



Juliano Taveira Bernardes  
Olavo Augusto Alves Ferreira

# Direito Constitucional

## Volume Único

**14<sup>a</sup>**  
**Edição**

Revista,  
atualizada  
e ampliada

**2024**

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# 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). Uma “norma jurídica existe quando *pertence* a um sistema jurídico vigente” (SANTIAGO NINO, 2005, p. 140). Porém, lembra BULYGIN (2021, p. 232-233), a existência de uma norma não precisa ser contínua: uma norma pode existir durante certo intervalo de tempo e, então, deixar de existir, mas reaparecer depois. Daí que a existência normativa pode relacionar-se tanto a uma certa sequência ou “família” de sistemas jurídicos do mesmo Estado (ordem jurídica) quanto à configuração momentânea dessa mesma sequência (sistema jurídico em sentido estrito).

A se recordar das perspectivas dinâmica e estática dos sistemas normativos (item 1.1 do Capítulo VI), são consideradas existentes/pertencentes a um dado sistema jurídico tanto (a) as normas que possam ser identificadas como produto normativo da correlação normativa pautada pelo “**critério de legalidade**” quanto (b) as normas que, obtidas por meio de raciocínios lógicos, se consideram implicitamente promulgadas (*normas implícitas*) de acordo com o “**critério de dedutibilidade lógica**”.

Logo, a existência/pertinência normativa pode ser verificada mediante operações consistentes em “*retrotrair*” a norma, por meio da verificação retrospectiva do preenchimento dos *critérios da legalidade e dedutibilidade lógica*, até atos ou fatos considerados como fonte de criação normativa pelo sistema. Malsucedido esse rastreo retrospectivo, a norma não pode ser considerada existente em determinado sistema jurídico. Exemplo disso são as “normas” contidas em projeto de lei que ainda não foi aprovado, bem como aquelas clandestinamente inseridas no corpo de um diploma normativo pelo gráfico responsável por publicá-lo. Porém, ainda que excepcionalmente, entre as fontes de criação de direito admitidas, incluem-se as *fontes informais* (v. itens 1.1 e 4.5 do Capítulo VI).

### ► 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).

No Brasil, as normas extraídas de atos decorrentes de fontes formais de direito consideram-se existentes a contar de momentos específicos, assim que concluído o ciclo de formação de cada tipo de diploma normativo.

► **Qual o momento a partir do qual se considera existente um ato normativo?**

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.

De fato, por se tratar de ato de normativo de natureza complexa (por envolver a vontade do Legislativo e do Executivo), as **leis em geral** passam a existir assim que sancionado ou quando rejeitado o veto ao respectivo projeto de lei, mesmo que só venham a ser promulgadas depois.

Todavia, os **demais atos normativos** cujo ciclo de formação não seja assim complexo tornam-se existentes: (a) a contar da data de *promulgação*, a exemplo das constituições estaduais, emendas constitucionais, resoluções do Congresso Nacional e leis de conversão de medida provisória aprovada sem modificação substancial; ou, nos casos em que não houver necessidade de promulgá-los; ou (b) a partir da respectiva *publicação* (v.g., medidas provisórias, leis delegadas, decretos em geral).

Quanto às normas de **tratado internacional**, a jurisprudência do STF só as considera existentes, no direito interno, a contar do decreto presidencial que as promulga (MC na ADI 1.480/DF e AgRg na Carta Rogatória 8.279/Argentina). Contudo, é possível considerá-las existentes desde a aprovação do decreto legislativo que as referenda (v. item 6.9.2 do Capítulo VII da Seção II).

Por outro lado, um “sistema jurídico é o conjunto de todas as normas que hajam sido criadas validamente e não derogadas até esse momento” (BULYGIN, 2021, p. 245). Porém, ensina GUASTINI (1998, p. 149), uma norma pode **deixar de pertencer** a um dado sistema normativo não apenas quando *revogada* por outra, mas também quando **expulsa** (nulificada), por *motivo de invalidade*, mediante decisão dos órgãos competentes dotada de efeitos *erga omnes*.

► **Importante:**

Se a norma que até então se reputava existente vier a ser revogada ou nulificada, com efeitos *erga omnes*, será considerada inexistente, daí para frente, não apenas na versão atual do sistema normativo (sistema jurídico momentâneo), mas também em quaisquer de suas versões futuras. Contudo, por já ter existido, a norma revogada ou nulificada continuará a existir/pertencer à mesma ordem jurídica (sistema jurídico dinâmico), ainda que apenas na qualidade de direito histórico.

No entanto, o conjunto de normas existentes/pertencentes a um sistema jurídico momentâneo pode alcançar as normas que, embora inválidas, *ainda* não tenham sido expulsas por decisão proferida com efeitos *erga omnes* pelo órgão competente, como também as normas inválidas que hajam sido alvo de *convalidação normativa*, a exemplo das normas inconstitucionais erroneamente declaradas válidas (v. item 4, abaixo).

### 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 por não se sujeitarem a nenhum daqueles 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, as quais 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.

De modo que, à semelhança de uma *primeira* constituição, qualquer *nova* constituição que surja num dado sistema jurídico é sempre fonte normativa *extra ordinem*, e a existência/pertinência de suas normas afere-se com base no critério da efetividade – ou “regra de reconhecimento”.

Como explica GUASTINI (1998, p. 131), em relação às normas produzidas por fontes *extra ordinem* – tal como as normas constitucionais originárias – a existência normativa depende apenas da circunstância de serem aceitas e observadas pelos respectivos destinatários (“*critério da efetividade*”). Ainda com GUASTINI, esse critério (ou princípio) da efetividade, que demarca a existência das normas independentes e superiores, é aquele em virtude do qual “uma norma deve considerar-se existente – ainda que não responda aos critérios de validade do ordenamento vigente – sempre que seja geralmente aceita e observada por seus destinatários”; e, reciprocamente, “uma norma não pode considerar-se existente – ainda que responda aos critérios de validade do ordenamento vigente – sempre que não seja por nada aceita e observada por seus destinatários.”

## 2. VALIDADE NORMATIVA

Como explicou VON WRIGHT (1963, p. 196), a noção de validade é uma noção *relativa*: para que uma norma jurídica seja considerada “válida”, ela tem de estar relacionada, portanto, a uma outra norma que permita sua edição ou sua existência. Ademais, conforme BULYGIN (2021, p. 232-233), trata-se de uma “relação entre uma norma e um sistema normativo”, até porque “a mesma pode ser válida no sistema S1 e não ser válida num sistema diferente S2”.

