, diferentemente do ato-fato jurídico, a consciência da vontade manifestada na conduta é imprescindível, pelo que é necessário o “intuito de realizar a aquela conduta juridicamente relevante”⁴⁰

Pois bem, o detalhe é que a norma jurídica, muito embora defina o fato jurídico e os seus efeitos no mundo do direito, “é também fato jurídico, pois é produto da incidência da regra constitucional de produção legislativa sobre o suporte fático concreto delineado pelo processo legislativo”⁴¹. A produção normativa congrega, portanto, criação e aplicação do direito, pois a própria norma jurídica é fruto da incidência de outra norma, denominada por Norberto Bobbio como “norma de estrutura”⁴², cuja função é regular os procedimentos de produção jurídica. Daí porque o direito se caracteriza por ser um sistema auto-regulado, de maneira que “o direito se cria conforme o próprio direito, por isso todo ato de criação do direito é, também, um ato de aplicação do direito, com exceção dos casos extremos de criação da Constituição e do ato de execução”⁴³.

Com efeito, realizado o suporte fático definido como suficiente pela norma de estrutura constitucional, ter-se-á, como resultado, uma lei infraconstitucional, da qual é possível extrair uma(s) norma (s) de conduta, que se destina a regular diretamente a conduta das pessoas⁴⁴, ou mesmo outra(s) norma(s) de estrutura.

A lei, compreendida como norma jurídica de caráter geral e abstrato ordinariamente elaborada pelo Poder Legislativo com a participação do Chefe do Poder Executivo, é fato jurídico da espécie de ato jurídico *lato sensu*, porquanto o elemento nuclear do seu suporte fático é o ato ou o conjunto de atos cuja vontade é atribuída ao órgão com competência para legislar⁴⁵.

Deste modo, ainda nas sendas da teoria ponteana, a norma jurídica, na condição de ato jurídico *lato sensu*, deve ser analisada sob três diferentes planos: existência,

⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*. p. 186.

⁴¹ SILVA, Beclaute Oliveira. **Incidência da regra jurídica inconstitucional (notas à margem de Pontes de Miranda)**. Artigo publicado no sítio da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas: <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/artigos/INCIDENCIA%20DA%20 REGRA%20JURIDICA%20INCONSTITUCIONAL.pdf>. p. 01.

⁴² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, *Op. cit.* p. 45.

⁴³ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. Editora Noeses. 1ª Edição. São Paulo. 2006. p. 02.

⁴⁴ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. Editora Noeses. 1ª Edição. São Paulo. 2006. p. 46.

⁴⁵ SILVA, Beclaute Oliveira. **Incidência da regra jurídica inconstitucional (notas à margem de Pontes de Miranda)**. *Op cit.* . p. 02.

validade e da eficácia. Essa divisão se justifica, segundo Pontes de Miranda, porque “o fato jurídico, primeiro, é; se é, e somente se é, pode ser válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel etc; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos”⁴⁶.

De modo que, para que a norma jurídica exista, basta que estejam presentes os elementos do suporte fático previsto na norma de estrutura da qual deriva, sendo irrelevante a presença de algum defeito na produção normativa. O plano da existência equivale à única porta de entrada do sistema jurídico, eis que todos os fatos jurídicos, gênero que abrange o ato jurídico *lato sensu*, têm de passar pelo plano da existência. Aquilo que não ultrapassa esse plano é, juridicamente, igual a nada.

Como consectário disto, a validade não é requisito indispensável à existência da norma jurídica na concepção de Pontes de Miranda. A consequência direta dessa afirmativa é a possibilidade de contradição entre as normas integrantes de um mesmo sistema jurídico, eis que a perfeição não é vista como algo ínsito à existência no mundo do direito. Daí se conclui que é possível existir juridicamente com defeito; o inverso, contudo, é impossível, posto que, mesmo para ter defeito, imprescindível existir.

Esse paradigma teórico, segundo o qual é possível um fato jurídico defeituoso existir, não é logicamente compatível com a defesa de um sistema jurídico perfeito, imune a antinomias. Não é por acaso que Hans Kelsen, defensor da impossibilidade de antinomias jurídicas, define a validade como a própria existência específica de uma norma jurídica⁴⁷, de modo que o ordenamento jurídico seria composto apenas por normas jurídicas válidas. Acolhendo tal premissa, José Souto Maior Borges assim a explica:

uma norma será jurídica enquanto juridicamente vale. Conseqüentemente, a afirmação de que uma norma jurídica só existe enquanto válida equivale à afirmação de que juridicamente a existência da norma se define pela sua validade. Existência e validade são assim equivalentes⁴⁸.

Enfim, a norma jurídica inválida, em rigoroso seguimento do raciocínio kelseniano, simplesmente não existe⁴⁹.

⁴⁶ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado, tomo I**. *Op. cit.*, p. XX.

⁴⁷ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. *Op. cit.* p. 123.

⁴⁸ BORGES, José Souto Maior. **Obrigações Tributárias – uma introdução metodológica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1984. p. 64.

⁴⁹ Nada obstante a consequência lógica da invalidade seja a inexistência da norma jurídica, Kelsen através da “cláusula alternativa tácita” defende que os documentos normativos inválidos são considerados válidos até que sejam invalidados por meio do processo especial previsto da Constituição (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 301).

A existência de normas jurídicas inválidas, no entanto, é uma realidade que só reconhecer diante dos instrumentos de fiscalização da validade normativa instituídos na maioria das nações, destacando-se, dentre tais instrumentos, o controle de constitucionalidade das leis. Isso fica ainda mais evidente quando esse controle é predominantemente repressivo, tal qual no modelo de controle delineado por Kelsen, uma vez que a norma jurídica, enquanto não haja decisão que fulmine o defeito que macula a sua validade, existe e opera eficaz e normalmente como qualquer outra disposição normativa⁵⁰, como será melhor exposto adiante.

Aliás, mesmo nos países nos quais o momento principal de controle de inconstitucionalidade é anterior à vigência da lei, como é o caso da França, a existência de normas jurídicas inválidas é admitida, situação que se atesta pela atual aceitação, ainda que de forma excepcional, da fiscalização da constitucionalidade das leis posteriormente ao início da vigência também nestes sistemas⁵¹.

Diante dessa realidade, parece mais ajustado à descrição do fenômeno da inconstitucionalidade, situá-lo dentro do mundo jurídico, em um plano da validade que não se baralha com plano da existência, e reconhecendo, como ato jurídico que é, a existência jurídica da norma inválida.

2.3.3 - INCONSTITUCIONALIDADE: UM CONCEITO REFERENCIAL

Partindo da premissa de que o direito, na dimensão formal-normativa, tolera contradições entre as normas que o integram, não há qualquer óbice lógico em se afirmar a existência de leis inválidas. Muito embora defeituosamente produzida, a lei, desde que presentes os elementos mínimos do suporte fático da norma de estrutura, existe.

A existência da lei dispensa a validade porque a análise de sua perfeição ou da imperfeição (nulidade ou anulabilidade) ocorre em momento posterior à entrada no ordenamento jurídico, no plano da validade. Afirmar que uma norma jurídica existe implica no reconhecimento de que ela se integrou, regular ou irregularmente, a um determinado ordenamento jurídico, uma vez que: 1) pode retrotrair imediata ou mediata ao núcleo

⁵⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 5ª Edição. pp. 172 e 173.

⁵¹ Na França, o controle repressivo de constitucionalidade de leis foi introduzido com a reforma constitucional de 2008, que acrescentou o artigo 61-I na Constituição de 1958 (JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade. Teoria e prática**. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2011. pp. 90-93).

normativo que estabelece os órgãos e/ou fatos básicos de produção jurídica; 2) ainda não foi expulsa por invalidade ou revogada⁵².

