

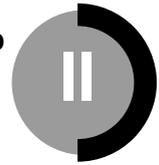


Juliano Taveira Bernardes
Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

DIREITO CONSTITUCIONAL

13^a
EDIÇÃO
REVISTA
ATUALIZADA
AMPLIADA

2023



Constitucionalismo e direito constitucional

1. CONSTITUCIONALISMO

Em **sentido lato**, o constitucionalismo surge a partir do momento em que grupos sociais, racionalmente ou não, passam a contar com mecanismos de **limitação do exercício do poder político**. Nessa acepção ampla, configura-se independentemente da existência de normas escritas ou de desenvolvimento teórico.

Considerando exatamente o nível de racionalidade e de estruturação teórica com que estabelecidos tais mecanismos de limitação do poder político, costuma-se dividir o constitucionalismo em (a) **antigo** e (b) **moderno**.

► Atenção!

A delimitação dos marcos históricos utilizada no texto a seguir adota lições de BOBBIO, MATTEUCI E PASQUINO (2004, p. 425-427), para quem: (a) a **Idade Média** está compreendida do século V (queda do Império Romano) ao início do Renascimento no século XV; e (b) a **Idade Moderna** segue daí até o século XIX.

1.1. Constitucionalismo antigo

Conjunto de princípios escritos ou costumeiros voltados à afirmação de direitos a serem confrontados perante o monarca, bem como à simultânea limitação dos poderes deste.

Conforme LOEWENSTEIN, o constitucionalismo antigo viveu sua fase embrionária (**primeira fase**) com a práxis política teocrática do **povo hebreu**. Por acreditarem que todos, indistintamente, viviam sob domínio de única autoridade divina, os hebreus estruturaram regime político baseado em leis sagradas que impunham – inclusive aos governantes – a observância de preceitos morais e religiosos como forma de evitar a ira de Deus.

Numa **segunda fase**, destaca-se a **experiência democrática da Grécia antiga**, especialmente nos séculos IV e V a. C. Ainda que a civilização grega prestasse inicialmente obediência ao *thémistes* – o direito divino ou o direito transmitido pelos deuses a legítimos representantes humanos –, passou a observar posteriormente o *thesmós*, que era direito ainda de grande conotação religiosa, mas imposto por agente humano investido de autoridade superior. Após, o *thesmós* foi paulatinamente substituído pelo *nomos*, isto é, a lei formulada pelo legislador e aceita como vinculante pela comunidade de cidadãos. De outro lado, toda cidade-estado grega (*polis*) podia ser abstratamente conceituada pela palavra *politeia*, cujo significado exprimia a unidade e a identidade da própria *polis*, em conexão com a relação de cidadania compartilhada pelos respectivos cidadãos (*politai*). Assim, a partir do conceito de *politeia*, os gregos não só descreviam as características políticas e estruturais da cidade-estado, como também racionalizavam o exercício do poder estatal mediante componentes normativos autônomos (*nomoi*). Nesse sentido, a *politeia* foi espécie de **constituição em sentido material**. Ademais, o grau de desenvolvimento da democracia da cidade-estado de Atenas notabilizou-se com a criação do *graphé paranomón*, mecanismo de legitimidade popular

destinado ao controle de atos normativos secundários (*pséfisma*) em face desse estatuto normativo superior (*nomos*). Daí a razão pela qual DOGLIANI afirma que os gregos deixaram como importante legado a explicação do teor normativo das constituições, independentemente do princípio da auto-riedade, da tradição ou das leis naturais.

Nessa segunda fase do constitucionalismo antigo, ressaltou-se ainda o **período republicano** do **Império Romano**. Até a ascensão de Júlio César ao cargo de ditador vitalício, a organização estatal republicana de Roma configurava sistema político dotado de **complexos dispositivos de freios e contrapesos** para **dividir e limitar o poder político**. Havia controles internos, como a estrutura colegiada das magistraturas superiores, a estipulação de mandato anual para os cargos e a proibição de reeleição imediata. Além disso, acoplavam-se eficientes controles externos (interórgãos), tal qual a participação do Senado na nomeação dos funcionários públicos, e avançada previsão de governo para tempos de crises, mediante a institucionalização de uma espécie de ditadura constitucional com determinados fins e por períodos limitados.

Já a **terceira fase** do constitucionalismo antigo começa na **Idade Média**, mais exatamente com a aprovação da **Magna Carta** da **Inglaterra** no ano **1215**. Consolida-se no mesmo país durante o século XVII, em decorrência do *Petition of Rights* (1628) e dos sistemas políticos implantados após a Revolução Puritana (1648) e a Revolução Gloriosa (1688), com grandes repercussões nas colônias inglesas. Não obstante outros documentos significativos, como as *Fundamental Orders of Connecticut* (América do Norte, 1639) e o *Agreement of the People* (Inglaterra, 1647), deve-se também a esse período aquilo que a melhor doutrina considera a primeira constituição escrita: o *Instrument of Government*, assinado por Oliver Cromwell em 1654, no breve período republicano inglês.

► **Atenção!**

A Magna Carta foi originalmente concebida para servir somente como pacto de poder entre agentes da elite inglesa (barões normandos vs. Rei João São Terra), e não para criar direitos em favor dos súditos em geral. Como expôs CELSO ALBUQUERQUE MELLO, se no futuro a Magna Carta veio a ser um dos documentos invocados pelo Liberalismo, isso não elimina o fato de que, na sua origem, “nada mais era do que instrumento a beneficiar ínfima parcela da população e o seu texto ficou em latim por mais de duzentos anos, a fim de que o grosso da população não pudesse invocá-la em sua defesa” (*apud* NAVARRO COELHO, 1999, p. 197).

1.2. Constitucionalismo moderno

Conjunto de regras e princípios **postos de modo consciente**, a partir das teorias e movimentos ideológicos voltados a organizar o Estado segundo sistemática que estabelecesse **limitações ao poder político**, além de **direitos e garantias fundamentais** em favor dos membros da comunidade.

Teve início na transição da monarquia absolutista para o Estado liberal, já no final do século XVIII. É dessa fase, ademais, o esforço em documentar o texto constitucional sob formas solenes, tal como as **primeiras constituições** do período (Constituições norte-americana de 1787 e francesa de 1789), daí surgindo a tendência ainda hoje observada da “universalização da constituição escrita”.

LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU são apontados como os principais precursores do constitucionalismo moderno, exatamente porque, nas **ideias contratualistas** que difundiram, encontravam-se teorias sobre o Estado com base na vontade popular, de forma dissociada das explicações teológicas que até então serviam de fundamentos à titularidade do poder estatal.

► **Atenção!**

O constitucionalismo moderno buscava a conquista de documentos constitucionais em que se fixassem princípios liberais democráticos. Daí também ser conhecido como *constitucionalismo liberal* (ou *liberal-burguês*, para alguns). Para SARMENTO e SOUZA NETO (2017, p. 80-81), esse tipo de constitucionalismo baseava-se na ideia de que a proteção dos direitos fundamentais dependia, basicamente, da limitação dos poderes do Estado (visto como principal adversário dos direitos) em prol da liberdade individual. Limitação que era obtida por meio do esquema de separação de funções estatais, com o qual se pretendia evitar o arbítrio e favorecer a moderação na ação estatal. Porém, as *liberdades* não eram efetivas para os membros mais pobres da sociedade, cujas condições de trabalho eram desumanas. Ademais, embora o constitucionalismo liberal-burguês afirmasse o valor da *igualdade*, não havia preocupação em promover a igualdade em sentido material. Dessarte, tanto a liberdade quanto a igualdade eram concebidas e garantidas no aspecto puramente formal.

Todavia, o constitucionalismo moderno não é movimento que se resume a territórios ou tempo determinados. Está presente em todas as intervenções voltadas a novas formas de ordenação e sistematização do Estado e do poder político. Com isso, sofre influências das ideologias e pensamentos reinantes em cada período histórico e contexto social. Esse o motivo para se afirmar tanto que o constitucionalismo é “técnica jurídica” de limitação do poder, que **varia** de acordo **com a época e a tradição** de cada país, como para se sustentar a existência de múltiplos movimentos constitucionalistas, especialmente o constitucionalismo inglês, o norte-americano e o francês.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

Em questão elaborada para concurso do Promotor de Justiça do MPRN (2009/Cespe) foi considerada como **correta** a seguinte assertiva: “A origem do constitucionalismo remonta à antiguidade clássica, especificamente ao povo hebreu, do qual partiram as primeiras manifestações desse movimento constitucional em busca de uma organização política fundada na limitação do poder absoluto.”