Dá-se concluir, pois, que a validade normativa envolve sempre uma *relação de conformidade/correspondência/congruência* entre uma norma e pelo menos uma outra norma já pertencente a algum dado sistema normativo. Ademais, o conjunto de normas consideradas existentes, num sistema normativo momentâneo, é maior que o das normas inválidas, pois alcança as normas inválidas que *ainda* não tenham sido expulsas com efeitos *erga omnes* pelo órgão competente, além das normas inválidas objeto de *convalidação normativa*.

Porém, não há consenso sobre quais critérios devam ser utilizados para definir se uma norma jurídica é válida ou não.

A **escola jusnaturalista** entende que a validade normativa tem a ver com certos **valores** que servem de fundamentos à edição da norma. Assim, para ser considerada válida, a norma tem de preencher pressupostos ideais de justiça e atender a postulados racionais e universais que emanam da própria natureza das coisas. De outro lado, embora normas jurídicas possam ser formuladas mediante discursos prescritivos (mundo do dever-ser), essa linguagem prescritiva é vista como a simples descrição de normas preexistentes, após “reveladas” a partir de reflexões baseadas nos ideais e postulados jusnaturalistas. Portanto, uma norma injusta (ou “excessivamente injusta” segundo a “fórmula de RADBRUCH”) não pode ser considerada válida. Nesses termos, o conceito de validade é *valorativo*: para ser válida, a norma tem de ser obtida a partir de determinada pauta de valores decorrentes das ideias de justiça e dos postulados universais admitidos como verdadeiros pelos jusnaturalistas.

Já para a **escola positivista normativista**, o conceito de validade não envolve problemas valorativos, senão problemas cognitivos referentes à adequação da norma a certos pressupostos formais. Uma não deixa de ser válida somente porque possa ser considerada “injusta”. A validade possui *conceito descritivo*: os juízos de validade referentes a uma norma particular admitem o verdadeiro ou o falso com resposta, pois dependem apenas da verificação de certos fatos ligados ao processo de elaboração da norma (órgão competente, competência de iniciativa, quórum de votação etc.).

Na vertente kelseniana, por exemplo, a validade é problema puramente ligado à **adequação formal da norma**: para surgir e ser considerada válida, basta que a norma tenha sido produzida conforme processos autorizados pelas normas de competência que lhe são superiores. Porém, KELSEN não aceitava que, num dado ordenamento jurídico, pudessem existir normas “não válidas”, pois seria impossível sequer *existir* uma norma “não válida”. Logo, na “Teoria pura do direito”, a **validade normativa** funde-se com a própria **existência/pertinência** da norma.

► **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 GUAISTINI (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.

Todavia, para os adeptos do **realismo jurídico**, a validade das normas não deve ser examinada de acordo com ideias de justiça ou postulados jusnaturalistas, nem com os padrões meramente formais atrelados ao processo de formação normativa. A validade normativa é definida a partir da *aceitação fática* do conjunto das normas integrantes de um ordenamento jurídico e da *aplicação concreta* que lhes seja dada pelas autoridades judiciais. Na visão de ALF ROSS (2000, p. 94), por exemplo, o conceito de validade normativa passa a gravitar em torno da “*vigência* do direito em termos de efetividade social”. Ou seja, a validade está conectada à *vigência* normativa, a qual, de sua vez, é condicionada pelo grau de *efetividade* da aplicação judicial do direito.

À vista de todas essas, e outras distinções, autores como o argentino CARLOS SANTIAGO NINO chegam a identificar seis acepções distintas de utilização do termo “validez”, muitas das quais miscigenáveis entre si, o que ainda aumenta o número de conceitos possíveis. Já autores como GUAISTINI concluem que, somente no positivismo jurídico, são empregados pelo menos três conceitos de validade: validade *stricto sensu*; validade como vigor (efetividade); e validade como “força vinculante”.

Seja como for, o conceito de validade normativa, ao menos no Brasil, não costuma vir relacionado a fundamentos jusnaturalistas ou suprapositivos, tampouco a aspectos fáticos relacionados à efetividade ou à noção de “força obrigatória” da norma. Talvez porque, desde a velha parte introdutória do Código Civil de 1916, o legislador tem associado o início da “obrigatoriedade” das leis à data em que publicadas (v. atual art. 1º da LINDB). Enquanto os requisitos de validade das leis já devem estar completos *antes* disso, na data da promulgação. Logo, a força obrigatória das normas é considerada sinônimo de *vigor*, pelo que não é atribuída à validade em si das normas, senão a outras propriedades normativas, especialmente

à **vigência**; à **eficácia** (no sentido da capacidade de incidir, obrigatoriamente, e surtir efeitos jurídicos) e à **aplicabilidade** (obrigatoriedade da aplicação dos efeitos jurídicos decorrentes da incidência da norma).

Para resumir: (a) sob a *perspectiva dinâmica dos sistemas jurídicos*, a validade das normas produzidas a partir do “critério da legalidade” exige que elas, desde a origem, mantenham relação positiva de conformidade com **todas** as normas hierarquicamente superiores existentes no mesmo sistema; e (b) sob a *perspectiva estática dos sistemas jurídicos*, a validade das normas implícitas, obtidas a partir do “critério da dedutibilidade lógica”, pressupõe não apenas a consistência das operações lógicas utilizadas para se obtê-las, mas também que as normas explícitas das quais são extraídas sejam válidas em relação a todas as normas hierarquicamente superiores existentes no mesmo sistema.

De outro lado, a “validade” é gênero do qual outras relações de conformidade normativa são espécies específicas, tais como a **constitucionalidade**, a **legalidade** e a hoje chamada **convencionalidade**. Já a configuração de cada uma dessas relações específicas de conformidade normativa vai depender do tipo de normas hierarquicamente superiores com o qual seja contrastada a norma cuja validade se pretenda examinar.

No Brasil, as normas situadas no primeiro nível de subordinação normativo inferior ao das normas soberanas/independentes, a saber, as normas veiculadas por **atos normativos primários** (*i.e.*, leis e outras fontes com força de lei), têm sua validade determinada pela relação de conformidade que mantiverem tanto com (a) as normas constitucionais, bem assim com aquelas normas de tratados internacionais internalizadas com o mesmo *status* das normas constitucionais (v. § 3º acrescentado pela EC 45/2004 ao art. 5º da Constituição); quanto com (b) as normas de tratados internacionais a versarem sobre direitos humanos, às quais o STF passou a reconhecer hierarquia supralegal. Dessarte, deverá ser considerada inválida qualquer norma de ato normativo primário incompatível com alguma dessas outras normas às quais se reconhece hierarquia superior. No caso da letra “a”, a invalidade se dará por motivo de *inconstitucionalidade*; e no caso da letra “b”, por motivo de *inconvencionalidade*.