Assim, para pertencer ao ordenamento jurídico, basta que o elemento volitivo atribuído ao órgão legislativo se manifeste na feitura da norma⁵³, realizando-se, com isso, o suporte fático da norma constitucional de produção normativa, ainda que de forma deficiente. De modo que a lei, mesmo que tenha violado o sistema jurídico em seu aspecto dinâmico, que é o da produção e aplicação normativa (processo legislativo constitucional), ou em seu aspecto estático, que se refere ao conteúdo da norma constitucional⁵⁴, pertence àquele sistema, eis que, conquanto imperfeitamente, pode regressar ao núcleo normativo que estabelece os órgãos e/ou fatos básicos de produção jurídica.

Diferentemente da existência, a validade não é um atributo que se deduz intrinsecamente⁵⁵, dissociado de um parâmetro de aferição qualquer. É, ao contrário, uma noção referencial, eis que, necessariamente, pressupõe o confronto de um ato jurídico *lato sensu* qualquer com as normas de um determinado ordenamento jurídico.

A validade corresponde a uma relação de perfeita harmonia entre o ato jurídico *lato sensu* e o direito, não sendo atribuível, pois, qualquer mácula ao primeiro. De forma contrária, caso o ato jurídico *lato sensu* esteja eivado de vício(s), carrega a pecha da invalidade e, de forma inexorável, isso significa que o direito da comunidade foi descumprido.

Na análise da relação de (in)validade, pode predominar o aspecto causal, que se refere aos eventuais vícios do ato jurídico *lato sensu*. Sob esse prisma, a invalidade se equipara ao próprio defeito no ato jurídico *lato sensu*, isto é, a causa da invalidade, de modo que, em sentido inverso, a validade representa a ausência de qualquer vício.

Como o defeito que mancha a existência do ato jurídico, fazendo-o existir defeituosamente, importa no descumprimento do direito da comunidade, torna-se imprescindível a imposição de uma sanção sobre o resultado dessa ação humana que desafia a autoridade do sistema jurídico.

Sob o prisma da sanção que decorre da dissonância entre o ato jurídico *lato sensu* e o ordenamento jurídico, prevalece o aspecto consequencial da invalidade, na medida em que não mais interessam as causas, mas, sim, as conseqüências da invalidade. Assim,

⁵² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. *Op. cit.* p. 42.

⁵³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. *Op. cit.* p. 44.

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 136-137.

⁵⁵ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. *Op. cit.* p. 116.

invalidade, aqui, equivale a uma espécie de sanção, que se subdivide em nulidade e a anulabilidade, assim como também são tipos de sanção a perda de um direito (caducidade), a privação da liberdade e a geração de um dever de indenizar.

Segundo Marcos Bernardes de Mello, a invalidade configura “sanção imposta pelo sistema jurídico ao ato jurídico que, embora concretize o suporte fático previsto em suas normas, importa, em verdade, em violação aos seus comandos cogentes”⁵⁶. Portanto, uma das respostas do ordenamento jurídico ao descumprimento de suas normas cogentes é a sanção da invalidade.

Daí se infere que a sanção jurídica, em acepção ampla, não se restringe às punições decorrentes de atos ilícitos e que atingem diretamente a vida, a liberdade e o patrimônio das pessoas, abrangendo, ao revés, toda punição que seja imposta ao ato de violação de normas jurídicas, tal como a invalidade⁵⁷.

Em se tratando de leis, a invalidade corresponde, sob a perspectiva causal, ao próprio vício formal, que decorre do desrespeito à norma que regula a produção normativa, ou ao vício material, consubstanciado na contrariedade ao conteúdo de norma reputada hierarquicamente superior. Já na perspectiva consequencial, a invalidade consiste na sanção invalidante atribuída em razão de o suporte fático da lei ser deficiente.

No caso da inconstitucionalidade da lei, também ocorre o descumprimento da norma de produção normativa ou a contrariedade ao teor da norma reputada superior. A marca distintiva é que regramento violado é a Constituição, seja porque a lei foi elaborada em dissonância com a disciplina constitucional de produção normativa (vício formal ou dinâmico) seja porque o conteúdo da lei é incompatível com o da Constituição (vício material ou estático). Na esteira do raciocínio, a inconstitucionalidade representa uma espécie de invalidade cuja peculiaridade consiste no fato de a norma violada integrar a Constituição.

Sendo um tipo de invalidade, a inconstitucionalidade é um conceito referencial. Não há inconstitucionalidade intrínseca à lei, visto que indispensável o cotejo com a Constituição, que é o parâmetro de constitucionalidade. A inconstitucionalidade da lei pressupõe a incompatibilidade entre dois elementos normativos de um determinado sistema

⁵⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da validade**. Editora Saraiva. 12ª Edição. São Paulo. 2013. p 38.

⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Da fraude à Constituição no sistema jurídico nacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, ano 2010, nº 52, p 137/174. p. 13.

jurídico, de modo que inconstitucional é “a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis com a Constituição”⁵⁸. Como explica Jorge Miranda:

constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento - que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe em seu sentido, que tem nela ou não a sua base⁵⁹.

Ademais, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da lei expressam uma relação intrasistêmica de norma jurídicas⁶⁰, de sorte que os parâmetros para aferição da inconstitucionalidade são apenas os critérios de validade definidos na Constituição, e não critérios sociológicos, que estão relacionados ao plano fático do ser, ou critérios axiológicos, de cunho jusnaturalista. Isso implica que mesmo os valores de justiça, liberdade e dignidade humana, cuja esperança é a de que sempre estejam entre os critérios de validade pela Constituição, mas nem sempre são parâmetros escolhidos pelo constituinte, não ensejam a inconstitucionalidade da lei na hipótese de o constituinte optar por não os incluir entre os seus critérios. Nada obstante, ainda assim se vislumbra a possibilidade de se recusar aplicação de lei que, embora não contrarie a Constituição, viole um daqueles valores fundamentais, desde que, como adverte Jorge Miranda, reconheça-se:

a questão não é então de inconstitucionalidade, mas de injustiça da lei constitucional, e como tal tem de ser assumida. Tudo está então em saber se o juiz – qualquer juiz, e não especificamente o Tribunal Constitucional – goza de autoridade social para isso e se na comunidade é suficientemente clara e forte a consciência daqueles imperativos e valores⁶¹.

Assim como a invalidade, também a inconstitucionalidade é suscetível de análise sob duas perspectivas: causal ou conseqüencial. Na primeira, corresponde ao vício consistente na desconformidade formal (referente ao processo de produção normativa) ou material (relacionada ao conteúdo da norma constitucional) entre a lei e a Constituição. Na segunda perspectiva, corresponde à sanção aplicada à lei em decorrência de um daqueles vícios, variando, de acordo com o ordenamento jurídico, entre a nulidade e a anulação. Portanto, o vício de inconstitucionalidade “não se confunde com a sanção de

⁵⁸ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 54.

⁵⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 473.

⁶⁰ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. *Op. cit.*, p. 69.

⁶¹ MIRANDA, JORGE. **Teoria do Estado e da Constituição**. *Op. cit.*, p. 481.

inconstitucionalidade, que é a consequência estabelecida pela Constituição para a sua violação”⁶².

2.3.4- A EFICÁCIA DA LEI INCONSTITUCIONAL

Como outrora asseverado, na concepção ponteana, o ato jurídico *lato sensu* é suscetível de análise em três diferentes planos: existência, validade e eficácia. O plano da eficácia tem a ver com a irradiação dos efeitos do fato jurídico no mundo do direito, emergindo daí todas as espécies de categorias eficaciais possíveis, desde a mais simples situação jurídica à mais complexa relação jurídica, com todo o seu conteúdo (direito subjetivo ↔ dever; pretensão ↔ obrigação; ações ↔ situação jurídica de acionado).

