

Coordenadores
Luciano Mariz Maia
Yulgan Lira

**CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE**
Temas Aprofundados

2018

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Valerio de Oliveira Mazzuoli¹

INTRODUÇÃO

O tema do controle de convencionalidade das leis veio à luz no Brasil a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004 e dos estudos pioneiros que desenvolvemos a partir então.² A novidade trazida pelo tema diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das normas do direito interno (bem assim dos atos normativos do Poder Público) tendo como paradigma não só *a Constituição*, senão também *os tratados internacionais* (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles) ratificados pelo governo e em vigor no Estado.

Atualmente, passados vários anos dessa alteração constitucional, pode-se dizer que o tema do controle de convencionalidade impregnou-se na doutrina brasileira e (felizmente) também no âmbito do Poder Judiciário, estando este poder cada vez mais apto a invalidar as normas internas incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado, à luz do princípio *pro homine*.

-
1. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da UNESP – *campus* de Franca. Professor convidado nos cursos de pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Advogado e Consultor Jurídico.
 2. Para um estudo completo do tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, São Paulo: RT, 2009.

Neste estudo verificaremos qual o modelo brasileiro de controle de convencionalidade das leis e suas modalidades, tudo para o fim de refinar ainda mais esse tema em franco desenvolvimento.

1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE BRASILEIRO E A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL MATERIAL

É bem sabido que a Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que *ratificados* e *em vigor* no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”.³ Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle *de convencionalidade* das leis. À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5º, § 2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5º, § 3º),⁴ é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma constitucional”, nos termos do art. 5º, § 2º da Constituição, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.⁵ Ocorre que os tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas.⁶ Se bem que não equiparados às normas consti-

3. Para um estudo completo do significado do art. 5º, § 3º da Constituição, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia, in *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, pp. 89-109.

4. Sobre essa distinção entre tratados *materialmente constitucionais* e *material e formalmente constitucionais*, bem como para o seu melhor entendimento, veja-se o nosso estudo citado na nota anterior.

5. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.

6. V. a comprovação dessa assertiva em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2009, pp. 178-179; 229-230; e, especialmente, pp. 332-343.

tucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supralegal no Brasil, posto não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional.⁷ Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, posto estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle *de convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle *de supralegalidade* das normas infraconstitucionais.

Isso tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; no segundo, o seu controle de supralegalidade.

Este ensaio tem por finalidade analisar essa nova concepção, segundo a qual as normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e ao de supralegalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade.

Para tanto, a primeira ideia a ser fixada é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a *Constituição e com* os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a *Constituição*, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* (pois, repita-se, está *de acordo* com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um

7. Para uma análise do art. 98 do CTN à luz da supremacia do direito internacional, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 344-353.

dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas*⁸ as normas jurídicas de direito interno.

Como se sabe, a dogmática positivista clássica confundia *vigência* com a *validade* da norma jurídica. Kelsen já dizia que uma norma vigente é válida e aceitava o mesmo reverso, de que uma norma válida é também vigente: em certo momento falava em “uma ‘norma válida’ (‘vigente’)” e, em outro, na “vigência (validade) de uma norma”.⁹ Porém, na perspectiva do Estado Constitucional e Humanista de Direito esse panorama muda, e nem toda norma *vigente* deverá ser tida como *válida*. Não são poucos os autores atuais que rechaçam a concepção positivista legalista de vigência e validade das normas jurídicas (*v. infra*).¹⁰

De nossa parte, também entendemos que não se poderá mais confundir *vigência* com *validade* (e a conseqüente *eficácia*) das normas jurídicas. Devemos seguir, a partir de agora, a lição de Ferrajoli, que bem diferencia ambas as situações.¹¹⁻¹² Para Ferrajoli, a identificação da *validade* de uma norma com a sua *existência* (determinada pelo fato de se

8. Cf., em paralelo, BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, Trad. de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995, pp. 137-138.

9. *V.* o trecho ao qual aludimos: “Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma ‘norma válida’ (‘vigente’), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato”. E mais à frente, leciona: “Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a *vigência (validade) de uma norma* dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita” [grifos nossos]. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 7. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11).

10. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 20; GOMES, Luiz Flávio, *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 75; e GOMES, Luiz Flávio & VIGO, Rodolfo Luis, *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 19.

11. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., pp. 20-22.