► **Importante:**

Quanto aos atos normativos secundários (v.g., decretos regulamentares, resoluções administrativas, portarias, instruções normativas etc.), as relações de validade são estabelecidas de modo similar. Porém, a se considerar o escalonamento do sistema jurídico em diversos níveis de sobreposição hierárquico-normativa, a verificação da validade das normas de atos normativos secundários também se estende aos diferentes níveis de subordinação hierárquica a que se sujeita cada tipo de ato normativo secundário. Assim, numa relação direta de subordinação normativa, a norma de um decreto regulamentar será considerada válida se não contrariar algum preceito da legislação regulamentada, em especial, nem qualquer outro preceito veiculado pelos demais atos normativos primários. Caso contrarie, essa norma regulamentar será “ilegal” (ou “legalmente” inválida). Já numa relação indireta de subordinação normativa, a mesma norma regulamentar que venha a contrariar a legislação (leis e demais atos normativos primários com força de lei) também será considerada “inconstitucional” (ou “constitucionalmente” inválida). Afinal, como a Constituição brasileira prevê a observância do princípio da legalidade (arts. 5º, II), bem como condiciona a validade dos regulamentos à “execução” das leis (arts. 84, VI, e 87, II), uma norma regulamentar que se desvie dessas diretrizes não é apenas ilegal; é, ainda, inconstitucional. Contudo, essa outra espécie de invalidade (de natureza constitucional) será indireta, porque a verificação da desconformidade da norma regulamentar em face da norma constitucional supõe a prévia constatação da ilegalidade da norma regulamentar. Daí se falar em inconstitucionalidade indireta ou reflexa (v. item 4.2 do Capítulo I da Parte II).

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 majoritária Validade = conformidade material + conformidade formal às normas superiores	
Validade material	Validade formal
Conformidade do <b>conteúdo</b> da norma às previsões de normas superiores.	Conformidade do <b>processo de produção</b> 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 envolva relações de conformidade com todas as normas de superior hierarquia, é ainda bastante controversa a questão da necessidade de validação das normas das constituições por meio de relações desse mesmo tipo. O tema remete à famosa concepção kelseniana referente à “**norma fundamental pressuposta**”.

Para KELSEN, quaisquer normas, incluindo as normas constitucionais, têm de buscar fundamento de validade numa norma de hierarquia superior. Assim, para evitar a regressão infinita em busca da norma que inicialmente autorizara a produção de uma “primeira constituição”, surge a necessidade de “*pressupor*”, num sentido lógico-jurídico, a existência de uma **norma fundamental** que não decorra de nenhuma fonte de direito, mas cuja validade não possa ser questionada. Segundo KELSEN (1984, p. 275), essa norma fundamental “é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo acto de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mais uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode haver como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.” Ainda para KELSEN, a “norma fundamental é a instauração do facto fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como Constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico positivo.”

Contudo, a maioria da doutrina hoje refuta a necessidade de uma “norma fundamental pressuposta” para validar as normas superiores de uma 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 precisam ser válidas, pois se trata daquele tipo de normas “independentes” ou “soberanas” – v. item 1.1, acima.

Segundo VON WRIGHT (1963, p. 196-197), a noção de validade normativa, num dado sistema, não se dá sempre de modo absoluto, como se toda norma editada somente fosse válida se também válida uma norma anterior que permitisse editá-la. A validade de uma segunda

norma, em vez disso, não é necessariamente obtida a partir da *validade* de uma primeira norma, mas “em relação à *existência* de uma outra norma, hierarquicamente relacionada à primeira norma em certo sentido”. Assim, o padrão de (in)validade normativa é a *existência*, e não a *validade* da norma hierarquicamente relacionada à primeira norma. De modo que tal norma – intitulada “soberana” – não pode ser válida nem inválida, sem que haja contradição qualquer lógica a respeito.

Como explica ALARCÓN CABRERA (2000, p. 89-90), a norma fundamental “não é válida nem inválida”, porém, “define a validez, estabelece critérios para determinar a validez jurídica. Tal qual a barra de platina que define o que é o metro, que serve para medir qualquer distância em metros, não é que *tenha* a longitude de um metro, senão que é a longitude de um metro e seguirá sendo um metro mesmo que se alargue ou encolha.” Dessarte, “a norma fundamental tampouco *tem* validez, senão é a validez, define a validez e, mesmo que mude, seguirá *sendo* a validez, seguirá definindo a validez”.

Nessa linha, as novas constituições são **fontes normativas extra ordinem**, pelo que **não carecem de validade** para iniciarem uma ordem jurídica e a respectiva cadeia normativa subsequente. Cada sistema normativo é definido pelos termos da constituição que lhe dá início, sem que se faça necessário rastrear a validade das normas constitucionais anteriores à configuração constitucional original, pois é a partir desta “primeira constituição” que começa a cadeia de derivação normativa de toda a ordem jurídica correspondente.

► **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 originalmente válidas e que não tenham sido *revogadas* por outras normas, nem consideradas inválidas por decisão definitiva dotada de efeitos gerais (*erga omnes*).

O termo inicial da vigência demarca também o início da **força obrigatória** da norma. Vigente a norma, pois, *ignorantia iuris neminem excusat*, ou seja, ninguém pode se escusar de cumpri-la “alegando que não a conhece” (art. 3º da LINDB). Ademais, eventual “inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento” (art. 18 da LC 95/98).

A vigência, nesse sentido, é pressuposto necessário para que uma norma *adquir*a “força vinculante”. Contudo, a obrigatoriedade daí iniciada não se estenderá, necessariamente, de acordo com o tempo da vigência da própria norma, senão à medida da eficácia e aplicabilidade respectivas. Bem por isso, normas revogadas podem se manter eficazes e aplicáveis, mesmo após a data da revogação, a exemplo dos casos de ultra-atividade normativa determinados pelo princípio constitucional da não retroatividade (incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição de 1988).

► **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**.

De outro lado, por razões de segurança jurídica, a teoria constitucional condiciona a vigência das normas produzidas por fontes formais de direito à *publicação* da disposição normativa correspondente. Em se tratando das leis em geral, o termo inicial da vigência costuma ser fixado em preceito específico, 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 sistema normativo brasileiro também disciplina a vigência das normas decorrentes de **retificação** (total ou parcial) de diplomas normativos publicados com incorreção ou erro material. 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). Porém, 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), desconsiderados 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).

Já 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).