A chegada ao plano da eficácia não exige, necessariamente, passagem prévia pelo plano da validade, de sorte que um fato jurídico imperfeito pode produzir efeitos jurídicos⁶³. Isso porque, em primeiro lugar, quando cerne do suporte fático do fato jurídico não é uma conduta praticada com vontade, irrelevante se cogitar da validade, visto que os fatos na natureza são imunes à vontade humana. Em segundo lugar, porque mesmo os atos jurídicos *lato sensu*, nada obstante transitem pelo plano da validade, são capazes de produzir efeitos jurídicos quando formados imperfeitamente, haja vista que a irradiação de efeitos não é suscetível de valoração pelo homem, à semelhança dos fatos da natureza, das condutas consideradas avolitivas e das condutas ilícitas. Por isso, não há efeitos jurídicos nulos: os efeitos jurídicos existem ou não⁶⁴, daí a inadequação de se falar em direito subjetivo nulo, ação nula, relação jurídica anulável.

A lei, como já demonstrado, é um tipo de ato jurídico *lato sensu*. A eficácia do ato lei consiste na juridicização do seu suporte fático, transformando-o em fato jurídico. Essa eficácia legal não demanda a realização dos efeitos jurídicos do próprio fato jurídico criado, bastando, para ser eficaz, que a lei esteja apta a incidir, convolvando o fato da vida em fato jurídico, pouco importando se esse produzirá, ou não, os efeitos jurídicos que lhe foram atribuídos.

⁶² RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. Editora Saraiva. São Paulo, 1994.

⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência**. *Op. cit.*, p. 144.

⁶⁴ DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 72.

A eficácia da lei carece, tão somente, de vigência, que é a “incidibilidade da norma jurídica”⁶⁵. Sem vigência, a lei perde sua capacidade de juridicizar os fatos do mundo, de sorte que, ainda que se realize o suporte fático, não surgirá fato jurídico. À guisa de exemplo, durante o período de *vacatio legis*, a lei não incide, nada obstante já pertença ao ordenamento jurídico.

Vigente, a lei está habilitada para incidir, de sorte que, concretizado o suporte fático, ela incide, constituindo o fato jurídico. A entrada no mundo do direito já ocorreu com a incidência da lei, não sendo possível simplesmente desconsiderar a existência do fato jurídico decorrente da sua incidência, estando, pois, consumada a eficácia da lei. Disto se conclui que a eficácia da lei, que corresponde à eficácia de um ato jurídico *lato sensu*, exige apenas a vigência e a consumação do seu suporte fático, pouco importando a sua (in)validade.

A lei inconstitucional, como espécie de lei inválida, segue tal lógica. Por isso, enquanto vigente, é eficaz. A vigência da lei inconstitucional só será afastada com a sua desjuridicização, que consiste na realização de um fato jurídico que tenha por efeito expulsar a lei do ordenamento jurídico⁶⁶, ou com a suspensão da vigência legal, quando prevista essa hipótese no ordenamento jurídico, tal como sucede no Brasil⁶⁷. Até que ocorra a desjuridicização ou a suspensão da vigência da lei, a lei inconstitucional tem a mesma eficácia de uma lei válida, com capacidade, portanto, de regular coercitivamente todas as situações nela descritas⁶⁸.

Naturalmente, a possibilidade de uma lei inconstitucional disciplinar comportamentos até ser expulsa do sistema ou ter sua vigência suspensa gera enormes problemas práticos. Afinal, enquanto não se dá a expulsão ou a suspensão, relações jurídicas e demais situações jurídicas são constituídas e regidas de acordo com a lei inconstitucional. Em alguns casos, inclusive, chega-se ao paradoxo de o Poder Judiciário conferir imutabilidade àquela situação jurídica inconstitucionalmente regulada.

Porém, atribuir-se, de forma singela, a qualquer indivíduo a faculdade de recusar a observância e aplicação de uma lei vigente sob o argumento de que é

⁶⁵ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Brasília. **Revista de informação legislativa**, Senado Federal, nº 84, ano 21, out/dez, 1984. p. 272.

⁶⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. *Op cit.*, p. 272.

⁶⁷ Artigo 11, §1º da lei 9.868 (BRASIL. Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União de 11.11.1999. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm).

⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da validade**. Editora Saraiva. 12ª Edição. São Paulo. 2013. pp. 271/272.

inconstitucional não é, de modo algum, solução para os problemas práticos causados pela eficácia da lei inconstitucional. Ao contrário, isso significaria o caos social, retirando a marca que diferencia o direito dos demais métodos de adaptação social, qual seja a imperatividade. Em decorrência, a precisa definição da competência para apreciar a inconstitucionalidade de leis é deveras relevante para a manutenção do sistema jurídico, circunstância que não será olvidada quando do enfrentamento da questão pertinente à inconstitucionalidade da lei no processo administrativo.

Por conta da necessidade de manter a imperatividade, é que o sistema jurídico, sob pena de falência, está alicerçado no princípio da presunção de constitucionalidade das leis, segundo o qual a norma inconstitucional integra o ordenamento jurídico e tem capacidade para produzir os seus efeitos legais imediatamente após o início de sua vigência, ainda que em detrimento da coerência sistemática. Neste sentido, Marcelo Neves destaca que o princípio da presunção de constitucionalidade desempenha uma função pragmática indispensável ao sistema do direito, porquanto mantém a imperatividade da lei inconstitucional até que o órgão competente constata sua invalidade⁶⁹.

A presunção de constitucionalidade das leis⁷⁰, no entanto, não é óbice à eventual eficácia temporal retroativa da decisão da autoridade competente que decreta a inconstitucionalidade. Como será visto no próximo capítulo, de acordo com a espécie de sanção invalidante adotado pelo direito positivo, a retroação dos efeitos dessa decisão pode ser inclusive a regra geral do ordenamento jurídico, de modo que, em princípio, a decretação de inconstitucionalidade importa na desconstituição das situações jurídicas desenvolvidas durante a vigência da lei inválida.

2.4- A LEI E OS DIFERENTES NÍVEIS DE LINGUAGEM DO DIREITO

2.4.1- NORMA E LEI

Tradicionalmente, a atividade de interpretar é tida como fenômeno apenas cognoscitivo, de modo que, ao intérprete, compete exclusivamente descobrir o significado do

⁶⁹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. *Op. cit.*, p.146.

⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Edição rev. e atual..São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148; JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade. Teoria e prática**. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2011. p 288; MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1133.

objeto da interpretação. Essa compreensão encontra amparo na filosofia aristotélica, segundo a qual o sentido está nas coisas, porque nelas há uma essência, isto é, aquilo sem o qual não é⁷¹. Daí que a função da interpretação é revelar a essência das coisas.

Quando se trata da interpretação de um texto, esta concepção tradicional parte do pressuposto segundo o qual existe um significado preexistente à espera da descoberta pelo intérprete. Nessa toada, interpretar é desvelar os usos ideais ou efetivos de determinada linguagem, cingindo-se, pois, a uma empreita meramente descritiva do significado prévio⁷².