Também quanto à origem do constitucionalismo, o concurso para Atividades Notariais do TJMS (2009) apontou como **correta** a seguinte alternativa: “É possível identificar traços do constitucionalismo mesmo na antiguidade clássica e na Idade Média.” Na mesma questão foi identificada como **errada** a assertiva com a seguinte redação: “A doutrina do Direito Constitucional é uníssona no entendimento de que o constitucionalismo surgiu com a revolução norte-americana resultando, em 1787, na Constituição dos Estados Unidos da América.”

O concurso para Juiz do TJSP de Justiça de São Paulo (2015), considerou **correta** a seguinte alternativa: “A expressão “constitucionalização do direito” tem, de modo geral, sua origem identificada pela doutrina na Alemanha, especialmente sob a égide da Lei Fundamental de 1949.”

No concurso para Juiz do TJSP (2015/Vunesp), foi considerada **correta** a afirmação segundo a qual: “O ‘constitucionalismo moderno’, com o modelo de Constituições normativas, tem sua base histórica a partir das revoluções Americana e Francesa.”

1.2.1. Principais movimentos

São três os principais movimentos constitucionalistas modernos (CANOTILHO):

- A) **Inglês:** deve-se ao **constitucionalismo inglês** o modo todo específico de garantir direitos e liberdades, bem como de estabelecer limites ao poder, sem que fosse necessário “criar” uma lei fundamental. Como ensina CANOTILHO, os ingleses repelem a ideia de um poder constituinte com força e competência para, por si próprio, desenhar e planificar o modelo político de um povo. Preferiram “revelar” a norma constitucional mediante, principalmente, a confirmação da existência de direitos e liberdades embasados em normas costumeiras,

sem embargo de pequeno número de leis escritas. Nesse sentido, para GALINDO, o mais importante dos princípios constitucionais britânicos é o da soberania ou supremacia do **parlamento**. Segundo SANTI ROMANO, o constitucionalismo inglês deixou como contribuições mais importantes os institutos da **monarquia constitucional**, do **parlamento bicameral**, da representação política por membros geralmente designados por **eleição popular**, do **governo de gabinete** e sua **responsabilidade** perante o parlamento, bem como as **liberdades públicas** e as **garantias constitucionais**.

- B) Norte-americano:** em outra linha, ainda conforme CANOTILHO, o **constitucionalismo norte-americano** assenta-se na tese de que o **povo** é a matriz do poder constituinte. Daí a famosa fórmula “Nós, o povo...”, contida no preâmbulo da Constituição de 1787. Porém, o texto da citada Constituição não é concebido como projeto de futuro, senão como diploma no qual se traçam as regras do jogo político, nele se registrando normas que garantem direitos e limitam o poder estatal. Nesse sentido, a Constituição norte-americana é documento feito para “dizer” a norma.
- C) Francês:** o **constitucionalismo francês** tipificou-se pela grande preocupação em superar a monarquia absolutista. O poder constituinte assume então a tarefa de “criar” a norma que estabelece nova ordem política e social para o futuro, mas que simultaneamente promove a ruptura total com o antigo regime.

Contudo, tanto o **constitucionalismo norte-americano** quanto o **francês** se **influenciaram reciprocamente**. Teorias contratualistas francesas eram muito difundidas nos Estados Unidos e as antigas cartas constitucionais norte-americanas foram a principal fonte imediata do constitucionalismo da França. Por isso, podem-se destacar, conjuntamente, os seguintes legados dos constitucionalismos norte-americano e francês: (a) o desenvolvimento dos princípios ingleses relativos aos **direitos individuais** e à **divisão dos poderes**; (b) a formulação do princípio da “**soberania nacional**”; e (c) a proclamação do princípio da **isonomia**, em referência a estruturas sociais modificadas pela divisão dos agrupamentos humanos em categorias e classes ocupantes de posições jurídicas diversas entre si.

CARACTERÍSTICAS DOS PRINCIPAIS MOVIMENTOS CONSTITUCIONALISTAS		
Constitucionalismo inglês	Constitucionalismo norte-americano	Constitucionalismo francês
<ul style="list-style-type: none"> – atribuição de direitos conforme a posição ocupada pelo indivíduo em estamentos sociais; – direitos dispostos em pactos de domínios; – soberania do parlamento, sem reconhecer a existência de uma poder superior (poder constituinte). 	<ul style="list-style-type: none"> – atribuição de direitos não decorre de um contrato de domínio; – soberania popular. 	<ul style="list-style-type: none"> – atribuição de direitos não está ligada ao estamento a que o indivíduo pertença, mas da condição de ser humano; – luta contra privilégios do antigo regime e a busca da superação da monarquia absolutista; – soberania popular.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

O concurso para Atividades Notariais do TJMS (2009) apontou como **incorreta** a seguinte assertiva: “O constitucionalismo brasileiro inspirou-se fortemente no modelo constitucional do Estado da Inglaterra.”

1.3. Constitucionalismos “contemporâneos”

1.3.1. *Constitucionalismo social*

A fase embrionária do constitucionalismo contemporâneo foi demarcada pela preocupação em alterar ou transformar a realidade socioeconômica das sociedades estatais. Daí se falar num *constitucionalismo social*, cuja principal característica é a incorporação de declaração de direitos econômicos e sociais (coletivos, difusos e individuais homogêneos), com o objetivo de garantir a igualdade material humana.

No direito positivo, o constitucionalismo social surge com o advento da Constituição mexicana de 1917, a primeira esquematizar os direitos sociais do homem, embora ainda de forma restrita ao critério de participação estatal na ordem econômica e social, sem romper com o regime capitalista (SILVA, 2014). Logo depois, seguiu-se a Constituição alemã de Weimar (1919), cujo Livro II incluía, entre os direitos e deveres fundamentais, os direitos da pessoa individual, os direitos da vida social, os direitos da vida religiosa, os da educação e escola, além dos direitos da vida econômica. A partir daí, o constitucionalismo social avançou pelo mundo ocidental e chegou até o Brasil, cuja Constituição de 1934 foi fortemente influenciada pela Constituição de Weimar.

► **Atenção:**

Conforme doutrina majoritária, a Declaração Soviética de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado e a Lei Fundamental Soviética, embora aprovadas ainda em 1918, não são considerados documentos precursores do constitucionalismo social. Afinal, trata-se de textos que, “a pretexto de concretizarem avanços em tema de direitos sociais, culminaram por aniquilar os direitos de liberdade, cuja conquista levou séculos para efetivar-se” (PINHEIRO, 2006, p. 105).

Conforme SARMENTO e SOUZA NETO (2017, p. 83), se, no “constitucionalismo liberal, o Estado era o ‘guarda noturno’, que se dedicava apenas à garantia da segurança dos negócios privados, no constitucionalismo social ele assume um papel muito mais ambicioso na vida econômica”, incorporando “funções ligadas à prestações de serviços públicos para promover a igualdade material, por meio de políticas pública redistributivas e fornecimento de prestações materiais para as camadas mais pobres da sociedade como saúde, educação e previdência social”.

Afinal, o constitucionalismo é movimento dinâmico e, como qualquer objeto de cultura, evolui com o decorrer dos tempos e com aquisição de novos conteúdos. O constitucionalismo era *liberal*, enquanto construía o regime de limitações do poder e estruturava declarações de direitos fundamentais voltadas à garantia das liberdades públicas. Posteriormente, o constitucionalismo assumiu o aspecto *social*, cujas preocupações passaram a incluir a busca de uma sociedade melhor, justa e igualitária. Daí por que os textos constitucionais foram alargados para contemplar, sobretudo, a previsão de novos direitos: os direitos econômicos, os direitos dos trabalhadores, o direito à saúde, o direito à educação e previdência social, dentre outros.

1.3.2. *Neoconstitucionalismo*

Cada vez mais se tornam comuns referências doutrinárias ao chamado **neoconstitucionalismo**, a ponto de haver, até, obras específicas dedicadas ao tema. Todavia, não há consenso a respeito do assunto. A expressão “neoconstitucionalismo” tem **múltiplas significações**, tantas quantas forem as tendências atuais a encarar os rumos dos problemas constitucionais. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA (2014, p. 73), o “neoconstitucionalismo é uma **doutrina de conteúdo incerto**”.

Alguns autores, como CARLOS AYRES BRITTO, aludem **pejorativamente** ao neoconstitucionalismo, dizendo tratar-se de corrente de pensamento criada para defender o **enfraquecimento da**

supremacia constitucional, em favor da atenuação do excesso de rigidez e do caráter voluntarista das constituições contemporâneas.

Também JOSÉ AFONSO DA SILVA adverte que o “prefixo ‘neo’, que pretende sinalizar para o novo, não raro retrocede para o velho e o superado”. Daí, se o neoconstitucionalismo alude aos avanços do direito constitucional havidos nas constituições após a Segunda Guerra, “será preferível referir-se ao fenômeno como novo constitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo ou, mesmo, direito constitucional contemporâneo – terminologia que revela continuidade renovada, até porque muitos dos elementos tidos como fenômeno do constitucionalismo constituem práticas constitucionais ao longo do tempo, como a constitucionalização do Direito” (2014, p. 73).