Todavia, embora considerada existente e válida, a norma que esteja no período de *vacatio legis* não se considera em regime de vigência. Por isso, ainda não é obrigatória nem revoga as normas anteriores e incompatíveis, as quais seguem vigentes até o início da vigência da norma revogadora. Ademais, pode ser revogada nesse período, antes mesmo de entrar em vigor, sem prejuízo à validade ou à vigência das normas anteriores, nem necessidade de repristiná-las. Raciocínio que também se estende às normas penais em *vacatio legis*, ainda que mais favoráveis aos réus, a despeito das controvérsias entre os penalistas.

► **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).

Ademais, a vigência de uma norma não é prejudicada nem fica adiada em razão apenas da **falta do regulamento** correspondente. Mesmo no caso de diploma normativo absolutamente dependente de regulamentação, o problema envolverá a eficácia e a aplicabilidade normativas, e não a vigência em si do ato.

O *caput* do art. 2º da LINDB e o art. 3º do Código Penal cuidam, ainda, das chamadas **leis temporárias**. Numa acepção ampla, essas leis abrangem: tanto (a) as **normas temporárias** (em sentido estrito), que são estabelecidas com prazo predefinido de vigência, a exemplo dos tipos penais previstos na Lei 12.663/2012 (Lei Geral da Copa do Mundo de Futebol de 2014), os quais só vigoraram até 31-12-2014; quanto (b) as **normas excepcionais**, aquelas editadas para disciplinar situações absolutamente anormais da realidade fática, tal como a Lei 14.010/2020, que dispôs sobre regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado no período da pandemia de Covid-19.

Trata-se do gênero das normas que, segundo parte da doutrina, seriam “autorrevogáveis”, pois deixam de vigorar, automaticamente, após o decurso do termo pré-fixado – no caso das normas temporárias em sentido estrito – ou quando cessadas as circunstâncias que determinaram sua edição – na hipótese das normas excepcionais. Nada obstante, são dotadas de ultra-atividade, pelo que se aplicam aos fatos praticados durante a temporariedade ou excepcionalidade, inclusive em matéria penal, mesmo após “decorrido o período de sua duração” ou quando “cessadas as circunstâncias que a determinaram” (art. 3º do Código Penal).

A rigor, porém, a aplicabilidade temporária e a ultra-atividade desse tipo de norma, *em si mesmo considerada*, não diz propriamente com supostas autolimitações da vigência, senão com o âmbito temporal da respectiva de eficácia. Afinal, diante da inconsistência lógica das proposições autorreflexivas em geral, não há falar em normas que se “autorrevoguem”, pois nenhuma norma pode determinar a revogação de si própria, nem regular a produção dos respectivos efeitos jurídicos que devam ser aplicados após o fim do prazo de vigência (ultra-atividade). Daí a função do *caput* dos artigos 2º da LINDB e 3º do Código Penal: servir de metanorma geral a demarcar, na ausência de outra metanorma mais específica, tanto o período da vigência quanto a aplicabilidade das normas temporárias, em relação ao período a partir do não devam mais ser consideradas vigentes.

Ressalte-se ainda que, salvo disposição expressa, as *normas temporárias não revogam as normas permanentes anteriores*. Estas permanecem em vigor, embora com a eficácia suspensa, enquanto não cessada a vigência ou exaurida a eficácia das normas temporárias com as quais apresentem antinomia. Como ensina CAMPOS BATALHA (1980, p. 45), cessado “o período para o qual fora estabelecida a lei de caráter temporário, ou consumados os eventos a que fora condicionada, deixa a lei temporária de existir, voltando a aplicar-se a lei antiga que permanecera em caráter latente.”

Por outro lado, as normas temporárias do subtipo “excepcional” tampouco se confundem com aquelas intencionalmente editadas para se aplicarem somente em determinadas circunstâncias *especiais*, mas de natureza potencialmente repetitiva, tal como durante calamidades (v. arts. 257 e 266, § 2º, do CP; e art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000) ou mesmo “em tempo de guerra” (v. arts. 355 a 408 do Código Penal Militar). A despeito de ambas as subespécies normativas se destinarem à disciplina de situações passageiras

de anormalidade, as normas excepcionais são concebidas para enfrentarem circunstâncias ainda mais casuísticas, cujo risco de ocorrência intermitente não é sequer considerado na respectiva programação normativa. Por sua vez, a segunda das subespécies – *i.e.*, as normas que, por falta de melhor terminologia, admitiriam ser intituladas normas “circunstanciais” – disciplinam situações que, embora igualmente anormais, podem surgir e se repetir, em tese, intermitentemente. Por isso, a motivação com base na qual essas normas circunstanciais são editadas não se esgota com o simples transcurso do tempo ou da situação de anormalidade. Assim, elas conservam a vigência e eficácia respectivas, tanto antes quanto após cessada a circunstância especial que regulam, pelo que podem incidir, de modo intermitente, toda vez que novamente exteriorizada a circunstância especial que descrevem – até que revogadas por outra norma, óbvio. Como propõe BULYGIN (2021, p. 233), cabe aqui diferenciar o *tempo externo* de uma norma, que corresponde ao período durante o qual ela vigora (e, portanto, pertence a um dado sistema normativo), e o *tempo interno* da mesma norma, que diz respeito a “todos os momentos temporais nos quais a norma é aplicável a algum caso”.

Por outro lado, o fim da vigência por decorrência de **revogação** recai na data em que se considera, explícita ou implicitamente, revogada a norma por outra posterior. O assunto é regulado pelo último segmento do *caput* do art. 2º da LINDB: “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.” Daí surgirem duas conclusões. Primeira: diferentemente do direito romano, uma norma jurídica não deixa de vigorar pelo simples **desuso** (*per desuetudinem*). Afinal, o legislador previu ser necessária uma *outra* norma para revogá-la. Segunda: não sendo de natureza temporária, a norma deve considerar-se vigente até que uma norma posterior a modifique (derrogação) ou a revogue por completo (ab-rogação). Nada obstante, qualquer modificação do texto da disposição normativa da qual se extraia uma norma não deixa de ser uma espécie de revogação, ainda que parcial.

No entanto, consideradas as mencionadas diferenças entre *disposição normativa* e *norma*, se as mudanças promovidas pela norma superveniente atingirem disposição normativa redundante ou não alterarem o sentido interpretativo da disposição normativa modificada, não haverá “autêntica” revogação de normas. Afinal, esse tipo de modificação não atinge a *norma* anterior, senão apenas elimina redundâncias ou substitui a base textual a partir da qual ela já antes extraída a partir de outro texto equivalente ou similar. Portanto, essas mudanças são irrelevantes do ponto de vista normativo, pelo que não chegam a romper o período de vigência da *norma* em si. Ela se mantém vigente por todo o período, pois decorre da interpretação de disposições normativas tanto da velha quanto da nova configuração textual do mesmo sistema jurídico.