12. A dificuldade de precisão desses conceitos já foi objeto dos comentários de Kelsen, nestes termos: “A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar

pertencer a certo ordenamento e estar conforme as normas que regulam sua produção) é fruto “de uma simplificação, que deriva, por sua vez, de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado constitucional de direito que se acaba de ilustrar”.¹³ Com efeito, continua Ferrajoli, “o sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com nível constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis”, incluindo também “normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo, excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos”, o que faz com que “uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, possa muito bem ser inválida e, como tal, suscetível de anulação por contrastar com uma norma substancial sobre sua produção”.¹⁴

Com efeito, a existência de normas *inválidas*, ainda segundo Ferrajoli, “pode ser facilmente explicada distinguindo-se duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar ‘vigência’ ou ‘existência’, que faz referência à *forma* dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as *normas formais* sobre sua formação; e a ‘validade’ propriamente dita ou, em se tratando de leis, a ‘constitucionalidade’ [e, podemos acrescentar, também a ‘*convencionalidade*’], que, pelo contrário, têm que ver com seu *significado* ou conteúdo e que depende da coerência com as *normas substanciais* sobre sua produção”.¹⁵ Nesse sentido, a *vigência* de determinada norma guardaria relação com a *forma* dos atos normativos, enquanto que a sua *validade* seria uma questão de *coerência* ou de *compatibilidade* das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter substancial (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país) sobre sua produção.¹⁶

Em nosso país, é certo que toda lei vigora formalmente até que não seja revogada por outra ou até alcançar o seu termo final de vigência

entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto”. (*Teoria pura do direito*, cit., p. 235).

13. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 20.

14. FERRAJOLI, Luigi. *Idem*, pp. 20-21.

15. FERRAJOLI, Luigi. *Idem*, p. 21.

16. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Idem*, pp. 21-22.

(no caso das leis excepcionais ou temporárias). A vigência pressupõe a publicação da lei na imprensa oficial e seu eventual período de *vacatio legis*; se não houver *vacatio* segue-se a regra do art. 1º da LICC da entrada em vigor após quarenta e cinco dias. Então, tendo sido aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República (com promulgação e publicação posteriores) a lei é *vigente*¹⁷ (ou seja, *existente*¹⁸) em território nacional (podendo ter que respeitar, repita-se, eventual período de *vacatio legis*),¹⁹ o que não significa que será materialmente *válida* (e, tampouco, *eficaz*).²⁰ Perceba-se a própria redação da LICC, segundo a qual (art. 1º): “Salvo disposição contrária, a lei começa a *vigorar* em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada” [grifo nosso]. Portanto, ser *vigente* é ser *existente* no plano legislativo. Lei

-
17. Perceba-se o conceito de *vigência* do ordenamento jurídico formulado por Alf Ross: “O ponto de que partimos é a hipótese de que um sistema de normas será *vigente* se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de tal maneira que se torne possível para nós compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, predizê-las. Esta capacidade do sistema se baseia no fato das normas serem efetivamente acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias. (...) Conclui-se disso que os fenômenos jurídicos que constituem a contrapartida das normas têm que ser as decisões dos tribunais. É aqui que temos que procurar a efetividade que constitui a vigência do direito”. Perceba-se que, em tal conceito, se está a vincular a *vigência* da norma à sua capacidade de ser *socialmente obrigatória*, no que se poderia dizer ter Alf Ross estabelecido um conceito de *vigência social* do ordenamento jurídico. E assim conclui Ross: “Em conformidade com isso, um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema vigente de normas, pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata”. V. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 59.
18. Para nós, *existência* (formal) e *vigência* têm o mesmo significado. Cf., nesse exato sentido, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 21.
19. Para um panorama das discussões quanto ao início de vigência da lei, v. TELLES JUNIOR, Goffredo, *Iniciação na ciência do direito*, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 193-197.
20. A esse respeito, assim (e corretamente) leciona Artur Cortez Bonifácio: “Válida é a norma de lei ordinária cuja produção e conteúdo material se conforma à Constituição [e, para nós, também aos *tratados* em vigor no país], à legitimidade conferida pelos princípios constitucionais [e internacionais] político ou ético-filosóficos. Afora isso, a norma terá uma validade eminentemente formal, de relação de pertinência com o sistema jurídico. Vigente é a norma que existe [perceba-se a equiparação entre *vigência* e *existência*, como querendo significar a mesma coisa, concepção com a qual também concordamos], em função da qual se pode exigir algum comportamento: é a norma promulgada e ainda não derogada, respeitadas questões como a *vacatio legis*. É de se perceber que toda norma vigente, assim tratada, tem validade formal; a sua validade material repousará no *quantum* de legitimidade que venha a expressar”. (*O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 121).

vigente é aquela que já *existe*,²¹ por ter sido elaborada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República,²² promulgada e publicada no *Diário Oficial da União*.