Já para outros, o neoconstitucionalismo é visto com otimismo. Segundo COMANDUCCI, por exemplo, enquanto o constitucionalismo era fundamentalmente uma ideologia dirigida à limitação do poder e à defesa das liberdades naturais e dos direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo representa, além de ideologia, uma **teoria** e uma **metodologia adversárias** das teses **positivistas** da primeira metade do século XX. Os sistemas jurídicos que emergem das concepções neoconstitucionalistas caracterizam-se pela presença de constituições “invasoras” ou “expansivas”, repletas de princípios e regras, bem como pela enunciação de extenso catálogo de direitos fundamentais e, às vezes, de normas peculiares a respeito da **interpretação e aplicação das normas constitucionais**. Nesse sentido, a principal vertente do neoconstitucionalismo teórico adota o modelo axiológico de constituição como norma, daí por que a interpretação constitucional se tem por distinta da interpretação das leis em geral. Ademais, considerada a progressiva consolidação do Estado constitucional e democrático de direito, a ideologia do neoconstitucionalismo deixa em segundo plano a preocupação em limitar o poder estatal, para então se preocupar, num primeiro plano, com a afirmação e garantia dos direitos fundamentais.

Na mesma linha “otimista”, para BARROSO, o neoconstitucionalismo “identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como **marco histórico**, a formação do **Estado constitucional de direito**, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como **marco filosófico**, o **pós-positivismo**, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como **marco teórico**, o conjunto de mudanças que incluem a **força normativa da Constituição**, a **expansão da jurisdição constitucional** e o desenvolvimento de uma **nova dogmática da interpretação constitucional**. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (2005, s.p.).

NEOCONSTITUCIONALISMO	
Linha pessimista	Linha otimista
Corrente de pensamento criada para defender o enfraquecimento da supremacia constitucional em favor da atenuação do excesso de rigidez e do caráter voluntarista das constituições contemporâneas.	<ul style="list-style-type: none"> – Teoria e metodologia adversárias das teses positivistas da primeira metade do século XX; – concepções neoconstitucionalistas caracterizam-se como constituições “invasoras”, repletas de princípios e regras; – positivação de extenso catálogo de direitos fundamentais e, às vezes, de normas peculiares a respeito da interpretação e aplicação das normas constitucionais; – adoção do modelo axiológico de constituição como norma, o que determina uma interpretação constitucional distinta da interpretação das leis em geral; – consolidação do Estado constitucional e democrático de direito.

CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO (Luís Roberto Barroso)		
Marco histórico	Marco filosófico	Marco teórico
<ul style="list-style-type: none"> - Reformas políticas europeias após a 2ª Guerra Mundial; - no Brasil, após a Constituição de 1988. 	<ul style="list-style-type: none"> - Superação do positivismo do início do século XX (pós-positivismo); - centralidade dos direitos fundamentais; - reaproximação entre direito e moral. 	<ul style="list-style-type: none"> - Reconhecimento da força normativa da Constituição; - expansão da jurisdição constitucional; - desenvolvimento de nova dogmática da interpretação constitucional.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

Em concurso para Procurador da República (2011), foi considerada **correta** a seguinte assertiva: “No neoconstitucionalismo preconiza-se a abertura da hermenêutica constitucional aos influxos da moralidade crítica”.

No concurso para Promotor de Justiça do MPRN (2009/Cespe), foi considerada **errada** a seguinte alternativa: “O neoconstitucionalismo é caracterizado por um conjunto de transformações no Estado e no direito constitucional, entre as quais se destaca a prevalência do positivismo jurídico, com a clara separação entre direito e valores substantivos, como ética, moral e justiça.” A mesma questão apontou como **correta** a assertiva que se segue: “O neoconstitucionalismo caracteriza-se pela mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito, em que a Constituição passa a ocupar o centro de todo o sistema jurídico.”

1.3.2.1. *Positivismo, não positivismo ou pós-positivismo?*

Em termos metodológicos, o **positivismo** é a corrente filosófica que sustenta, basicamente, a **separação entre direito e moral** (*tese da separação ou da neutralidade*). Como defendem positivistas clássicos como KELSEN, HART e BOBBIO, a validade de uma norma jurídica não implica necessariamente a respectiva validade moral, nem vice-versa. Embora haja ligações históricas, sociais, políticas e até linguísticas entre direito e moral, elas são meramente contingentes, e não lógicas ou conceitualmente necessárias. O direito não é necessariamente justo e mesmo o direito considerado injusto não deixa de ser direito.

► **Escola positivista kelseniana**

Na visão positivista de KELSEN (1992, p. 2-15), o conceito de direito deve estar desvinculado do de justiça, isto é, de elementos de justificação moral. A existência do direito (positivo) independe de sua conformidade com a justiça ou o direito natural. A ciência jurídica deve se preocupar em estudar o direito assim como ele é (direito positivo), e não como deveria ser. Não se pode confundir o direito positivo com ideologias políticas disfarçadas ou especulações metafísicas sobre a justiça ou alguma doutrina jusnaturalista. A tendência em identificar o direito com a justiça não passa de tentativa ideológica de dar aparência de justo ao direito positivo. Mas isso tampouco quer dizer que o direito positivo não deva ser justo; apenas que a ciência jurídica não pode responder se uma dada lei é justa ou injusta, porque essa pergunta não pode ser respondida cientificamente. Se ordem justa é aquela que regula a conduta dos homens de maneira satisfatória para qualquer um, todos os homens nela encontrariam a felicidade. Então a justiça é “felicidade social” cujas bases são diversas para cada qual. Logo, o que se chama de justiça não passa de um julgamento subjetivo de valor que não pode ser obtido em termos científicos.

Pois bem. Até meados do século passado, o positivismo dominava o cenário jurídico, sobretudo após levar o **jusnaturalismo** ao descrédito quase total. Todavia, a partir do final da Segunda Guerra, o positivismo foi bastante criticado, pois suas teses de neutralidade moral serviram como

justificativa metodológica para regimes políticos totalitários como o nazismo e o fascismo. Daí, o breve ressurgimento de ideias jusnaturalistas, especialmente na Alemanha. É dessa época a famosa fórmula de RADBRUCH, para quem o direito positivo, ainda que injusto, tem prioridade; mas a norma jurídica perde a validade quando implicar “injustiças extremas”. Assim, as normas moralmente inaceitáveis não seriam verdadeiro direito (*Recht*), mas um simples “injusto” (*Unrecht*). Também desse período as críticas de viés jusnaturalista feitas por BACHOF e LARENZ.

Nada obstante, as falhas estruturais do direito natural eram muito evidentes e conhecidas, razão pela qual os adversários do positivismo passaram a ser conhecidos como **não positivistas**, exatamente por tampouco aceitarem a metodologia dos pensamentos jusnaturalistas.

► A falácia naturalista e o descrédito do jusnaturalismo

Até o início do século XX, o direito natural contava com grande respeito doutrinário, especialmente por ter sido o principal fundamento filosófico subjacente às chamadas “declarações de direitos universais”. Nesse sentido, foram celebrizados certos preceitos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), tais como: “A finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão” (art. 2º); “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei” (art. 4º).

Contudo, a escola positivista acabou por desacreditar o jusnaturalismo, cujo prestígio hoje se resume a escassos segmentos de doutrinadores de direito internacional público.

O positivismo reprova a escola do direito “natural”, por entender que o jusnaturalismo tenta, sem sucesso metodológico, dar racionalidade à ideia de justiça. O direito natural parte do pensamento segundo o qual existe um conjunto de leis perfeitas que a racionalidade humana consegue apenas revelar, mas cuja criação se deve, seja à divindade, seja à natureza. Dessarte, o direito natural pressupõe código de ética universalmente aceito e racionalmente perceptível a partir de leis divinas ou da natureza. Porém, conforme demonstrou a doutrina do positivista, dos postulados de justiça identificados pelo jusnaturalismo (“fazer o certo e evitar o errado”, “dar a cada um o que é seu” etc.), não se podem extrair dados objetivos acerca do que seja uma ordem “justa” (não se define o que é o certo, nem o que deve ser dado a cada qual). Assim, **o jusnaturalismo é apenas a justificação racional de postulados de valor subjetivo**. Se as normas do direito natural são valores absolutos revelados a partir de constatações do mundo físico, o jusnaturalismo constituiu somente uma “teoria da moral”, sem que nunca tenha conseguido verdadeiramente elaborar códigos próprios. É que padece da chamada **falácia naturalista**, ou seja, o erro de querer derivar juízos de *valor* a partir de juízos de *fato*, operação que já revela um valor sub-reptício sobre esse mesmo fato. Como em 1738 já percebera DAVID HUME, não há possibilidade lógica de se extrair, por meio de simples deduções, um juízo de “dever-ser” (juízo prescritivo) com base em algum juízo do “ser” (juízo descritivo). Assim, por exemplo, da observação de que na natureza os animais procuram apropriar-se de parcelas territoriais (juízo de fato) só decorre a regra segundo a qual a propriedade é direito natural, isto é, um valor que universalmente aceito (juízo de valor), quando já valorado positivamente o fato (propriedade) do qual se pretende extrair uma regra jurídica. É dizer, esconde-se aí um tipo sub-reptício de ideologia (valor) sobre o próprio fato observado. Tanto é que correntes jusnaturalistas de ideologias diversas, como as marxistas, podem concluir exatamente em sentido contrário. Ou seja, o direito natural resume-se a dar fundamentos teóricos acerca de determinado tipo de moral pré-existente.