Exemplo disso é a revogação de disposição normativa que se faça acompanhada, simultaneamente, da adição de outra disposição normativa cujo conteúdo, similar ou mais abrangente que o da disposição revogada, permita extrair a mesma norma que se extraía antes da disposição revogada. No Brasil, esse foi o caso da Lei 12.015/2009, que revogou o tipo do crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP), mas inseriu, na mesma data, a capitulação de idêntica conduta na nova redação dada ao tipo penal do estupro (artigo 213 do CP). Não cabe aí dizer houve *abolitio criminis*, pois a norma proibitiva da conduta se manteve interruptamente em vigor (além de eficaz e aplicável), embora substituída a disposição normativa anterior. Daí falar o STJ em respeito ao “princípio da continuidade normativa” (v. HC 225.658/DF, 6ª Turma).

Outros casos comuns desse tipo de mudança textual destituída de relevância normativa: (a) simples deslocamentos internos de disposição normativa no corpo de um mesmo diploma, incluindo os que frequentemente ocorrem nos processos de conversão em lei de medidas

provisórias; (b) repetição de disposição normativa, originalmente veiculada numa medida provisória, em projeto de lei de conversão de outra medida provisória promulgado antes de a medida provisória original caducar ou ser rejeitada. Em nenhuma dessas hipóteses terá sido revogada a *norma* correspondente à disposição original cuja vigência tenha cessado. Por isso, tampouco será necessário, *v.g.*, reiniciar a contagem de prazos (como o da anterioridade tributária ou eleitoral) eventualmente deflagrada pela mesma norma *antes* das inovações textuais consideradas normativamente irrelevantes.

De outro lado, conforme § 1º do mesmo art. 2º da LINDB, a “lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare” ou “quando seja com ela incompatível”. Ou seja, além de subdividida quanto à extensão (*ab-rogação* e *derrogação*), a revogação pode ainda ser *explícita* ou *implícita*.

Nos casos de **revogação explícita** (ou nominada), o diploma normativo revogador já veicula dispositivo próprio (*cláusula de revogação*) no qual são indicadas as *disposições normativas* (e não, propriamente, as normas que delas se extraíam) automaticamente revogadas. Essa, aliás, a diretriz para elaboração legislativa prevista no art. 9º da LC 95/98.

Nas hipóteses de **revogação implícita** (ou inominada), porém, o diploma normativo revogador não identifica as disposições normativas revogadas. Exemplo são as leis que trazem apenas a velha fórmula “revogadas as disposições em contrário”. Assim, diante dessa indefinição quanto às disposições atingidas pelo ato normativo, as revogações implícitas não são automáticas e acabam por exigir a posterior *interpretação* das repercussões da norma revogadora em relação às demais *normas* do sistema normativo.

Em casos tais de revogação implícita, para diagnosticar as consequências das mudanças promovidas no sistema jurídico, será preciso que o intérprete faça uma espécie de “anamnese normativa”, a fim de identificar as normas que, até então vigentes, se tornaram incompatíveis com o novo ato normativo. Por isso, segundo GUASTINI (2005, p. 337), a revogação inominada não passa da delegação, aos intérpretes, da tarefa de “decidir quais as normas e, eventualmente – por consequência – quais as disposições se opõem à lei nova, com o que têm de ser por isso consideradas ab-rogadas.” De modo que o efeito revogatório implícito não é garantido, conforme explica GUASTINI, pois “pode acontecer que certas normas (ou mesmo as disposições que as exprimem) sejam consideradas ab-rogadas pelas cortes; mas pode acontecer também que não”. Dessarte, recai sobre os juízes o monopólio da última palavra sobre se uma norma foi ou não implicitamente revogada.

Afinal, como ensina OSCAR TENORIO (1955, p. 93), o sistema brasileiro desconhece a “chamada lei confirmativa (*lex confirmatoria*), segundo a qual o legislador soluciona a controvérsia sobre a vigência ou não de textos legais. Se o juiz considerar ainda em vigor a lei anterior, a norma da lei confirmadora será redundante no sistema de direito positivo. Se não o considerar, lei nova será a falsa confirmatória. Por isto mesmo, a nova lei, em tal situação, se for revogada, não sugerirá nenhum problema de repristinação.”

De outro lado, a perda da vigência de uma norma, causada por revogação, pressupõe a edição de norma posterior e de *hierarquia ao menos equivalente* à da norma anterior (*lex posterior derogat priori*). No Brasil, prevalece no STF a teoria segundo a qual a revogação decorre não somente de normas de mesma hierarquia; a posterior promulgação de norma superior *também* pode gerar o efeito de revogar as normas pretéritas inferiores incompatíveis (ADI 2/DF). Logo, em conflitos desse tipo (norma constitucional posterior *vs.* normas infraconstitucional anterior), *deve necessariamente* ser usado o critério *lex posterior derogat priori*, em vez do critério *lex superior derogat inferior*.

Seja como for, não há dúvidas em que a eventual revogação de uma norma implica, automaticamente, a revogação das normas inferiores que lhe serviam de regulamento. Assim, por exemplo, revogada uma lei, também se devem considerar implícita e conseqüentemente revogados os respectivos atos regulamentares (decretos, instruções normativas, portarias); e revogada uma norma constitucional, perde automaticamente a vigência a legislação infra-constitucional que a regulamentava.

Sem embargo, referido § 1º do art. 2º da LINDB estabelece também que a “lei posterior revoga a anterior (...) quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” Aqui, novamente, o caso é de revogação implícita, pelo que cabe ao intérprete verificar se a matéria tratada por um diploma normativo pretérito acabou mesmo “inteiramente” regulada por um ato normativo posterior. Em caso negativo, porém, apenas as partes inconciliáveis do diploma anterior devem considerar-se revogadas. Na clássica lição de REYNALDO PORCHAT (1937, v. 1, p. 302), enquanto a “conciliação entre as duas normas legislativas é possível, não é permitido ao intérprete considerar que esteja revogada a lei anterior. As disposições antigas, que não sejam idênticas às novas, juntam-se a estas para formarem um só corpo”.

Já o art. 2º, § 2º, da LINDB diz que a “lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. A despeito das atecias meramente terminológicas, essa disposição carece de maiores explicações. A menos que o diploma normativo posterior revogue expressamente um anterior ou venha a disciplinar inteiramente a matéria regulada por um outro mais antigo (art. 2º, § 1º, da LINDB), a regra indica que a simples edição de diploma normativo posterior a veicular normas gerais não implica revogação de diplomas normativos anteriores a estabelecerem normas especiais (*legi speciali per generalem non abrogatur*). Indica, ainda, que normas especiais veiculadas por diplomas normativos posteriores nem por isso revogam normas gerais estabelecidas por diplomas normativos anteriores. Ou seja, a princípio, fica excluída a aplicação do critério *lex posterior derogat priori* em hipóteses tais.