No que se refere à interpretação das leis, ao pressuposto do sentido único dos vocábulos, circunstância que os isentam de dúvidas semânticas, soma-se o da vontade uniforme atribuível ao órgão legislador. Os embates entre as diversas vertentes partidárias do Parlamento ou mesmo o desconhecimento de alguns parlamentares acerca das matérias deliberadas, situações rotineiras no interior de qualquer órgão legislativo coletivo, são sonoramente ignoradas, a fim de aproximar a natureza da vontade institucional parlamentar à da vontade humana. De acordo com Riccardo Guastini, tais pressupostos, no fundo, consistem em crenças:

na crença de que as palavras incorporam um significado ‘próprio’, intrínseco, dependente não do uso das próprias palavras, mas da relação ‘natural’ entre palavras e realidade –ou na crença de que as autoridades normativas (que comumente, no mundo moderno, são órgãos corporativos e, adicionalmente, internamente conflitantes) tenham um vontade unívoca e reconhecível como os indivíduos⁷³

Ignorada a polissemia dos vocábulos e os conflitos parlamentares internos, a interpretação das leis consiste apenas em declarar o “significado objetivo dos textos normativos e/ou a intenção subjetiva dos seus autores (tipicamente: as autoridades legislativas)”⁷⁴. Caso o intérprete se concentre no significado objetivo do texto normativo, a interpretação será declaratória objetiva (*voluntas legis*), assumindo que há um sentido próprio no texto, independente até certo ponto daquele desejado pelo legislador⁷⁵. Em contrapartida, caso o intérprete enfoque a intenção subjetiva dos legisladores, a interpretação será declaratória subjetiva (*voluntas legislatoris*), de sorte que se deve compreender o pensamento

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 2ª Edição. p. 13.

⁷² ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, número 29. São Paulo: Dialética, 2013. p. 184.

⁷³ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 139.

⁷⁴ Idem, p. 139.

⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 233.

do legislador⁷⁶, com prevalência do desejo manifestado nos debates legislativos, diante do momento histórico.

A interpretação jurídica declaratória, seja na vertente objetiva seja na vertente subjetiva, é intimamente relacionada ao mito da certeza do direito, à doutrina da separação dos poderes e à absoluta sujeição do juiz à lei⁷⁷. Promove um verdadeiro “culto do texto da lei”⁷⁸, de sorte que o juiz é apenas “a boca da lei”, cabendo-lhe, pois, apenas descrever os termos da lei ao julgar, sem qualquer espaço para criatividade⁷⁹.

No entanto, a univocidade semântica dos textos passou a ser rechaçada no alvorecer do século XX, época em que o chamado “giro lingüístico” promove uma revolução na filosofia, rompendo tradicionais cânones filosóficos. A linguagem, até então considerada mero instrumento secundário ao ato de interpretar, ingressa nas discussões da filosofia, tornando-se ela mesma objeto da discussão filosófica, haja vista o reconhecimento da possibilidade de um texto ou mesmo um vocábulo conter múltiplos sentidos, ou seja, da polissemia semântica.

No Círculo de Viena, grupo de positivistas lógicos reunidos na década de 20 naquela cidade, estavam os maiores expoentes do “giro lingüístico”⁸⁰. Entre eles, estava o jurista Hans Kelsen, que, não por acaso, admite “a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime”⁸¹ e que há várias significações possíveis à disposição do intérprete⁸². Kelsen, portanto, rejeita a existência um único significado possível para o texto normativo, afirmando, ao revés, a existência de variados sentidos imputáveis àquele, os quais estariam situados no espaço de indeterminação compreendido na moldura que a lei representa⁸³.

Nessa perspectiva, emerge a necessidade de se distinguir o texto normativo da norma construída a partir dele. O texto normativo ou dispositivo normativo corresponde ao objeto da interpretação e não se confunde com a norma, que é o produto da interpretação⁸⁴. O

⁷⁶ Idem, p. 233.

⁷⁷ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 140.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília. p.88.

⁷⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. Universidade Católica de Pernambuco. 2011. p 24.

⁸⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 4.ª Edição. São Paulo: Noeses, 2011. p. 27.

⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 389.

⁸² Idem, p. 389.

⁸³ Ibidem, p. 390/391.

⁸⁴ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 136.

texto normativo, antes de ser interpretado, consiste em mero conjunto de palavras em silêncio, aguardando o sentido⁸⁵. Já a norma jurídica, constituída a partir da construção do sentido, equivale ao texto normativo interpretado, e não algo preexistente à espera de revelação.

Em consequência da inexistência de correlação entre o texto normativo e a norma, é possível existir norma mesmo sem um dispositivo específico que lhe suporte ou, em sentido inverso, de um único dispositivo podem ser extraídas diversas normas, algo que Pontes de Miranda, no fim da década de 60, divisou: “não raro, o artigo, parágrafo, inciso ou proposição contém mais de uma regra jurídica, como unidade lógica. A regra jurídica que se extrai de dois mais artigos, ou de um artigo e parte de outro, é que é a unidade lógica, que se tem de examinar”⁸⁶.

De outro lado, a distinção entre texto normativo e norma implica reconhecer que o Poder Legislativo, ao inovar o direito positivo através de sua atividade primordial, produz, em verdade, veículos que manifestam graficamente a mensagem expedida pelo sujeito produtor do direito⁸⁷. Da interpretação dessa mensagem gráfica é que surgirá a norma jurídica.

Deixe-se claro, porém, que o caráter constitutivo da interpretação jurídica não significa que o intérprete, diante do texto normativo, está livre para lhe atribuir qualquer sentido. A atuação do intérprete é condicionada: (1) pelos significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico do vocábulo⁸⁸, eis que atividade de construção do sentido tem como ponto de partida aqueles sentidos básicos; (2) pela dupla contingência havida entre aquele que produz o texto normativo e aquele que o interpreta⁸⁹, razão pela qual a este último não é dado, ao atribuir sentido para o texto normativo, substituir ao produtor do texto normativo, mas desenvolver sua atividade criativa a partir do que fora posto no texto pelo autor.

Mas Kelsen, embora reconheça a pluralidade semântica, ainda está vinculado à noção de interpretação declaratória, na esteira das concepções firmadas pelo próprio giro lingüístico. De modo que, no pensamento kelseniano, compete à interpretação jurídica, ao invés de procurar o significado unívoco dos textos normativos, identificar as múltiplas

⁸⁵ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. Editora Noeses. São Paulo. 2006. p. XXXVIII.

⁸⁶ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VI**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975. p. 53.

⁸⁷ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 2ª Edição. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 49.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 14ª Edição. p. 35.

⁸⁹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre hidra e Hércules: princípio e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. pp. 10 e 11.

possibilidades de sentido para os conteúdos legais⁹⁰. Não cabe, contudo, a interpretação jurídica, pelo menos no campo científico, dizer quais, dentre os diversos sentidos possíveis diante do texto normativo, é o correto, estando tal questão afeta à política. Nesse ponto, Tércio Sampaio Ferraz Junior faz a seguinte analogia:

Numa analogia a um texto final de uma obra de Wittgenstein, lógico com quem Kelsen privou em seus tempos de Viena, segundo o qual “o que não se pode falar, deve-se calar”, poderíamos dizer que para nosso jurista, o que a ciência jurídica não pode descrever, deve omitir.⁹¹

A efetiva ruptura com a concepção unicamente declaratória da interpretação é tributária da virada hermenêutico-pragmática.

Com a virada hermenêutico-pragmática, o homem foi, enfim, colocado no centro das concepções sobre a atividade de interpretar. De um lado, isto decorre dos “jogos de linguagem” de Wittgenstein, que deram ênfase à análise lingüística do plano pragmático, até então negligenciada. De outro lado, é consequência da hermenêutica de Heidegger e Gadamer, que destacou a feição histórica do homem, com destaque para o papel da tradição, demonstrando a repercussão deste aspecto sobre a atividade interpretativa.