Depois de verificada a *existência* (vigência) da lei é que se vai aferir sua *validade*, para, em último lugar, perquirir sobre sua *eficácia*.²³ Esta última (a eficácia legislativa) está ligada à realidade social que a norma almeja regular; conota também um meio de se dar “aos jurisdicionados a confiança de que o Estado exige o cumprimento da norma, dispõe para isso de mecanismos e força, e os tribunais vão aplicá-las”.²⁴ Mas vigência e eficácia não coincidem cronologicamente, uma vez que a lei que existe (que é *vigente*) e que também é *válida* (pois de acordo com a Constituição e com os tratados – de direitos humanos ou comuns – em vigor no país), já pode ser aplicada pelo Poder Judiciário, o que não significa que possa vir a ter *eficácia*.²⁵ Não há como dissociar a eficácia das normas à realidade social ou à produção de efeitos concretos no seio da *vida*

-
21. Perceba-se que o próprio Kelsen aceita esta assertiva, quando leciona: “Com a palavra ‘vigência’ designamos a *existência* específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada”. (*Teoria pura do direito*, cit., p. 11).
22. Em caso de veto do Presidente, pode o Congresso *derrubá-lo* em sessão conjunta e por maioria absoluta de votos (CF, art. 66, § 4º), devendo ser novamente enviado ao Presidente da República, agora para promulgação (art. 66, § 5º). Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 7º). Após a promulgação, a lei é *publicada*, devendo entrar em *vigência* a partir desse momento, se assim dispuser expressamente. Se não o fizer e não houver período de *vacatio legis*, entrará vigor em quarenta e cinco dias (LICC, art. 1º).
23. Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*, cit., p. 193.
24. SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2004, pp. 62-63. O mesmo autor, páginas à frente, conclui: “A *eficácia* de uma norma está na sua obrigatoriedade, tanto para os sujeitos passivos como para os órgãos estatais, que devem aplicá-la efetivamente”. (Idem, p. 93).
25. Nesse sentido, v. a posição coincidente de KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 12, nestes termos: “Um tribunal que aplica uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação – portanto, antes que tenha podido tornar-se eficaz – aplica uma norma jurídica válida [para nós, uma norma *vigente*, que poderá não ser *válida*, a depender da conformidade com o texto constitucional e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) em vigor no país]. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz”. Depois, contudo, Kelsen afirma: “A *eficácia* é, nesta medida, condição da *vigência*, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua *eficácia* para que ela não perca a sua *vigência*”. Perceba-se, nesta parte final, a confusão kelseniana mais uma vez estampada. Trataremos de esclarecer as diferenças atuais entre *vigência*, *validade* e *eficácia* logo mais à frente.

social. O distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de *efetividade* da norma e ao seu conseqüente *desuso* social.

Deve ser afastada, doravante, a confusão que ainda faz o positivismo clássico (legalista, do modelo kelseniano), que atribui *validade* à lei *vigente*,²⁶ desde que tenha seguido o procedimento formal da sua elaboração. Como explica Luiz Flávio Gomes, o positivismo legalista ainda não compreendia “a complexidade do sistema constitucional e humanista de Direito, que conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito ordinário). As normas que condicionam a produção da legislação ordinária não são só formais (maneira de aprovação de uma lei, competência para editá-la, *quorum* de aprovação etc.), senão também, e sobretudo, substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima, preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito etc.)”.²⁷ Deve-se afastar, também, os conceitos de “vigência”, “validade” e “eficácia” do positivismo (legalista) civilista, que confunde a *validade* (formal) com *vigência* (em sentido amplo).²⁸

Em suma, para que uma norma seja *eficaz*, dependerá ela de também ser *válida*, sendo certo que para ser *válida* deverá ser ainda *vigente*. A recíproca, contudo, não é verdadeira, como pensava o positivismo clássico, que confundia lei *vigente* com lei *válida*. Em outras palavras, a *vigência* não depende da *validade*, mas esta depende daquela, assim como a *eficácia* depende da *validade*²⁹ (trata-se de uma escala de valores onde, em primeiro lugar, encontra-se a *vigência*, depois a *validade* e, por último, a

26. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 9.

27. GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 75.

28. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

29. Daí a afirmação de Miguel Reale, de que quando se declara “que uma norma jurídica tem *eficácia*, esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validez [ou *validade*] da norma que a insere no mundo jurídico, por não estar em contradição com outras normas do sistema, sob pena de tornar-se inconsistente”. (*Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4). Em outro momento, contudo, Reale coloca a expressão *vigência* entre parênteses depois de falar em *validade*, no seguinte trecho: “A exigência trina de *validade* (*vigência*) de *eficácia* (*efetividade*) e de *fundamento* (*motivação axiológica*) milita em favor da compreensão da vida jurídica em termos de *modelos jurídicos*, desde a instauração da fonte normativa até a sua *aplicação*, passando pelo momento de *interpretação*, pois o ato hermenêutico é o laço de comunicação ou de mediação entre *validade* e *eficácia*”. (Idem, p. 33).

eficácia).³⁰ Por isso, não aceitamos os conceitos de *validade* e *vigência* de Tercio Sampaio Ferraz Jr., para quem norma *válida* é aquela que cumpriu o processo de formação ou de produção normativa³¹ (que, para nós, é a lei *vigente*), e *vigente* a que já foi *publicada*.³² O autor conceitua vigência como “um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma” ou, em outros termos, como “a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade *já* pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos”, arrematando que uma norma “pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida”.³³ Não concordamos (também com base em Ferrajoli³⁴) com essa construção segundo a qual uma norma “pode ser válida sem ser vigente”, e de que “a norma vigente seja sempre válida”.³⁵

Para nós, lei formalmente *vigente* é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição,³⁶ que já tem condições de *estar em vigor*; lei *válida* é a

-
30. Cf., por tudo, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., pp. 20-22. V., também, GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos de, *Direito penal: parte geral*, vol. 2, São Paulo: RT, 2007, para quem: “A lei ordinária incompatível com o tratado não possui validade”.
31. Goffredo Telles Junior elenca *duas* condições de validade das leis: *a) o seu correto domínio*; e *b) a sua correta elaboração*. Quanto à primeira “condição de validade, assinale-se que o *domínio das leis* compreende seu *domínio geográfico* e seu *domínio de competência*”, e quanto “à segunda condição de validade, cumpre observar que, da *correta elaboração* das leis, depende, não só a *validade* delas, mas, também, fundamentalmente, a própria *qualidade de lei*, alcançada pela norma jurídica. De fato, *não é lei* a norma jurídica que não tenha sido elaborada em conformidade com o processo instituído para a produção delas” [grifos do original]. (*Iniciação na ciência do direito*, cit., p. 162).
32. Idêntica lição é encontrada em DINIZ, Maria Helena, *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., pp. 51-52. Neste caso, a autora nomina a *vigência* de vigência em sentido estrito, para diferenciar da vigência em sentido amplo, que (segundo ela) se confunde com a validade formal. Em outra passagem, a mesma autora diz que mesmo a vigência em sentido estrito pode se confundir com a validade formal, à exceção do caso da *vacatio legis* do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, onde embora válida, “a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente”. (Idem, p. 52).
33. V. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 198.
34. V. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., pp. 20-22.
35. Leia-se, a propósito, Luiz Flávio Gomes, para quem: “...nem toda lei vigente é válida”. (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 75).
36. Assim também, ROSS, Alf, *Direito e justiça*, cit., p. 128, nestes termos: “Geralmente admite-se como ponto pacífico que uma lei que foi devidamente sancionada e promulgada é, por si mesma, *direito vigente*, isto é, independentemente de sua ulterior aplicação nos tribunais” [grifo nosso].

lei vigente compatível com o texto constitucional³⁷ e com os tratados (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo, ou seja, é a lei que tem sua autoridade respeitada e protegida contra qualquer ataque (porque compatível com a Constituição e com os tratados em vigor no país). Daí não ser errôneo dizer que a norma *válida* é a que respeita o princípio da hierarquia.³⁸ Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será *vigente* e *válida* (e, conseqüentemente, *eficaz*). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados (segunda análise de compatibilidade), a mesma não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto.

Muito antes de qualquer discussão sobre o tema entre nós, Miguel Reale já havia alertado – no exato sentido do que agora acabamos de propor, embora sem se referir aos tratados internacionais *comuns* – “que todas as fontes operam no *quadro de validade* traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como *invariantes jurídico-axiológicas*, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem”,³⁹ à qual se pode aditar todos os tratados de direitos humanos, tal como acabamos de expor. De qualquer forma, o que pretendeu o professor Reale mostrar é que a *validade* de certa fonte do direito é auferida pela sua compatibilidade com o texto constitucional *e com as normas internacionais*, as quais ele alberga sob a rubrica dos “valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos...”.⁴⁰

Daí o equívoco, no nosso entender, da afirmação de Kelsen segundo a qual a “norma criada com ‘violação’ do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito internacional”, uma vez que “este não prevê qualquer processo através do qual a norma da ordem jurídica estadual ‘contrária ao Direito internacional’ possa ser

37. .V. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 218, para quem: “Esta norma [a Constituição], pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica”.

38. Cf. SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*, cit., p. 123.

39. REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito...*, cit., p. 13.

40. REALE, Miguel. *Idem*, *ibidem*.