Por isso, a superveniência do catálogo de normas gerais do Código Civil de 2002, por exemplo, não revogou as normas especiais sobre idênticos institutos previstas pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990. Porém, as normas especiais veiculadas por diplomas posteriores acabam, sim, por “modificar”, não a vigência em si, mas o âmbito de incidência das normas gerais previstas em diplomas anteriores. Foi o que ocorreu quando o Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor e passou a regular, por meio de normas especiais voltadas às relações de consumo, assuntos antes inteiramente regulados pelo Código Civil de 1916, embora as normas mais gerais deste código tenham conservado sua vigência em relação a outras áreas das relações jurídicas de direito privado. De modo que, quando necessário aplicar o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*) para resolver antinomias verificadas entre normas gerais e especiais contidas em diplomas normativos promulgados em datas diversas, o que sucede, a rigor, é a redução do campo da *eficácia* das normas gerais, independentemente do dia em que elas tenham sido editadas.

Merecem referências à parte as **medidas provisórias**, atos normativos que vigoram a contar da data de publicação, mas sob a *condição resolutive* de virem a ser aprovadas e convertidas em lei ordinária pelo Congresso Nacional (art. 62 da Constituição Federal, com redação da EC 32/2001). Caso venham a ser rejeitadas ou tidas por prejudicadas ou não sejam apreciadas no prazo fixado pelo § 3º do art. 62 da Constituição, elas perderão a *eficácia* “desde a edição”. Porém, essa eventual perda retroativa de *eficácia* não apaga a *vigência* que tiveram no período anterior.

Assim, enquanto não aprovadas e convertidas em lei, medidas provisórias não chegam a revogar, *i.e.*, a eliminar a vigência da legislação anterior incompatível. Elas apenas suspendem

a eficácia dos atos normativos contrários. De modo que o efeito derogante da medida provisória fica suspenso e só se implementa quando transformada em lei vigente. Em caso negativo, a eficácia das normas anteriores é apenas retomada, sem repercutir quanto à respectiva vigência – a qual persistiu durante todo o período de vigência da medida provisória, a despeito da *eficácia* suspensa. Em resumo, enquanto não aprovada e convertida em lei uma medida provisória, a vigência de suas normas permanece sob *condição resolutiva*, e a perda de vigência das normas legislativas contrárias, sob *condição suspensiva*.

No mais, além da revogação, o **término da vigência** pode ainda surgir por consequência da *expulsão da norma do sistema normativo em razão de invalidade originária/congênita*, mediante decisão definitiva proferida pelo órgão constitucionalmente competente. Para que isso ocorra, porém, não basta que a decisão que reconheça a invalidade originária da norma conte com efeitos *inter partes*. É preciso tenha também efeitos *erga omnes*, de modo a garantir profusão subjetiva suficiente para subtrair toda a eficácia da norma invalidada. Uma vez assim expulsa a norma do sistema normativo, contudo, será desnecessário revogá-la, pois já não conta mais com vigência. Ou seja, mesmo da que ainda que não tenha sido revogada, o atributo da obrigatoriedade da norma cessará quando vier a ser declarada originalmente inválida, pelo órgão competente, por decisão definitiva e com efeitos gerais (*erga omnes*).

► **Importante:**

No Brasil, a competência institucional para expelir/expulsar do sistema normativo leis e atos normativos originalmente inválidos é exercida pelos seguintes órgãos especiais, em hipóteses taxativamente previstas na própria Constituição Federal: (a) o **Senado Federal**, a quem cabe expulsar normas declaradas inconstitucionais pelo STF com efeitos meramente *inter partes* no exercício do controle concreto/difuso de constitucionalidade (Constituição, art. 52, X); (b) o **Supremo Tribunal Federal**, ao declarar a inconstitucionalidade de normas, no exercício do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, utilizando a Constituição Federal como parâmetro (CF, art. 102, § 2º); e (c) os **Tribunais de Justiça**, quando reconhecem a declaração de inconstitucionalidade, também no exercício do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, mas em face das constituições estaduais ou da LODF (CF, art. 125, § 2º).

Além disso, as excepcionais situações em que o Congresso Nacional exerce controle repressivo da constitucionalidade de atos normativos também poderão envolver casos de expulsão *erga omnes* de normas originalmente inválidas, a exemplo da (i) rejeição parlamentar, por motivo de inconstitucionalidade, de medida provisória baixada pelo Presidente da República (CF, art. 62, § 5º); (ii) sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (CF, art. 49, V); e (iii) recusa parlamentar em aprovar decretos presidenciais de intervenção federal ou de declaração de estado de defesa (CF, art. 49, IV).

Nada obstante, em quaisquer das várias hipóteses de expulsão *erga omnes* de normas originalmente inválidas, a perda da vigência deveria sempre pressupor “decisão definitiva” do órgão competente, a exemplo do que prevê o inciso X do art. 52 da Constituição. De modo que eventuais decisões ainda provisórias (v.g., liminares e medidas cautelares), mesmo quando reconheçam a inconstitucionalidade normativa com efeitos *erga omnes*, não atingiriam a vigência em si do ato impugnado, senão apenas suspenderiam a *eficácia* e a *aplicabilidade* da norma impugnada, até decisão definitiva. Afinal, não há falar de revogação nem de perda da vigência normativa em caráter “provisório”. Uma norma cuja vigência tenha cessado só a retoma por força de repristinação (o que exige *outra* norma expressa nesse sentido), e nunca pela mera reversão da decisão judicial que a tenha considerado provisoriamente inconstitucional. Por isso, para evitar casos de vigência normativa “intermitente”: (a) não cabe ação rescisória contra decisões definitivas a declararem a inconstitucionalidade abstrata de normas (art. 26 da Lei 9.868/99 e art. 12 da Lei 9.882/99); e (b) a edição de medidas provisórias não revoga, mas apenas suspende a eficácia e aplicabilidade da legislação incompatível, cuja vigência se mantém até que definitivamente aprovadas e convertidas em lei.

Porém, em sentido diverso, o Plenário do STF já entendeu que, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, a perda de vigência das normas impugnadas pode ocorrer por força tanto da *decisão final* quanto da *decisão liminar* que as declarem inconstitucionais (Rcl 935/DF, j. em 28-4-2003).