A repercussão dessa virada no direito é deveras relevante. A existência de um sentido unívoco e preexistente à interpretação das leis, já refutada por Hans Kelsen, permanece rejeitada. No paradigma da virada hermenêutico-pragmática, contudo, a identificação das múltiplas possibilidades de sentido, tal qual propugnado por Kelsen, também não é aceita, haja vista que implica no reconhecimento do caráter exclusivamente declaratório, descritivo da atividade de interpretar, tendo a linguagem, ainda, função exclusiva de simbolizar a essência das coisas.

Ao invés da natureza declaratória ou descritiva, a interpretação dos textos jurídicos, de acordo com as concepções da virada hermenêutico-pragmática, tem cunho constitutivo, consistindo “em um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto”⁹².

Ademais, não se pode descurar que interpretação dos textos normativos envolve uma situação fática concreta subjacente. Esse aspecto peculiar, inclusive, não passou

⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 229.

⁹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 229.

⁹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo. Malheiros Editores, 2013. 14ª Edição. p. 34.

despercebido por Gadamer. Nesse particular, o filósofo alemão assevera que o jurista constrói o sentido da lei a partir e em razão de um caso concreto, de sorte que somente diante de uma situação fática concreta é que se extrai o sentido da lei⁹³. Com isto, Gadamer, ratificando historicidade do intérprete, fulmina a possibilidade de um sentido unívoco e definitivo anterior à interpretação da lei, haja vista que é dever do jurista adequá-la à situação fática concreta e às necessidades do presente:

O juiz procura corresponder à idéia de justiça da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, não se comporta como um historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente⁹⁴.

A relevância do caso concreto no direito só confirma o caráter criativo da interpretação jurídica e, por conseqüência, a diferença entre o texto normativo, forma lingüística sob a qual se debruça o intérprete, e norma, metalinguagem através da qual o intérprete atribui sentido ao texto.

2.4.2 – O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE E OS NÍVEIS DA LINGUAGEM NO DIREITO.

Diante da distinção entre a lei, objeto da interpretação, e a norma, resultado da atividade interpretativa, a indagação que se coloca diz respeito à localização do vício de inconstitucionalidade em vista desses diferentes planos lingüísticos. Ou seja, a pergunta que se faz é: o vício de inconstitucionalidade atinge a própria linguagem textual ou a metalinguagem decorrente da interpretação jurídica?

Sob o ponto de vista causal, a inconstitucionalidade se classifica em formal ou material, de acordo com o tipo de vício que prejudica a validade do ato jurídico *lato sensu* de cunho geral e abstrato produzido, em regra, pelo Poder Legislativo com a participação do Chefe do Poder Executivo.

A inconstitucionalidade formal diz respeito ao processo de produção normativa, ao modo como o ato jurídico foi elaborado. Não se considera, portanto, o conteúdo

⁹³ GADAMER. Hans-georg. **Verdade e método**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3ª Edição. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 482.

⁹⁴ Idem, p. 487.

do ato produzido, mas o próprio processo de criação, daí porque é também denominada de inconstitucionalidade extrínseca⁹⁵.

Nada obstante parte doutrina classifique a inconstitucionalidade formal em duas espécies⁹⁶, parece-nos mais acertado dividi-la em três categorias. Isso porque, além das tradicionais inconstitucionalidade formal subjetiva, que se refere a incompetência do órgão que teve a iniciativa de criar o ato, e inconstitucionalidade formal objetiva, relacionada às fases posteriores à iniciativa, tal como votação, sanção, promulgação e publicação, ainda é possível cogitar da inconstitucionalidade formal de cunho instrumental.

Na inconstitucionalidade instrumental, o órgão que propõe o ato tem competência para fazê-lo e não há qualquer defeito nas demais fases da produção legislativa, porém o instrumento utilizado não é aquele previsto na Constituição⁹⁷. Apenas para exemplificar, e sem fugir à pretensão lógico-jurídica deste capítulo, haverá vício inconstitucionalidade formal instrumental na hipótese de o Congresso Nacional brasileiro editar uma lei ordinária que verse sobre prescrição e decadência tributárias, inobstante essa matéria seja reservada exclusiva à lei complementar, conforme artigo 146, III, b, da Constituição Federal de 1988.⁹⁸

Independentemente de qual dessas três espécies, a inconstitucionalidade formal se reporta diretamente à lei⁹⁹, posto que causada pela má formação do ato jurídico *lato sensu* materializado na lei. O vício está na gênese da própria lei, de modo que, em princípio, os possíveis sentidos da lei pouco importam. Diz-se em princípio porque, embora se refira diretamente ao ato jurídico *lato sensu*, o órgão competente, submetido que está ao caráter constitutivo da interpretação e à polissemia do texto, tem de considerar as normas que podem ser construídas a partir daquela lei para verificar a existência do vício formal. Assim, por exemplo, de uma lei, à primeira vista, inconstitucional por conter conteúdo que demandaria outro instrumento normativo, pode-se retirar, em situações excepcionais, uma interpretação

⁹⁵ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 42.

⁹⁶ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 42; PALU; Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 83.

⁹⁷ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. *Op cit.*, p. 133.

⁹⁸ Essa situação de fato ocorreu, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei Federal 8.212 (vide Súmula Vinculante 08 e Recursos Extraordinários 560.626, 556.664).

⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 151; NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. *Op. cit.*, p. 141.

que esteja em conformidade com a Constituição, afastando as demais por inadequação instrumental¹⁰⁰. Por isso, com razão, Elival da Silva Ramos vaticina que:

a inconstitucionalidade formal, por se referir ao processo de criação do ato legislativo, implica, usualmente, a inconstitucionalidade total de suas disposições. Não se tome isso, entretanto, como uma regra sem exceções¹⁰¹.

A inconstitucionalidade material, por seu turno, deriva da incompatibilidade do conteúdo da lei com o conteúdo da Constituição. Ao contrário do vício formal, não é preciso analisar a regularidade do processo de criação, elemento externo ao ato legislativo, eis que a inconstitucionalidade material consiste em defeito interno, intrínseco.

Como na inconstitucionalidade material importa apenas o conteúdo da lei, e assumindo a premissa de que o sentido da lei não é algo predefinido, mas construído pelo intérprete, o vício de inconstitucionalidade, nesse caso, está no resultado da atividade de interpretação pelo órgão competente segundo a Constituição.

Portanto, a inconstitucionalidade material atinge diretamente norma¹⁰² e, desse modo, permite-se que uma lei não seja expulsa do ordenamento jurídico apenas porque uma das suas possibilidades significativas é incompatível com a Constituição, no que resulta fortalecido o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que exerce um papel pragmático indispensável ao caráter coercitivo do direito positivo.

Em conseqüência, ao invés de decretar a inconstitucionalidade da lei quando apenas uma(s) de sua(s) possibilidade(s) significativas for inconstitucional, deve o órgão competente preferir a “exegese que lhe de um sentido compatível com a Constituição, baseado na presunção de que o legislador teve a pretensão de elaborar uma norma jurídica válida”¹⁰³.

Reforçando a ideia de que a inconstitucionalidade material reside na norma, existem, inclusive, técnicas de controle de constitucionalidade especificamente destinadas ao ajuste da interpretação da lei. Com efeito, na “interpretação conforme a Constituição” e na “declaração parcial de nulidade sem redução de texto” diminui-se a amplitude semântica interpretada, retirando-lhe parte dos sentidos extraíveis, porém a lei permanece no ordenamento jurídico, sem qualquer prejuízo à sua validade. A diferença é que, enquanto na

¹⁰⁰ Em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme a um dispositivo de lei questionado, em ação direta de inconstitucionalidade, por vício formal à Constituição. Vide ADI 2.591 e 3.395.

¹⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. *Op. cit.* p. 165.