A exemplo dos jusnaturalistas, os adeptos do **não positivismo** também defendem **teses da vinculação entre o direito e a moral**. Porém, o pensamento não positivista se distanciou dos problemas metodológicos dos jusnaturalistas, pois encontrou novas justificativas para suas teses não separatistas. Ao florescerem no segundo pós-guerra, em ordenamentos jurídicos repletos de princípios, as ideias não positivistas passaram a sustentar que o direito se tornara uma ciência “prática”, orientada por “razões” também práticas, embasadas em preceitos morais. Dessarte, na

presença de princípios morais positivados, sobretudo, no direito constitucional, o “direito funciona *como se* vigorasse um direito natural” (ZAGREBELSKY, 2003, p. 119), mas sem incorrer na falácia naturalista.

As teorias não positivistas ganharam terreno, sobretudo, a partir de trabalhos de DWORKIN publicados em 1967. DWORKIN dirigia suas críticas somente à versão particular do positivismo exposta por HART, mas elas foram suficientes para abalar as velhas premissas do positivismo. Ao enfatizar a diferença entre regras e princípios, DWORKIN sustentou que os juízes utilizam princípios gerais não positivados na fundamentação de suas decisões em casos difíceis (*hard cases*), o que demonstraria a necessária ligação entre direito e moral.

► Escola não positivista dworkiniana

A partir de estudos iniciados em 1967, na tentativa de contradizer o positivismo de HART, sustentou DWORKIN que a concepção do ordenamento jurídico como conjunto somente de regras não se justificava. Baseado na jurisprudência da Suprema Corte americana, DWORKIN defendeu que as regras jurídicas eram insuficientes para decidir os chamados “casos difíceis”, isto é, os casos em que se faz necessário utilizar princípios e diretrizes políticas para resolver situações fáticas até então não reguladas pelo ordenamento. Entre outros exemplos, falou de precedente de tribunal nova-iorquino que, em razão do princípio segundo o qual o criminoso não poderia se beneficiar de seu próprio crime, desprezou as leis que regulavam os efeitos dos testamentos, para decidir contrariamente a herdeiro testamentário acusado de matar o autor da herança. DWORKIN advogou que, nesses casos difíceis, a aplicação de metodologia decisória baseada em princípios e diretrizes políticas não poderia ser encarada como simples obrigação moral, nem sequer razões de ofício que levariam os tribunais a articular elementos extrajurídicos para chegar à norma que decidiria a questão. Se os princípios morais já não fossem normas – *i.e.* se certos preceitos morais já não fizessem parte do direito –, quando um tribunal deles fizesse uso, estaria, na verdade, decidindo com base numa norma elaborada por ele próprio, *posteriormente* à ocorrência do fato sob julgamento. Em resumo, se os juízes decidem casos difíceis utilizando argumentos morais extrajurídicos, não procedem as teses positivistas da separação entre direito e moral. Ao negarem o papel desenvolvido pelos princípios morais nos sistemas jurídicos, os positivistas não conseguem identificar o que seja realmente o direito. Porém, ainda que de maneira pontual ou contingente, o direito faz uso de preceitos morais para decidir casos concretos.

Após as críticas que recebeu de DWORKIN, o próprio HART admitiu, num *pós-escrito* a seu “O conceito de direito”, que a teoria positivista que elaborara sobre o ordenamento jurídico deveria ter dedicado maior espaço aos princípios. HART, então, tratou de justificar que a “regra de reconhecimento” – utilizada por ele para identificar o direito válido pertencente a cada ordenamento jurídico – serviria para incluir também determinados princípios. Antes disso, porém, admitiu HART que: “Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importância desses princípios e o respectivo papel no raciocínio jurídico, e, com certeza, eu cometi um sério erro ao não ter acentuado a eficácia não conclusiva deles.” (2001, p. 325)

Na mesma linha, autores como ALEXY afirmam que, em razão da **pretensão de correção dos sistemas jurídicos**, pelo menos algumas exigências morais mínimas e suscetíveis de fundamentação racional (caso do “núcleo dos direitos humanos elementares”) acabam por vincular o conteúdo das normas jurídicas. Logo, “ao direito pertencem não só as regras especiais de fundamentação jurídica, senão também as regras gerais da argumentação moral” (1997, p. 84).

No Brasil, já no século XXI, segmentos doutrinários passaram a defender a tese de que o neoconstitucionalismo implicaria a decadência do positivismo jurídico e de suas principais características, a saber: (a) a aproximação quase plena entre direito e norma; (b) a afirmação da estatalidade do direito; (c) a completude do ordenamento jurídico; e (d) o formalismo jurídico e o dogma da subsunção (BARROSO, 2009, p. 240).

Assim, o **neoconstitucionalismo** teria inaugurado a fase do **pós-positivismo**, *i.e.*, a “designação provisória e genérica” de um “ideário difuso”, que incluiria “algumas ideias de justiça além

da lei e da igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*” (BARROSO, 2009, p. 242). Nesse sentido, para DANIEL SARMENTO e CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, por exemplo, o “pós-positivismo” se caracterizaria “por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo” (2017, p. 201).

Porém, apesar de bastante difundida no Brasil, a tese da existência de um “pós-positivismo” decorrente do neoconstitucionalismo encontra pouca acolhida no exterior. Como demonstram HOERSTER e BULYGIN, há muito os positivistas já não aceitam a identificação do direito com base somente nas normas positivadas, tampouco a completude dos sistemas jurídicos ou o formalismo jurídico. Nada disso, contudo, abalou o cerne do positivismo: a *tese da separação entre direito e moral*.

Com efeito, **novas teorias positivistas** (*neopositivismo*?) avançaram em relação aos marcos teóricos combatidos por DWORKIN. Autores estrangeiros, incluindo o próprio HART, já revisaram o positivismo clássico para responder às objeções levantadas pelas teses não positivistas, incluindo a questão dos princípios jurídicos. Daí o surgimento de novas correntes como o *positivismo inclusivo* de HART, COLEMAN e MORESO; o *positivismo ético ou normativo* de CAMPBELL e MACCORMICK; bem como o *positivismo exclusivista* de RAZ, BULYGIN e ORUNESU. No Brasil, destaque para o *positivismo lógico-inclusivo* de JULIANO MARANHÃO.

Não há como examinar aqui os fundamentos de cada uma dessas novas vertentes do positivismo. Contudo, elas indicam que a escola positivista se atualizou e se mantém atual, ao contrário do que equivocadamente sugere a terminologia “pós-positivismo”. As veementes críticas lançadas ao positivismo clássico foram superadas, incluindo a questão da utilização de princípios jurídicos de conteúdo moral, além de problemas como a dicotomia subsunção-ponderação. Claro que a tensão entre as doutrinas positivista e não positivista segue forte, principalmente pela repercussão dos escritos de DWORKIN, ALEXY e ZAGREBELSKY.

Todavia, não parece que as inovações atribuídas ao neoconstitucionalismo sepultaram o positivismo jurídico, cujas teses, baseadas na distinção entre o Direito e a Moral, foram remodeladas e seguem servindo de explicação para o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos. Nessa linha, ao rebater a suposição de que o positivismo fracassaria em explicar por que certas normas não podem ser identificadas em valorações morais, explica GUASTINI (2008a, p. 155), uma “coisa é identificar algo —concretamente: um texto normativo – como direito, uma coisa muito distinta é determinar seu conteúdo normativo: o que está ordenado (permitido, proibido), a quem, em que circunstâncias. O positivismo jurídico diz simplesmente que a primeira destas duas coisas se pode fazer sem valorações; não diz nada sobre a segunda. O positivismo metodológico não é, e tampouco inclui, uma teoria da interpretação.” Além disso, o positivismo contemporâneo não nega que o direito positivo possa determinar sejam considerados preceitos morais (*v.g.*, o *princípio da moralidade* previsto no *caput* do art. 37 da Constituição); apenas defende ser papel do próprio o direito positivo decidir se tais considerações devam ou não ser feitas.