### 3.1. Vigência das normas constitucionais

Diversamente do que se admite acerca das normas infraconstitucionais, o **início da vigência das normas constitucionais**, quando produzidas pelo **constituente originário**, só pode ser condicionado por *comandos dele próprio*, até porque é a nova constituição que inaugura a ordem jurídica na qual ela própria se insere. Logo, para entrar em vigor no dia em que promulgada, a nova constituição não precisa contar com nenhuma cláusula de vigência, sequer implícita. Pelo contrário: só haverá *vacatio constitutionis* se a constituição assim o dispuser, expressamente, por meio de norma específica.

Ou seja, embora juridicamente possível fixar termo futuro e predeterminado para o início da entrada em vigor de uma nova constituição, essa eventual postergação da vigência constitucional (“*vacatio constitutionis*”) deverá ser expressamente estabelecida em ato emanado do próprio constituinte originário. Afinal, a vigência de uma nova constituição não pode ser adiada por força ou formas normativas diversas. Como a nova constituição é a base inaugural do ordenamento jurídico, e a constituição anterior não pode regular o início da vigência de uma constituição posterior, não existe uma *metanorma* que, a partir de outro diploma normativo – *v.g.*, a regra do *caput* do art. 1º da LINDB – pudesse regular a entrada em vigor do novo ordenamento constitucional (ver item 1 do Capítulo VI). Assim, mesmo sob “*vacatio*”, a nova ordem constitucional já vigora em pelo menos um de seus preceitos: a norma extraída do próprio dispositivo no qual determinado o adiamento do termo inicial da vigência do restante da nova constituição.

Porém, não se trata de fenômeno comum. O primeiro caso de “*vacatio constitutionis*” do constitucionalismo universal, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA (1998a, p. 53-54), deu-se com a Constituição brasileira de 1967: embora promulgada e publicada em 24 de janeiro do mesmo ano, ela previa cláusula de vigência com termo inicial fixado para o dia 15 de março seguinte. Já a Constituição de 1988 não contemplou cláusula geral de *vacatio constitutionis*. No entanto, o constituinte adiou a vigência de *alguns* de seus dispositivos, de modo a preservar, transitoriamente, parte da disciplina constitucional anterior, como se vê, por exemplo, no *caput* do art. 34 do ADCT.

Já os efeitos da *vacatio constitutionis* são semelhantes aos da *vacatio legis*: mantêm-se válidas e vigentes as disposições anteriores, ainda que incompatíveis com a constituição nova, até que esta comece a vigorar. E o contrário também ocorre. Como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA (1998a, p. 54), toda “lei ordinária que tenha sido criada no período de *vacatio constitutionis* será inválida se contrariar as normas constitucionais existentes, mesmo quando esteja de acordo com a constituição já promulgada, mas não em vigor.”

Por sua vez, o início de vigência das normas constitucionais advindas do **poder constituinte derivado** segue a disciplina prevista na ordem jurídica a que pertencerem. No caso brasileiro, ausente regra constitucional específica a respeito, *não* se aplica a cláusula geral de vigência prevista no artigo 1º da LINDB. Por isso, mesmo para aquelas emendas constitucionais que não previram cláusula específica de vigência (*v.g.*, as 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 as emendas constitucionais entram em vigor na data em que publicadas, salvo disposição em contrário contida na própria emenda.

Quanto ao **fim da vigência constitucional**, no que diz respeito a todo o *complexo das normas constitucionais que presidiam uma dada ordem jurídica*, recairá no momento em que, pelo “critério da efetividade”, se reconhecer inaugurada uma nova ordem constitucional. Nesse sentido, salvo disposição em contrário, a nova constituição revoga toda a constituição anterior. 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 sociopolítico), sem que ainda se saiba ao certo sequer quando ou se as novas normas baixadas pelo poder revolucionário se tornarão efetivas na esfera estatal (v. item 2.1 do Capítulo IV).

Já as *normas constitucionais isoladamente consideradas* perdem vigência quando revogadas por outras normas advindas, seja de emendas constitucionais ou (de ato normativo com força equivalente às emendas constitucionais), seja de mutações constitucionais. A perda da vigência dessas normas constitucionais também poderá ocorrer em caso de reconhecimento de invalidade congênita, desde que acompanhada, como se viu, da consequente expulsão do sistema normativo por força de decisão do STF dotada de efeitos gerais (*erga omnes*). Contudo, essa hipótese nunca alcançará as normas que tenham sido promulgadas pelo próprio constituinte originário (normas constitucionais originárias), cuja invalidação é juridicamente impossível no âmbito da mesma ordem jurídica.

No entanto, as *normas constitucionais protegidas por limitações materiais ao poder de mudança constitucional* (“cláusulas pétreas”) não podem ser revogadas, salvo por nova manifestação do poder constituinte originário. Essa a posição dominante no Brasil, a despeito dos defensores da teoria da “dupla reforma” (ou reforma “em dois tempos”), conforme a qual a revogação de cláusulas pétreas é possível, mas exigiria duas operações sequenciais de reforma constitucional (ver item 3.2.3 do Capítulo IV).

Mais difícil, porém, é fixar quando começa (e acaba) a vigência de normas constitucionais advindas de **fontes informais das constituições**, a exemplo das *mutações constitucionais*. Afinal, nessas hipóteses, os novos sentidos dados ao texto constitucional, obviamente, não têm data estabelecida nem predefinida de vigência inicial. Contudo, ao reconhecer certos casos de mutação constitucional, o STF teve por bem já 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).

#### 4. EFICÁCIA NORMATIVA

Entre os vários sentidos empregado pela doutrina para se referir à palavra “eficácia”, o melhor significado do termo está atrelado à aptidão de uma norma para produzir efeitos jurídicos. Nessa linha, *a eficácia é a capacidade de uma norma para incidir e gerar os efeitos jurídicos correspondentes*, tal como a aquisição ou perda de algum direito. Daí a relação entre a eficácia normativa e os pressupostos necessários para que uma norma produza efeitos concretos.

Todavia, 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. (2001, p. 195), são os pressupostos de *natureza jurídica* que permitem à norma adquirir eficácia num sentido técnico; e são pressupostos de *natureza fática* que habilitam uma norma à aquisição de eficácia num sentido social (**eficácia social** ou *efetividade*).

Os **pressupostos de natureza jurídica** são requisitos normativos com os quais a norma precisa contar para surtir a eficácia pretendida. Já a plenitude da eficácia normativa (em

sentido técnico) 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 alvo de aplicação concreta e daí gerar, integralmente, os efeitos que lhe são próprios. Porém, ressentindo-se de formulação normativa completa, a norma apresentará *lacunas técnicas* que comprometerão, em algum grau, a plenitude de sua eficácia. Trata-se das normas de **eficácia limitada**. Mas o sistema normativo ainda possui 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 concretamente observada. A questão, portanto, remete ao tema da efetividade normativa (*eficácia social*), o que justifica tratamento em item separado, até para evitar certos problemas decorrentes da doutrina kelseniana, que não distingue o sentido técnico do sentido social do termo “eficácia”.