¹⁰² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. *Op. cit.* p. 141.

¹⁰³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. *Op. cit.* p. 146.

interpretação conforme se afirma qual das possíveis interpretações do texto da lei se revela compatível com a Constituição, na declaração parcial de nulidade sem redução de texto é assentada a inconstitucionalidade de algumas das interpretações da lei, deixando-se as demais a salvo¹⁰⁴.

Diferentemente, quando todas as interpretações possíveis da lei forem desconformes com a Constituição, não há espaço para as técnicas de interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução do texto, posto que não há sentido compatível com a Constituição a ser salvaguardado. Em consequência, também não é possível manter a lei no sistema jurídico, não restando outra opção senão decretar a sua inconstitucionalidade. De modo que, nesses casos de inconstitucionalidade material total, forçoso reconhecer que o vício atinge, indiretamente, a própria lei, objeto da interpretação.

Deste modo, fica evidenciado que, no que pertine aos planos lingüísticos, a localização do vício de inconstitucionalidade não se confunde com o resultado advindo da decisão sobre a inconstitucionalidade.

Afinal, na inconstitucionalidade formal, muito embora o vício alcance diretamente a lei, é de se levar em conta as normas que podem ser construídas a partir daquele ponto de partida interpretativo, no que pode resultar, caso possível extrair alguma interpretação compatível com a Constituição, na manutenção da lei no sistema, aplicando-se, inclusive, as técnicas de interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução do texto. Nesse caso, mesmo o vício atingindo diretamente a lei, o resultado da decisão apanha apenas a validade de algumas normas construídas a partir daquela.

Inversamente, na inconstitucionalidade material, nada obstante a norma seja diretamente atingida, é cabível a repercussão sobre a lei quando todas as interpretações possíveis incorrerem em inconstitucionalidade. Daí que, nesse caso, o vício está na norma, mas a decisão repercute sobre a lei.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 60.

Da seção 3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONTINGÊNCIA DA LEI INCONSTITUCIONAL NO BRASIL até a seção 6 A FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO (páginas 38 a 152) foram bloqueadas pelo autor.

7- CONCLUSÃO

Ao final da dissertação, as principais ideias desenvolvidas ao longo do texto podem ser apresentadas, em apertada síntese, através das proposições objetivas que seguem:

O sistema composto pelas normas jurídicas positivadas em determinado Estado comporta contradições entre os seus elementos.

A norma jurídica, muito embora defina o fato jurídico e os seus efeitos no mundo do direito, é também fato jurídico, classificando-se, segundo o critério de taxionomia proposto por Pontes de Miranda, como ato jurídico *lato sensu*.

A norma jurídica sujeita-se à análise sob três diferentes planos: existência, validade e eficácia. A presença de algum defeito na norma não afeta a sua existência jurídica.

A inconstitucionalidade representa uma espécie de invalidade cuja peculiaridade consiste no fato de a norma violada integrar a Constituição. De modo que a lei inconstitucional existe.

A inconstitucionalidade é suscetível de análise sob duas perspectivas: causal ou conseqüencial. Na primeira, corresponde ao vício consistente na desconformidade entre a lei e a Constituição. Na segunda perspectiva, corresponde à sanção aplicada à lei em decorrência de um daqueles vícios, variando, de acordo com o ordenamento jurídico, entre a nulidade e a anulação.

A eficácia da lei carece, tão somente, de vigência. A lei inconstitucional segue esta lógica, de modo que, enquanto vigente, é eficaz. A vigência da lei inconstitucional só será afastada com a sua desjuridicização ou com a suspensão da vigência legal, quando prevista essa hipótese no ordenamento jurídico, tal como sucede no Brasil.

Tendo em vista a distinção entre a lei, objeto da interpretação, e a norma, resultado da atividade interpretativa, a localização do vício de inconstitucionalidade não se confunde com o resultado advindo da decisão sobre a inconstitucionalidade.

Tanto o sistema difuso (americano) quanto o modelo concentrado (kelseniano) de controle de constitucionalidade das leis partem da confusão entre existência jurídica e validade de uma norma, recusando a evidência de que a lei inconstitucional, ainda que imperfeitamente, não apenas existe, mas também surte os seus efeitos enquanto vigente.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade não consiste em mera junção dos tradicionais modelos de fiscalização e, sim, em sistema próprio, que, embora

inspirado naqueles dois, está permeado de institutos inéditos, a exemplo da argüição de preceito fundamental e da suspensão da execução de lei pelo Senado Federal.

Enquanto o órgão de controle de constitucionalidade que tem a palavra final não se manifesta definitivamente, a lei pode ser sancionada com a decretação de nulidade ou anulabilidade. Se o pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade de leis for feito em sede de controle preventivo, não há chance de uma lei inconstitucional ingressar no ordenamento jurídico. Em contrapartida, é inevitável o ingresso de leis inconstitucionais quando coexistirem instrumentos preventivos e repressivos de fiscalização de constitucionalidade no ordenamento jurídico.

A lei inconstitucional é algo eventual, porém inafastável, no Brasil, haja vista que aqui se congregam instrumentos preventivos e repressivos de controle de constitucionalidade.

Não há incompatibilidade em conceber-se o processo como uma espécie de procedimento e simultaneamente como método de criação de normas jurídicas e relação jurídica. Não havendo conflito entre esses diferentes aspectos processuais, é possível enfeixá-los em uma definição única, que pode ser assim enunciada: processo é o ato jurídico complexo que, destinado a produção normativa, gera um conjunto de relações entre os sujeitos processuais.

A noção de processo como instrumento para o legítimo exercício do poder seja em quaisquer das atividades estatais (processo judicial, administrativo e legislativo) ou ainda não-estatais consolida definitivamente a concepção ampla de processualidade.

Na trilha das lições de Elio Fazzalari, o processo consiste em espécie de procedimento caracterizada, em razão da repercussão coativa na esfera jurídica alheia, pela presença do contraditório; enquanto o procedimento, por seu turno, é a sequência pré-definida de atos preparatórios necessária ao exercício legítimo do poder, independente de haver inferência na órbita jurídica de outrem.

Sempre que a atuação administrativa importar em restrição, por mais ínfima que seja, nos direitos e liberdades individuais, torna-se indispensável que o exercício do poder estatal seja legitimado por uma sequência pré-definida de atos preparatórios, na qual seja facultada a participação dos interessados através do contraditório.

Define-se o processo administrativo como ato jurídico complexo que, destinado à produção de uma decisão administrativa conclusiva, porém não definitiva, vez que suscetível à reapreciação pelo Poder Judiciário, gera um conjunto de relações jurídicas.

No decorrer do século XX, houve uma gradual aproximação entre Constituição e processo, notadamente através do acréscimo de normas de estrutura aos textos constitucionais, de modo que, tanto sob o enfoque substancial da constitucionalização do processo quanto sob o paradigma procedimental da processualização da constituição, a concepção de Elio Fazzalari sobre o contraditório tornou-se insuficiente.

A partir de uma releitura dinâmica, o contraditório passa a exigir, além da isonomia de condições entre os contraditores, que a decisão reflita o livre debate travado no decorrer do processo, surgindo uma relação de dependência mútua entre contraditório, ampla defesa e motivação das decisões que deságua no devido processo legal.

O sentido atribuído à expressão devido processo legal não é estático, variando no decorrer da história em razão, sobretudo, da tradição jurídica adotada no país e das vicissitudes do direito positivo então vigente.

Em sua origem, o devido processo legal foi concebido como uma garantia procedimental, estando relacionado apenas a exigências de cunho formal. Nesse contexto, não há como conceber o devido processo legal sem as garantias processuais básicas do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões, da proibição de provas ilícitas, do acesso à justiça (direito fundamental à jurisdição), da publicidade e isonomia processuais, sendo dado concluir que elas representam elementos inerentes ao devido processo legal.