Seja como for, se até as teses da neutralidade moral do Direito aceitam a positivação jurídica de normas morais; e se as constituições contemporâneas incorporaram vasta gama de princípios morais em seus catálogos de direitos fundamentais; perde bastante interesse o velho conflito entre positivistas e não positivistas, conquanto não há mais necessidade de recorrer a uma moral extrajurídica para justificar a validade ou invalidade de normas jurídicas adjudicadas pelos juízes em casos difíceis. Como resumiu FERRAJOLI, o processo de positivação do direito natural fez com que o antigo conflito entre positivistas e jusnaturalistas perdesse, “em grande parte, seu significado filosófico-político, ao terem sido mudados os termos da separação entre direito e moral, entre validade e justiça” (2002, p. 288).

Enfim, as aplicações das teses defendidas pelos “pós-positivistas” brasileiros, basicamente, não se diferem daquelas decorrentes das teses estrangeiras “não positivistas” que os inspiraram.

Nada obstante, elas também podem ser acomodadas nas versões mais atualizadas do positivismo contemporâneo. Como explicou BERNAL PULIDO (2007), o “neoconstitucionalismo não implica necessariamente a aceitação de uma ideia semelhante de Constituição a um sistema axiológico independente de seu texto” (p. 302). Logo, até a tese dos direitos fundamentais como princípios aplicáveis mediante ponderação pode ser compatibilizada ao positivismo atual, pois o “próprio conceito de princípio, assim como a ideia de ponderação, partem da base segundo a qual as disposições de direito fundamental são indeterminadas e impõem a seus intérpretes levar a cabo sua concretização” (p. 305). Algo igualmente demonstrado por CLAUDINA ORUNESU, em seu “*Positivismo jurídico e sistemas constitucionais*” (2012).

Talvez por isso, na doutrina jurídica estrangeira, não costuma haver referências a ligarem um suposto *pós-positivismo* ao neoconstitucionalismo (Em alguns estudos, MACCORMICK chama suas teses de pós-positivistas, mas num contexto diverso e igualmente positivista, de antagonismo ao positivismo clássico de HART.) Em livro especialmente dedicado ao neoconstitucionalismo, por exemplo, o que se chega a admitir é que as raízes históricas do fenômeno podem ser encontradas em “*postulados neopositivistas*” (e não *pós-positivistas*) rastreáveis desde os anos trinta do século XX (CARBONELL, 2007, p. 12). Ademais, autores como JUAN GARCIA AMADO e LUIS PRIETO SANCHÍS, embora até tratem da oposição entre visões *positivistas* e *neoconstitucionalistas*, não identificam nenhum tipo de ideia *pós-positivista*.

Também no Brasil, há autores que recusam o pós-positivismo, por entenderem que a terminologia não significa nada de “pós”, nem traz algo de novo. DIMITRI DIMOULIS, por exemplo, após dizer que a expressão é praticamente desconhecida no exterior, afirma que a teoria do pós-positivismo não passa da retomada de velhas ideias ligadas à “visão idealista do direito” e a ensinamentos do direito natural, numa “insistência na crença metafísica de uma justiça que se identifica com a verdade, ignorando os debates filosóficos do século XX que levaram ao abandono do dogmatismo idealista” (2006, p. 51-52).

Todavia, a expressão “pós-positivismo” já faz parte de grandes segmentos da doutrina nacional e ainda encontra certa ressonância na jurisprudência tanto do STF (v.g., Rcl 11.243/Itália e RE 673.707/MG, todos do Pleno) quanto do STJ (e.g., AgRg no REsp 1.056.333/RJ e AgRg no Ag 886.162/PR, ambos da 1ª Turma).

► **Como o STF já enfrentou a questão:**

No famoso caso *Cesare Battisti*, constou da ementa elaborada pelo Min. LUIZ FUX: “O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binbenbojm, ‘não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade’ (*Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208).” (Rcl 11.243/República Italiana, Pleno.)

A ementa do RE 673.707/MG, julgado pelo Pleno, consignou: “O *habeas data*, posto instrumento de tutela de direitos fundamentais, encerra amplo espectro, rejeitando-se visão reducionista da garantia constitucional inaugurada pela carta pós-positivista de 1988.”

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

No concurso para Procurador da República (2011), foi considerada **errada** a seguinte assertiva: “No paradigma pós-positivista, os princípios gerais de direito são meios de integração do ordenamento, voltados ao suprimento de lacunas, ao lado da analogia e dos costumes.”

1.3.3. Constitucionalismo global ou globalizado

Atualmente, a despeito dos variados movimentos constitucionalistas nacionais, defende-se a existência de constitucionalismo **global** ou **globalizado**, cuja pretensão é unificar e consagrar juridicamente os ideais humanos conforme os seguintes objetivos:

Existência, validade, vigência, eficácia, efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais

1. EXISTÊNCIA NORMATIVA

É característica relacionada à *pertinência* da norma a um determinado sistema normativo jurídico (existência jurídica).

São consideradas existentes/pertencentes a um dado sistema jurídico tanto as normas que possam ser identificadas como produto normativo dessa correlação normativa (“**critério de legalidade**”) quanto as normas que, obtidas por meio de raciocínios lógicos, se consideram implicitamente promulgadas (**normas implícitas**) de acordo com o “**critério da dedutibilidade lógica**”. (Sobre os critérios da legalidade e da dedutibilidade lógica, ver item 1.1 do Capítulo VI.)

A existência/pertinência normativa pode ser verificada mediante **operações de “retrotrair”** a norma (MARCELO NEVES, 1988, p. 43), com o auxílio do **critério da legalidade** ou do **critério da dedutibilidade**, a atos ou fatos considerados como fonte de criação normativa pelo sistema. Exemplos de normas inexistentes: as contidas em projeto de lei e as inseridas no corpo de um diploma normativo pelo gráfcico responsável por publicá-lo.

► Interessante:

Por incrível que pareça, o Plenário do STF já teve de enfrentar caso paradigmático de dispositivo inserido no corpo de uma lei federal sem que tivesse ultrapassado qualquer fase do processo legislativo. Tratava-se do parágrafo único do art. 11 da Lei 9.639/98 (publicada no *Diário Oficial* de 26-5-98 e originária da conversão da MP 1.608-14/98), que pretendia estender anistia penal a particulares que cometeram apropriação indébita de contribuições sociais. Ocorre que, embora retificada a lei no dia seguinte, dela se retirando o dispositivo inexistente, alguns órgãos judiciais insistiram na aplicação da anistia, com base na regra do § 4º do art. 1º da LINDB. O Supremo, todavia, a par de reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo, entendeu que tal regra da LINDB não se aplicava em relação às retificações de dispositivo juridicamente inexistente (HC 77.734/SC e HC 77.724/SP).

► Qual o momento a partir do qual se considera existente uma lei?

Para autores como MARCELO DANTAS (1993, p. 155-170), se a existência da norma coincide com o momento a partir do qual se considera concluído o respectivo processo de formação, o início da existência das leis brasileiras não recairia na data em que promulgadas, mas na **data da sanção** ao projeto do qual se originaram. Isso porque a promulgação não passa de fase complementar do processo legislativo. Contudo, seja porque a maioria dos atos normativos independe de sanção, seja porque, mesmo no caso das leis, a conversão do projeto em lei pode prescindir da sanção (na hipótese em que o veto for rejeitado), cabe unificar o tratamento da matéria, mantendo-se na **promulgação o marco inicial da existência** de toda norma.

Uma norma **deixa de pertencer** ao sistema normativo quando **revogada** por outra ou, então, quando **expulsa**, por motivo de invalidade, mediante decisão dotada de efeitos *erga omnes*.

► **Importante:**

Se uma norma que se reputava existente é depois revogada ou então expulsa *erga omnes* por motivo de invalidade, não será mais considerada pertencente ao **sistema jurídico do momento** (direito vigente), mas continuará a pertencer à mesma **ordem jurídica**, ainda que na qualidade de direito histórico.

1.1. Existência das normas constitucionais

Para que uma norma seja considerada existente/pertinente em face de determinado sistema, é preciso que um tal sistema já exista e esteja dotado de normas que disciplinem a competência para criar outras normas. Daí se dizer que todo sistema normativo jurídico conta com certo número de “**normas independentes**” ou “**superiores**”, assim consideradas exatamente porque não se sujeitam a nenhum dos dois critérios (legalidade e dedutibilidade lógica) que determinam a relação de existência/pertinência normativa dentro do sistema.