A construção da feição substancial do devido processo legal ocorreu na segunda metade do século XIX, principalmente em razão da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. No Brasil, o devido processo legal substantivo conecta-se com as ideias de razoabilidade e proporcionalidade.

No conceito de processo apresentado no terceiro capítulo, o plano da validade não foi tomado em consideração na definição, malgrado o processo necessariamente tenha que atravessá-lo. Contudo, sem qualquer requisito de validade, não há limites efetivos para a produção normativa, ensejando a criação de qualquer norma, independentemente do seu conteúdo ou do respeito às etapas preparatórias indispensáveis a sua produção.

É justamente o devido processo legal que preenche essa lacuna, estabelecendo requisitos formais indispensáveis à produção normativa e trazendo as noções de razoabilidade/proporcionalidade para a definição de processo.

A partir da inserção do devido processo legal como requisito de validade do processo, os direitos fundamentais são salvaguardados seja na dimensão procedimental, sobretudo através das garantias do contraditório, da ampla defesa, da vedação às provas

ilícitas, do juiz natural, direito fundamental à jurisdição, e da motivação das decisões, seja na dimensão substantiva, na medida em que impede a produção de normas despidas de razoabilidade e proporcionalidade.

O processo, em conseqüência, sujeita-se à invalidação por violação ao devido processo legal, daí que o conjunto de garantias processuais inerentes àquele e as máximas da razoabilidade e proporcionalidade funcionam como requisitos básicos para a sua validade.

Não há como se manter a concepção segundo a qual o administrador executa a lei através de um simples silogismo, deduzindo a resolução diretamente a partir da comparação entre a disposição, isto é, texto ainda a interpretar (premissa maior) e os fatos concretos postos à sua apreciação (premissa menor).

Ao ser enfim expressamente consagrado na Constituição Federal de 1988, a expressão “devido processo legal” incorporou ao seu significado, além das garantias processuais, a feição substancial delineada no século anterior.

O devido processual legal também se constitui, sob a perspectiva jurídico-positiva constitucional, em requisito de validade processual, de modo que, caso violado, o processo (ato jurídico complexo) é inválido, assim como imperfeito é o seu produto final.

Para cumprir seu mister de constitucionalização da atividade da Administração Pública, o devido processo legal carece de meios que assegurem o respeito à própria Constituição Federal.

Tanto as garantias processuais decorrentes do devido processo legal procedimental quanto os postulados advindos da dimensão substantiva do devido processo legal são normas com eficácia plena, de modo que, além de produzirem os seus efeitos regulares sem intermédio da atuação do Poder Legislativo, prevalecem sobre as eventuais normas infraconstitucionais incompatíveis.

A afirmação de que as garantias processuais, independentemente da inércia ou atuação restritiva do legislador infraconstitucional, aplicam-se a qualquer processo conduz ao controle de constitucionalidade nos processos administrativos.

Não é possível conciliar a necessidade de participação ampla e irrestrita com a vedação à alegação pelos interessados e ao pronunciamento na decisão sobre a constitucionalidade das leis no processo administrativo.

Em decorrência da associação do contraditório com a ampla defesa, dimana o direito subjetivo dos interessados ao controle da constitucionalidade das leis aplicadas no processo administrativo.

Contraposto ao direito subjetivo dos interessados, há necessariamente um dever a cargo de alguém. No caso, o dever de apreciar a alegação de inconstitucionalidade que recai sobre o órgão responsável por emitir a decisão.

O controle de constitucionalidade no processo administrativo é um corolário do devido processo legal na vertente procedimental de modo que, caso não seja franqueada a fiscalização da higidez constitucional das leis aplicadas, o processo administrativo (ato jurídico complexo) é inválido, assim como imperfeito é o seu produto final (decisão administrativa).

Por se tratar de competência implícita ao conteúdo do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, e não expressamente reconhecida como o controle de constitucionalidade jurisdicional, o controle administrativo de constitucionalidade não tem idêntica amplitude ao daquele realizado pelo Poder Judiciário.

Os parâmetros de constitucionalidade relacionados aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade e ao princípio da dignidade humana, que são os mais controversos do controle jurisdicional, não são suscetíveis de transposição à fiscalização administrativa.

Firmado que o controle de constitucionalidade das leis no processo administrativo é um corolário do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição), é preciso conciliar a realização dessa sindicância com o princípio da segurança jurídica.

A conciliação da exigência do controle de constitucionalidade no processo administrativo com o princípio da segurança jurídica perpassa necessariamente pela análise das características específicas do órgão administrativo, calibrando-se, em razão desses atributos, a intensidade da sindicância.

O exercício de função judicante e o gozo de independência funcional são os atributos orgânicos capazes de ampliar o controle de constitucionalidade das leis na seara administrativa porque aproximam a atuação da Administração Pública do agir típico do Poder Judiciário.

Como a estrutura fragmentada e heterogênea da Administração Pública comporta órgãos bastante distintos, inclusive com diferentes níveis de conhecimento jurídico por partes dos respectivos membros, a existência de manifestação do órgão competente da Advocacia Pública acerca da higidez constitucional da lei aplicanda, desde que o administrador a acompanhe, é também uma condicionante que intensifica a competência de exame da constitucionalidade no processo administrativo. Isso porque, nesse caso, a

autoridade administrativa decide de acordo com o entendimento técnico do órgão competente, segundo a Constituição, para prestar a consultoria jurídica na Administração Pública.

As três condicionantes (exercício de função judicante, gozo de independência funcional, concordância com o pronunciamento jurídico do órgão competente) graduam a competência examinadora entre os múltiplos órgãos administrativos da federação brasileira.

Divididos os órgãos administrativos em quatro grupos a partir dos atributos orgânicos (exercício de função judicante, gozo de independência funcional), chega-se, após combiná-los com a terceira condicionante (concordância com pronunciamento jurídico do órgão competente), as assertivas a seguir expostas.

O primeiro grupo (órgão sem independência e que não exercem função judicante) não tem, a princípio, competência para controlar a constitucionalidade das leis. Tais órgãos só poderão efetuar o controle de constitucionalidade se houver manifestação de advogado público sobre a correção constitucional da lei e ainda assim, considerando os elevados riscos à segurança jurídica envolvidos, apenas na hipótese de inconstitucionalidade flagrante.

No segundo grupo (órgão judicantes dependentes) e no terceiro grupo (órgãos independentes e que não exercem função judicante), o controle de constitucionalidade também depende de manifestação de advogado público. No entanto, havendo parecer jurídico, a fiscalização avança, realizando-se, fora a hipótese de inconstitucionalidade flagrante, com base em decisões judiciais pretéritas.

Nos processos administrativos em curso no quarto grupo (órgãos independentes e que exercem, ainda que sem exclusividade, função judicante), a competência sindicante de constitucionalidade das leis alcança sua intensidade máxima na seara administrativa. De tal modo, afora a inconstitucionalidade flagrante e a inconstitucionalidade fundada em decisão judicial pretérita, ela pode ser exercitada nas demais formas admitidas no Poder Judiciário, excepcionada apenas a utilização dos parâmetros decorrentes do princípio da dignidade humana e dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

A graduação da intensidade do controle de constitucionalidade proposta é necessária diante da ausência de tratamento legal sobre a matéria e, outrossim, dos riscos à segurança jurídica no caso de uma fiscalização irrestrita desde os órgãos mais inferiores da Administração Pública. No entanto, sedimentado que a fiscalização de constitucionalidade das leis nos processos administrativos é um consectário lógico do devido processo legal procedimental, a matéria clama por regulamentação por lei.