No caso dos sistemas jurídicos, são as **constituições** que abarcam esse conjunto mínimo de normas independentes/superiores e que formam a base originária de qualquer ordem jurídica. De modo que a nova constituição é fonte normativa *extra ordinem*, cuja existência/pertinência segue **critério diverso de pertinência**: o **critério da efetividade**, também conhecido como “**regra de reconhecimento**” (HART). Por tal critério, a relação de pertinência das normas independentes/superiores que primeiramente regulam os atos de criação normativa da nova ordem jurídica decorre do simples fato de a constituição ser “reconhecida”, pelos destinatários em geral, como base inicial dessa ordem jurídica.

2. VALIDADE NORMATIVA

Não há consenso sobre o que se deva entender por validade das normas jurídicas. A **escola jusnaturalista**, entende que a validade tem a ver com os **valores** que servem de fundamentos à norma. A validade das normas depende da conformidade que mantenham com a vontade divina ou com os postulados racionais que emanam da natureza das coisas. É problema, pois, de **conteúdo**.

Para a **escola positivista**, na vertente de KELSEN, a validade confunde-se com a noção acima exposta de existência/pertinência normativa. É problema puramente de **adequação formal**, pois, para ser considerada válida, basta que a norma tenha sido produzida conforme processos autorizados pela norma que lhe é superior. Como nunca aceitou que num ordenamento jurídico existissem normas não válidas, KELSEN acaba por tratar a **validade normativa** como sendo a própria **existência** da norma, de modo que não poderia existir uma norma não válida, ou seja, não existente.

Já para os adeptos do **realismo jurídico**, a validade das normas varia de acordo com a **aceitação fática** que possuam e com a **aplicação** que lhes vêm sendo dada pelas autoridades estatais, sobretudo as judiciais.

Atualmente, porém, a **maior parte da doutrina** concorda em que uma norma jurídica, para ser considerada válida, deverá estar de acordo com as normas superiores que lhe disciplinam o processo de produção (**validade formal**), bem como com as normas superiores que lhe determinam os possíveis conteúdos (**validade material**). A questão, portanto, não envolve fundamentos jusnaturalistas nem suprapositivos, tampouco aspectos fáticos relacionados à aceitação da norma, senão apenas a conformidade da norma em relação a *todas* as normas que lhe são superiores (GUASTINI, 1995, p. 257-270).

No caso de normas veiculadas por **atos normativos primários** (*i.e.*, leis e outras fontes com força de lei), a relação de validade depende da conformidade com as normas constitucionais. Se incompatíveis em algum aspecto, serão inválidas, o que na hipótese significará o mesmo que a **inconstitucionalidade**.

► **Importante:**

Diferenças entre validade e existência normativas. Ao contrário do que sustentou KELSEN, nem todas as normas pertencentes a um sistema normativo precisam ser consideradas válidas no âmbito do próprio sistema. Para atender ao **critério da legalidade** – e então ser considerada existente num dado sistema –, uma norma precisa apenas ter sido produzida conforme as normas que regulam a competência para promulgá-la. E, como explica GUASTINI (1995, p. 131), no caso das normas produzidas por **fontes extra ordinem**, a existência depende apenas da circunstância de serem aceitas e observadas pelos respectivos destinatários ("**critério da efetividade**"). Ver item 4.1.2 do Capítulo VI.

POSIÇÕES ACERCA DA VALIDADE DAS NORMAS		
Escola jusnaturalista	Escola Positivista (kelseniana)	Realismo jurídico
Relaciona a validade com determinados tipos de valores considerados "suprapositivos", geralmente ligados à ideia de justiça. A validade depende da conformidade da norma ou com a vontade divina ou com postulados racionais que emanam da natureza das coisas.	Relaciona a validade com a conformidade meramente formal da norma ao respectivo processo de produção disciplinado por normas superiores.	Relaciona a validade com a aceitação fática e a aplicação da norma por parte das autoridades estatais incumbidas de aplicá-las.

Doutrina CONTEMPORÂNEA majoritária Validade = conformidade material + conformidade formal às normas superiores	
Validade material	Validade formal
Conformidade do conteúdo da norma às previsões de normas superiores.	Conformidade do processo de produção da norma em face da disciplina estabelecida por normas superiores.

2.1. Validade das normas constitucionais?

Embora hoje prevaleça a tese de que a validade das normas infraconstitucionais remete a relações de conformidade com normas superiores, é ainda bastante controversa a questão da necessidade de validação das constituições por meio de relações desse mesmo tipo. O tema remete à famosa concepção kelseniana referente à "**norma fundamental pressuposta**".

Para KELSEN, qualquer outra norma, incluindo as normas constitucionais, têm de buscar fundamento de validade numa norma superior. Assim, para evitar a regressão infinita em busca da norma que inicialmente autorizara a produção da "primeira constituição", surge a necessidade de "**pressupor**" a existência de uma **norma fundamental** que não tenha sido de fato promulgada, mas cuja **validade não possa ser questionada**.

Contudo, a maioria da doutrina hoje refuta a necessidade de uma "norma fundamental pressuposta" para validar a constituição. Autores contemporâneos, após desfazerem a confusão kelseniana

entre existência e validade normativas, demonstram que as normas da constituição *pertencem* ao sistema jurídico, mas não são nem válidas, nem inválidas, pois se trata daquele tipo de normas “independentes” ou “soberanas” (GUASTINI) – v. item 1.1, acima.

As constituições, portanto, são **fontes normativas extra ordinem**, razão pela qual **não carecem de validade** para iniciarem uma ordem jurídica. Cada ordem jurídica é definida pelos termos da constituição que lhe dá início, sem necessidade de se ir além dessa “primeira” constituição, pois é com ela começa a cadeia de derivação normativa (BULYGIN).

► **Atenção!**

Ao contrário das normas constitucionais postas pelo **constituente originário**, as demais normas constitucionais devem satisfazer critérios próprios de validação, já que decorrentes de fontes normativas que não são soberanas nem independentes.

3. VIGÊNCIA NORMATIVA

É o **atributo temporal** característico das normas pertencentes à ordem jurídica e que não foram revogadas nem expulsas ou invalidadas com efeitos gerais (*erga omnes*).

A vigência torna **obrigatória** a norma, à medida da respectiva eficácia e aplicabilidade. Vigente a norma, *ignorantia iuris neminem excusat*, ou seja, ninguém pode escusar-se de cumpri-la “alegando que não a conhece” (art. 3º da **LINDB**).

► **Atenção!**

Doutrinadores como FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ diferenciam a **vigência** do **vigor** normativo. Para tais autores, enquanto aquela seria o **atributo temporal da norma**, esta seria o **atributo da respectiva imperatividade ou força vinculante**. Porém, essa diferenciação parece ociosa, se não equivocada. Os exemplos que amparariam a suposta diferença (normas temporárias, normas ultra-ativas e normas convalidáveis) admitem solução por meio de outros atributos normativos. No caso das normas temporárias e ultra-ativas, pela correta definição do alcance da eficácia; no das normas convalidáveis, pela revisão do que se deveria entender pela própria vigência, pois o que ocorre na convalidação é a promulgação de uma nova norma (convalidatória) de conteúdo igual ao da convalidada, e não a suposta obrigatoriedade, por força da convalidação, de uma norma que nem vigora.

Por razões de segurança jurídica, a teoria constitucional condiciona a vigência de uma norma à publicação da disposição normativa correspondente. Em se tratando das leis em geral, o termo inicial da vigência costuma ser fixado em preceito específico e conhecido por **cláusula de vigência**. Nas hipóteses em que o diploma normativo não veicula cláusula de vigência, aplica-se a cláusula geral de vigência prevista no artigo 1º da LINDB, segundo a qual as normas promulgadas se consideram em vigor **quarenta e cinco dias** após publicadas. Quanto às leis cuja obrigatoriedade é admitida por Estados estrangeiros, a vigência fora do território nacional tem início **três meses** após publicadas (art. 1º, §1º, da LINDB).

► **Atenção!**

No Brasil, conforme art. 8º da LC 95, de 26-2-95, a “vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão.” Determina ainda o § 2º do mesmo artigo que as “leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula ‘esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial’”

O eventual período entre a publicação da norma até sua entrada em vigor é intitulado *vacatio legis*.

► **Atenção!**

O prazo de *vacatio legis* é contado “com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral” (§ 1º acrescentado pela LC 107, de 26-4-2001, ao art. 8º da LC 95/95).

Norma sob *vacatio legis*, embora existente e válida, não está ainda em regime de vigência. Por isso, tampouco é obrigatória, nem implica a revogação de normas anteriores, as quais seguem vigentes até que iniciada a vigência da norma revogadora.