Por impor uma sanção a um ato jurídico (lei), a decisão que conclui pela inconstitucionalidade da lei pode ter natureza desconstitutiva ou constitutiva de acordo com a espécie de sanção de invalidade prevista no ordenamento jurídico.

Considerando a função (assegurar o respeito às garantias processuais do administrado) e a necessidade (evitar a prática de atos administrativos reflexamente inconstitucionais) que justificam a fiscalização de constitucionalidade no processo administrativo, conclui-se que a sanção adequada à lei inconstitucional é a anulação com efeitos inter partes, isto é, a combinação do efeito temporal típico do controle austríaco com a eficácia subjetiva própria do controle americano.

8- REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., Malheiros: São Paulo, 2011.

ARAÚJO, Nadja Aparecida Silva de. Atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade: notas de uma interpretação sistemática no direito positivo brasileiro. **Brasília: Revista de Informação Legislativa**, v. 40, n. 158, p. 279-297, abr./jun. 2003

ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. Universidade Católica de Pernambuco. 2011.

ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. São Paulo: **Revista do Direito Tributário Atual**, número 29. Dialética, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo. Malheiros Editores, 2013. 14ª Edição.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo**. Rio de Janeiro: Cia Impresora, 1893. Disponível no sítio *dominiopublico.gov.br*.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6º Edição rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3ª Edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento Tributário**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária – uma introdução metodológica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal às relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. Lei Federal 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União de 11/11/99. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm

BRASIL. Lei Federal 9.882 de 3/12/1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança 24.675/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 23/10/2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 23121/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/1993, DJ 08/11/1993

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Representação 980/SP, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1979, DJ 19-09-1980

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 91.246. Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, julgado em 03/11/1981, DJ 18-12-1981 PP-12941.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1063 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1994, DJ 27-04-2001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de Inconstitucionalidade 221, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, , julgado em 16/09/1993, DJ 22-10-1993.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 13.950/SP. Julgamento: 10/10/1968. DJ 27-12-1968.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 32.033. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 20/06/2013. Publicação em 18-02-2014

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2290. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 18/10/2000, DJ 23-02-2001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em Mandado de Segurança 14136, Relator(a): Min. ANTONIO VILLAS BOAS, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALIOMAR BALEEIRO, julgado em 14/06/1966, DJ 30-11-1966.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 24.667. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 04/12/2003, DJ 23-04-2004

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 85787/SP. Relator: Min. Soares Munoz, Primeira Turma, julgado em 02/06/1978. DJ 30/06/1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público (Data de Aprovação Sessão Plenária de 13/12/1963, PUBLICAÇÃO:DJ DE 26/4/1962)

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias e FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume V. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. p. 228 a 260.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 2ª Ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUZUID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. 5ª Reimpressão. Coimbra (Portugal): Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª Edição reimpressão. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Anttonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAVALCANTE, Themístocles Brandão. Parecer. Lei – Declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Getúlio Vargas, 1965. Volume 82.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**.v. 1. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, 2ª ed., São Paulo: RT, 2000.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Editora Dialética, 1997.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1.15ª Edição. Salvador: Juspodvm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 2ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodvm, 2013.

DIDIER JR, Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. SCHLUKING, Marialva de Castro C.O devido processo legal e o controle de constitucionalidade no processo administrativo fiscal. Salvador: Editora Juspodvm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentabilidade do processo**. 13ª Edição rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elanie Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**.5ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, 2002. **Revista Diálogo Jurídico**, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de junho de 2014.

GADAMER, Hans-georg. **Verdade e método**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3ª Edição. Petropolis: Vozes, 1999.

GOMES Jr., Luis Manoel; DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). **Constituição e Processo**. DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. Salvador: Juspodivm, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, W. S. .Uma nova perspectiva constitucional: Processo e constituição. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 30, n.30, p. 285-291, 1998.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2006.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER Jr., Fredie (Coord.); **Teoria do processo: panorama mundial**. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. Salvador: Juspodivm, 2007.

LOPES JR., Aury. **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal**. Artigo publicado no site Consultor Jurídico em 27/06/2014. <http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em 20/08/2014.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade. Teoria e prática**. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2011.

JÚNIOR, HERMES ZANNETI. **A Constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KREEL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª Edição rev. atua. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. Direitos fundamentais do contribuinte como limitação ao Poder de Tributar. Faculdade de Direito de Recife. Recife, 2004.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. A inconstitucionalidade e o destinatário original da norma viciada. **Revista Ciência Jurídica**, ano VI, v. 46, jul/ago de 1992. Editora Ciência Jurídica: p. 23-32.

LOBO, Paulo Luiz Neto. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. Brasília. **Revista de informação legislativa**, v.27, nº 106, p. 37-54, abr./jun. de 1990, 04/1990.

LOPES JR., Aury. **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal**. Artigo publicado no site Consultor Jurídico em 27/06/2014. <http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em 20/08/2014.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 98, p. 91-99, 2003.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. São Paulo, Atlas, 2010.

MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2º Edição ver. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. 5ª ed. -- São Paulo: Dialética, 2010.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MARTINS, Ives Granda da Silva (coordenação). **Processo administrativo tributário**. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Marcos Bernardes de. Da fraude à Constituição no sistema jurídico nacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, ano 2010, nº 52, p 137/174.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Editora Saraiva. 19ª Edição. 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato jurídico: plano da validade**. Editora Saraiva. 12ª Edição. São Paulo. 2013.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2ª Edição rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA JR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969, tomo I**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969, tomo III**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VI**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado, tomo I**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **O processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil**. Gênesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2004, pp. 484/510, n. 33 e nos Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004, pp. 101/128, n. II.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo e Constituição: as Possíveis Relações entre o Processo Civil e o Direito Constitucional no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, v. IV, p. 251-284, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99**. 4ª Edição. atua., rev. e aumentada. São Paulo, Malheiros, 2010.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Brasília: **Revista de informação legislativa**, Senado Federal, nº 84, ano 21, out/dez, 1984.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre hidra e Hércules: princípio e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: Juspodivm, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização do processo civil**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2ª Edição, rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3ª Edição rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PALU; Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

POLLETI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2ª Edição rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. Editora Saraiva. São Paulo, 1994.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração**. 2ª Edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980

RESSUREIÇÃO, Valeria Carneiro Lages. **Constituição e controle da (in)constitucionalidade: o dilema do administrador público**. Maceió: Edufal, 2011.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 2ª Edição. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial.** Salvador; Juspodivm, 2007.

SILVA, Beclate Oliveira. **Incidência da regra jurídica inconstitucional (notas à margem de Pontes de Miranda.** Artigo publicado no sítio da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas: www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/artigos/INCIDENCIA%20DA%20REGRA%20JURIDICA%20INCONSTITUCIONAL.pdf

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência.** 2ª Edição Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011..

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4ª Edição. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores.

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: Ensaio/ Michele Taruffo; apresentação, organização e tradução: Daniel Mitidiero.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVORA, Nestor.ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual Penal.** 4 Ed. rev. amp. e atual.. Salvador: Juspodivm, 2010.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 24ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. v. 1.** 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo, ano 34, n 168, fev/2009.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 108 a 141.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.** In: Princípios e Limites da Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, v. , p. 429-445.

TORRES, Ricardo Lobo. O tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista de Informação Legislativa.** ano 31. n 121, jan/mar. 1994; p. 266/267

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade.** 3ª Edição, 2ª tiragem rev., atual. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito.** 4º Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

VILLANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo.** São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

XAVIER, Alberto. **Do processo administrativo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.