► **Importante:**

No âmbito do direito penal, há quem defenda a aplicabilidade da norma mais benéfica, mesmo durante eventual período de *vacatio legis* (HELENO C. FRAGOSO, ALBERTO SILVA FRANCO e PAULO JOSÉ DA COSTA JR.). Outros recusam tal possibilidade, por entenderem que isso permitiria a aplicação de norma ainda não vigente (FREDERICO MARQUES, DELMANTO, DAMÁSIO DE JESUS, GUILHERME DE SOUZA NUCCI). Nessa linha, para NELSON HUNGRIA (1958, p. 111), quando se fala em retroatividade da lei posterior, “se entende a lei que passou a *vigorar* em substituição a outra”. O STF também não aceitou anular acórdão que deixara de aplicar institutos penais mais benéficos instituídos por lei ainda sob *vacatio legis* (1ª Turma, HC 74.552/SP).

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

Na prova oral do concurso de Juiz do TRF/5ª Região, realizada em 2010, os examinadores abordaram a matéria, questionando o posicionamento do candidato quanto à aplicação da norma penal benéfica no período de *vacatio legis*.

Já a vigência das normas decorrentes de **retificação** total ou parcial de diploma normativo publicado com incorreção ou erro material segue uma das seguintes regras:

- A) se a retificação atingir diploma normativo **já vigente**, a vigência da parte retificada deve ser considerada isoladamente, a partir da publicação das correções, como se tratasse de “lei nova” (art. 1º, § 4º, da LINDB);
- B) se a retificação atingir diploma normativo que **ainda não havia entrado em vigor**, todos os prazos para início da vigência passarão a ser computados a partir da publicação da errata, mesmo em relação às normas não atingidas pelas correções (§ 3º do art. 1º da LINDB), desconsiderando-se os prazos iniciados com a primeira publicação.

► **Atenção!**

A regra do § 4º do art. 1º da LINDB não se aplica às retificações de *ato normativo inexistente*. Nesses casos, a correção não pode ser considerada “lei nova”, simplesmente porque é juridicamente inexistente a lei retificada. Daí, as disposições inexistentes, alcançadas pela retificação, não geram nenhum efeito, mesmo que se trate de disposições penais benéficas (STF, Pleno, HC 77.734/SC e HC 77.724/SP).

O fim da vigência por decorrência de **revogação** recai na data em que se considera, explícita ou implicitamente, revogada a norma por outra posterior.

► **Importante:**

Em alguns países, a revogação só pode ocorrer entre normas de igual envergadura. No Brasil, contudo, prevalece no **STF** a teoria segundo a qual também a **norma superior pode revogar normas inferiores** (ADI 2/DF). Ver item 2.2 do Capítulo V.

Já o término da vigência, por **motivo de invalidade**, depende da expulsão com **efeitos erga omnes** da norma. No Brasil, no caso das normas inválidas em razão de contrariedade à Constituição Federal, a competência para expulsá-las recai somente nestas autoridades especiais:

- A) no **Senado Federal**, na hipótese de normas declaradas inconstitucionais pelo STF no **controle concreto/difuso** de constitucionalidade (Constituição, art. 52, X);

► **Atenção!**

A) Em quaisquer dessas duas hipóteses de expulsão, a perda da vigência deveria sempre pressupor “decisão definitiva” do STF, a exemplo do que prevê o inciso X do art. 52 da Constituição. Porém, o **Plenário do STF** já entendeu que a perda de vigência da norma invalidada no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade ocorre por força tanto da **decisão final** quanto da **decisão liminar** que a declare inconstitucional (Rcl 935/DF, j. em 28-4-2003).

B) Sobre a suposta *mutação constitucional*, havida no inciso X do art. 52 da CF, a permitir que o próprio STF promova a expulsão *erga omnes* de normas por meio de decisões judiciais proferidas no âmbito do controle concreto/difuso de constitucionalidade, v. item 8.1 do Capítulo III do Título II.

- B) no próprio **STF**, se a inconstitucionalidade for reconhecida, no exercício do **controle abstrato/concentrado** de constitucionalidade, utilizando-se por parâmetro a Constituição Federal (CF, art. 102, § 2º); ou
- C) nos **TJs**, em caso de declaração de inconstitucionalidade, também no exercício do **controle abstrato/concentrado** de constitucionalidade, em face das constituições estaduais, bem como da LODF (CF, art. 125, § 2º). (Ver Título II, Capítulo V, item 5.3.)

Com relação às **normas “temporárias”**, o *caput* do art. 2º da LINDB trata do caso como se fosse problema de vigência (“Não se destinando à *vigência* temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique o revogue”). Porém, em termos lógico-normativos, uma norma não pode determinar a revogação de si própria. Logo, a temporariedade aí envolvida não diz propriamente com a vigência, mas com o esgotamento da capacidade de a norma gerar efeitos jurídicos. É dizer: a norma segue vigente, embora tenha perdido aplicabilidade em decorrência do esgotamento da respectiva eficácia. Também na jurisprudência do **STF**, o caráter temporário da norma já foi visto como **exaurimento da eficácia**, e não como perda de vigência da norma (QQ na ADI 612/RJ).

3.1. Vigência das normas constitucionais

Diversamente do que se admite acerca das normas infraconstitucionais, a vigência das normas produzidas pelo **constituente originário** só pode ser condicionada por **comandos dele próprio**, até porque é a nova constituição que inaugura a ordem jurídica na qual ela própria se insere. Logo, para que entre em vigor no dia em que promulgada, a nova constituição não precisa contar com nenhuma cláusula de vigência, sequer implícita, tal como sucedeu com a Constituição de 1988. Pelo contrário: só haverá falar-se em *vacatio constitutionis* se a constituição assim o dispuser expressamente. (Sobre a *vacatio constitutionis*, v. item 1 do Capítulo V.)

Por sua vez, o início de vigência das normas constitucionais advindas do **poder constituente derivado** segue a disciplina prevista no sistema jurídico a que pertencerem. No caso brasileiro, embora não haja disciplina constitucional específica a respeito, não se aplica a cláusula geral de vigência prevista no artigo 1º da LINDB. Mesmo para aquelas emendas constitucionais que não se fizeram acompanhadas de cláusula específica de vigência (exemplos: Emendas Constitucionais n. 2/92, 3/93, 4/93, 5/95, 6/95, 7/95, 8/95, 9/95, 12/96, 13/96, 15/96, 42/2003), adota-se o *costume constitucional* segundo o qual a vigência das emendas constitucionais inicia-se na data em que publicadas, salvo disposição em contrário contida na própria emenda.

Bem mais complexa é a tarefa de fixar quando começa a vigência de normas constitucionais advindas de **fontes informais**, como é o caso das **mutações constitucionais**. Nessas hipóteses, os novos sentidos dados ao texto constitucional **não têm data** predefinida de vigência, obviamente. Contudo, ao decidir certos casos concretos, o STF acabou por demarcar o início da vigência de algumas mutações constitucionais encampadas pela Corte (v. QO no Inq 687/SP, RE 197.917/SP e HC 82.959/SP).

VIGÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORME AS FONTES		
Nova constituição	Emenda constitucional	Mutação constitucional
<ul style="list-style-type: none"> - regime de vigência não pode ser disciplinado por comandos provenientes de fontes diversas; - a vigência de nova constituição inicia-se na data de promulgação. - <i>vacatio constitutionis</i> depende de previsão expressa da nova constituição. 	<ul style="list-style-type: none"> - regime de vigência pode ser disciplinado previamente por normas constitucionais; - no Brasil, como inexistência disciplina a respeito, a vigência das emendas constitucionais é fixada por disposição expressa da própria emenda ou, não havendo, tem início na data da respectiva publicação; - não se aplica a cláusula geral de vigência prevista na LINDB. 	<ul style="list-style-type: none"> - regime de vigência impossível de ser disciplinado previamente, pois as mutações ocorrem mediante processos informais; - ao reconhecer alguns casos de mutação constitucional, o STF já fixou data para início da respectiva vigência.

Quanto ao **fim da vigência constitucional**, em relação ao complexo das normas constitucionais que presidiam uma dada ordem jurídica, recairá no momento em que, pelo critério da efetividade, se reconhecer instaurada uma nova ordem constitucional. Nesse sentido, salvo disposição em contrário, a nova constituição revoga toda a constituição anterior (ver item 2.1 do Capítulo V). Todavia, nem sempre será fácil demarcar precisamente essa data de revogação, sobretudo quando a substituição de determinada ordem constitucional for precedida de *revolução* (em sentido sociológico), sem que se saiba ao certo sequer se o poder revolucionário se terá tornado ou não efetivo na esfera estatal.

No que diz respeito às *normas constitucionais isoladamente consideradas*, perdem vigência quando revogadas por outras normas advindas de **emendas constitucionais** ou quando superadas por **mutações constitucionais**. Mesmo fenômeno ocorrerá caso sejam **invalidadas com efeitos gerais** (*erga omnes*), com exceção das normas promulgadas pelo próprio constituinte originário, cuja invalidação é juridicamente impossível (ver item 2.3 do Capítulo IV).

Já as *normas constitucionais protegidas por limitações materiais ao poder de mudança constitucional* (cláusulas pétreas) só podem ser revogadas por uma nova constituição.

4. EFICÁCIA NORMATIVA

É a capacidade da norma para gerar os efeitos e as consequências jurídicas que prevê. Tem relação, portanto, com a possibilidade de a norma produzir, concretamente, os efeitos jurídicos pretendidos.

Tal como ocorre com a vigência, a eficácia da norma depende da respectiva existência/pertinência, e também tem início em certo momento contado a partir da publicação.

Todavia, diferentemente da vigência, a eficácia pode dirigir-se ao passado. Ou seja, se uma norma é retroativa, **a retroatividade diz respeito à eficácia**, e não à vigência normativa. Como resume FERRAZ JR., enquanto a vigência “é sempre *desde já* para o futuro”, “a eficácia é *desde já* para o futuro ou para o passado” (2001, p. 246).

Essa a razão por que existem na ordem jurídica **normas não mais vigentes, porém eficazes**. É que, apesar de revogadas, normas dotadas de ultra-atividade seguem aptas a surtir efeitos jurídicos, ainda que para regular somente situações particulares ocorridas durante o prazo de vigência da norma. Basta lembrar os casos proibitivos de retroatividade normativa (art. 5º, XXXVI, da Constituição). Nessas hipóteses, a norma que revoga uma outra não atinge certas posições subjetivas de vantagem (ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada) asseguradas na vigência da norma revogada. Daí se conservar a eficácia normativa da norma revogada (ultra-atividade), mesmo após o fim de sua vigência. Idêntico fenômeno se verifica com a lei penal mais benéfica (*lex mitior*), cuja eficácia se mantém a despeito da revogação (CF, art. 5º, XL).

Porém, o contrário também pode ocorrer: uma norma pode possuir **vigência sem ter eficácia**. No Brasil, são exemplos:

- A) a norma temporária e com eficácia já exaurida, mas que ainda não foi revogada;
- B) a norma cujos efeitos são adiados pelo princípio da anterioridade, tal como a que institua ou aumente determinados tributos (art. 150, III, “b”, da Constituição Federal) e a que altera o processo eleitoral (art. 16 da Constituição Federal);
- C) a norma estadual que preenche lacuna deixada pela legislação federal acerca de normas gerais em matéria de competência legislativa concorrente, a partir da data em que editadas normas federais a respeito (v. art. 24, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal).

E há situações em que **normas inválidas se mantêm eficazes**, total ou parcialmente. Basta lembrar os exemplos:

- A) das normas inconstitucionais cujos efeitos jurídicos já se consolidaram antes de serem invalidadas;
- B) das normas inconstitucionais cuja declaração de inconstitucionalidade é: (b.1) equivocadamente recusada pela instância judicial máxima, daí decorrendo uma declaração de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*; (b.2) proferida em caráter *erga omnes*, mas com **efeitos temporais restritos** (*ex nunc* ou *pro futuro*); ou (b.3) reconhecida pela instância judicial máxima, porém **sem aplicar a sanção de nulidade**; e
- C) das normas de medida provisória decaída ou rejeitada pelo Congresso Nacional, em face das “relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência”, enquanto não editado o decreto legislativo previsto no art. 62, § 11, da Constituição.

Nesses casos, o que se registra é a manutenção da eficácia, ainda que parcial, de uma norma inválida. Afinal, como disse BULYGIN (1991, p. 267), a “constitucionalidade de uma lei não depende do que o diga o Tribunal Constitucional e uma lei que não foi ditada por uma autoridade competente segue sendo inconstitucional, mesmo que o Tribunal diga o contrário.” Enfim, ainda que tais fenômenos possam ser qualificados como hipóteses de **convalidação normativa**, “a classe das normas convalidadas não coincide com aquela das normas válidas” (GUASTINI, 1998, p. 150).

Por outro ângulo, a eficácia normativa comporta variações tanto de espécie quanto de intensidade, a depender da extensão de certos pressupostos de natureza jurídica e/ou de natureza fática. Segundo FERRAZ JR., são pressupostos de natureza jurídica que dotam a norma de **eficácia técnica**; e são pressupostos de natureza fática que concedem à norma **eficácia social** (ou *efetividade*)

Os **pressupostos de natureza jurídica** são requisitos normativos com os quais a norma precisa contar para surtir toda a eficácia. Essa plenitude dependerá dos termos em que a norma for obtida pela via interpretativa. Se enunciada mediante formulação que lhe permita produzir concretamente todos os efeitos jurídicos pretendidos, sem necessidade de mediação ou complementação da parte de outras normas, a norma é considerada de **eficácia plena**. Então, poderá ser aplicada concretamente e daí gerar todos os efeitos que lhe são próprios. Porém, ressentindo-se dessa formulação completa, a norma apresentará *lacunas técnicas* (v. item 9.1.1 do Capítulo VI) que lhe comprometerão, em algum grau, a plenitude da eficácia. Trata-se das normas de **eficácia limitada**. Mas o sistema normativo

conta ainda com normas que, embora dotadas de todos os pressupostos de natureza jurídica de que necessitam, podem ainda sofrer restrições de efeitos jurídicos por força de normas inferiores que as regulamentem. Nesse caso, em matéria de normas constitucionais, a doutrina brasileira fala em normas de **eficácia contida** ou **restringível**.

Já os **pressupostos de natureza fática** são os requisitos mínimos, de ordem física, social ou institucional, de cuja presença depende a possibilidade de a norma ser efetivamente aplicada. A questão, portanto, remete ao problema da efetividade normativa, tema a ser tratado em item separado.

A eficácia das normas constitucionais será particularmente examinada em itens próprios.

EFICÁCIA TÉCNICA VS. EFICÁCIA SOCIAL	
Eficácia técnica	Eficácia social ou efetividade
<ul style="list-style-type: none"> – relacionada à presença de requisitos normativos com os quais a norma precisa contar para surtir toda a eficácia (pressupostos de natureza jurídica); 	<ul style="list-style-type: none"> – relacionada à presença de requisitos mínimos de ordem física, social ou institucional sem os quais não há possibilidade de a norma ser efetivamente aplicada.
<ul style="list-style-type: none"> – comporta a seguinte graduação: (a) eficácia plena; (b) eficácia limitada; e (c) eficácia contida ou restringível. 	

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

No 180º Concurso para Juiz do TJSP (2008), foi considerada **correta** a seguinte assertiva: “A eficácia é um atributo associado às normas e consiste na consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente, se necessário. A doutrina tem procurado expandir a capacidade normativa dos princípios de várias maneiras, diante de uma Constituição eminentemente principiológica, tal como a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988.”

No concurso para Analista Ministerial da área Processual do MPEPI (2018/Cespe), foi considerada **correta** a afirmação: “A eficácia de uma norma constitucional pode ser considerada não só do ponto de vista jurídico, mas também do social, ocorrendo essa eficácia social a partir do respeito à legislação pela população.”

5. EFETIVIDADE NORMATIVA

É a magnitude da realização fática dos efeitos jurídicos pretendidos pela norma. Sinônimo de **eficácia social**, trata-se da adequação dos comandos normativos às circunstâncias fáticas exigíveis para que a norma seja concretamente observada.

Segundo FERRAZ JR., uma norma considera-se dotada de efetividade quando encontrar na realidade as condições adequadas para produzir os efeitos que lhes são próprios. O que depende, portanto, da presença de **pressupostos de natureza fática**, sem os quais fica comprometida a aplicação concreta da norma. FERRAZ JR. dá como exemplo a norma que exige o uso de um equipamento que não exista no mercado. Mas é a ocorrência de **lacunas institucionais** que explica boa parte da ineficácia social das normas (v. item 9.1.1 do Capítulo VI). Serve de ilustração a respeito: se uma norma garante ao preso o direito de ser defendido por defensor público, porém não há defensor que possa ser nomeado, a norma não é socialmente eficaz, ou seja, encontra-se desprovida de efetividade.

Por outro lado, efetividade não se confunde com o ato de obedecer à norma, ainda que a obediência seja importante critério para o “reconhecimento” da efetividade (FERRAZ JR, 2001, p. 195-196). A **efetividade** diz com a aptidão da norma para ser obedecida, pois exteriorizados na realidade todos os requisitos necessários para que isso ocorra. Já a **obediência** à norma em si diz respeito a **qualidades extrínsecas** que decorrem, por exemplo, da disposição psicológica dos destinatários em cumprir as respectivas prescrições normativas. Mas é claro que pode haver interseção