De outro lado, tal como ocorre com a vigência, a eficácia da norma depende da respectiva existência/pertinência e se inicia em certo momento contado a partir da data de publicação da disposição normativa correspondente. Todavia, ao contrário da vigência, a eficácia pode dirigir-se ao passado. Assim, a eventual **retroatividade normativa** é sempre atributo da eficácia, e não da vigência da norma. Como resume FERRAZ JR. (2001, p. 246), enquanto a vigência “é sempre *desde já* para o futuro”, “a eficácia é *desde já* para o futuro ou para o passado”. Essa a razão por que existem na ordem jurídica **normas não mais vigentes, porém eficazes**.

Isso porque, 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 posterior (CF, art. 5º, XL).

Porém, o inverso 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 pode ser considerada revogada por outra, a exemplo da maior parte das normas integrantes do ADCT; (b) a norma cujos efeitos são adiados pelo princípio da anterioridade, tal como a que institui ou aumenta 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 editada para preencher lacuna da legislação federal acerca de normas gerais em matéria de competência legislativa concorrente, a partir da data em que promulgadas normas federais a respeito (v. art. 24, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal).

Ademais, há situações em que **normas inválidas conservam-se eficazes**. É o que ocorre quando são mantidos, total ou parcialmente, os efeitos jurídicos de normas que não preenchem os requisitos de validade. No direito brasileiro, basta lembrar: (a) das normas inconstitucionais cujos efeitos jurídicos permanecem e não podem mais ser nulificados em razão de alguma fórmula de preclusão (v.g., prescrição e decadência); (b) das normas inconstitucionais cuja declaração de inconstitucionalidade tenha sido proferida pelo STF em decisão *erga*

*omnes*, mas (b.1) com efeitos temporais restritos (*ex nunc* ou *pro futuro*) ou (b.2) sem aplicar a sanção de nulidade; (c) equivocadamente recusada pelo STF, com a consequente declaração de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*; (d) das normas de medida provisória decaída ou rejeitada pelo Congresso Nacional, cuja eficácia se mantém 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; e (e) de normas cuja constitucionalidade seja reconhecida retroativamente, mesmo após declaradas inconstitucionais pelo órgão competente.

Todos esses exemplos envolvem a convalidação dos efeitos jurídicos de normas tecnicamente inválidas, mesmo quando tenha sido o próprio STF a declarar constitucional uma norma já invalidada ou que deveria ter sido declarada inconstitucional. Afinal, nenhuma norma deixa de ser inválida somente porque tenha sido erroneamente declarada válida. Daí, se a classe das normas convalidadas não coincide com aquela das normas válidas e se o órgão de controle da validade não é infalível, a classe de normas inválidas acaba por incluir também as normas erroneamente convalidadas, as quais se mantêm eficazes, ao menos em parte, a despeito de declarada ou não sua invalidade.

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

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 verificação concreta dos efeitos jurídicos decorrentes da incidência de uma norma. Diz, portanto, com o predicado correspondente à materialização, na realidade, dos efeitos jurídicos que o sistema normativo pretende deflagrar como consequência da exteriorização dos pressupostos de incidência da norma.

Sinônimo de **eficácia social**, é a “real efetivação da norma”, a significar “que ela está efetivamente regendo a realidade social nela descrita” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 1998a, p. 13). Na definição de BARROSO (1990, p. 77), efetividade normativa é a “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”; “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

Trata-se, portanto, do mesmo tipo de eficácia ao qual KELSEN (1984, p. 30) se referia ao dizer que a vigência se deve diferenciar do fato real de ser uma norma efetivamente aplicada e observada. Porém, segundo KELSEN, “deve existir a possibilidade de uma conduta em desarmonia com a norma”. De modo que, se uma norma “preceituasse um certo evento que de antemão se sabe que necessariamente se tem de verificar, sempre e em toda parte, por força de uma lei natural, seria tão absurda como uma norma que preceituasse um certo facto que de antemão se sabe que de forma alguma se poderá verificar”.

Nessa linha, explica FERRAZ JR. (2001, p. 195), embora a efetividade seja forma de eficácia, está condicionada não a pressupostos de natureza técnico-normativa, como ocorre com a eficácia em sentido técnico, mas a *pressupostos de natureza fática*, cuja ausência comprometa a incidência da norma e, conseqüentemente, a produção dos efeitos jurídicos pretendidos. Assim, uma norma só pode se tornar efetiva quando encontrar, na realidade, as “condições adequadas para produzir seus efeitos”. No exemplo de FERRAZ JR., uma norma que exigisse o uso de equipamento de proteção laboral ainda inexistente no mercado não

dispõe de eficácia social, pois não há como lhe dar obediência, até porque ninguém pode ser obrigado a coisas impossíveis (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Logo se percebe, as **lacunas institucionais** são importante fator da ineficácia social de normas. Para ilustrar, se uma norma garante a todo acusado o direito de ser assistido por defensor público, mas não há órgãos de defensoria pública minimamente organizados para assisti-lo, não há como dotar a norma de efetividade, ao menos até que a defensoria pública seja estruturada e, então, possa oferecer atendimento ao acusado. Afinal, já dizia PONTES DE MIRANDA (2000, t. I, p. 63), “a eficácia da regra jurídica é a sua incidência”; mas para “que se dê a incidência da regra jurídica, é preciso que todo o *suporte fático* necessário exista”.

De outro lado, ainda com PONTES DE MIRANDA (2000, t. I, p. 83), a se materializarem os requisitos necessários, a “incidência da norma jurídica é infalível”, e a vontade humana nada pode contra isso. Nestas condições, os efeitos jurídicos de uma norma juridicamente eficaz incidem incondicionalmente, mas a efetividade (eficácia social) da mesma norma ainda dependerá da concreta subordinação dos fatos a ela (realização normativa), seja por “movimento próprio dos interessados”, seja “pela aplicação suscitada, de ordinário estatal”.

Portanto, verificados os pressupostos necessários à obtenção de eficácia em sentido técnico-normativo, a incidência da norma é incondicional. Contudo, isso não garante que ela, *de fato*, seja obedecida, o que irá depender, ou da *observância* (espontânea), ou da *imposição* (execução forçada) da norma.

Contudo, a eficácia social não é, propriamente, sinônimo de obediência à norma. Afinal, explica FERRAZ JR., a obediência em si diz respeito a qualidades extrínsecas à eficácia normativa, as quais decorrem, por exemplo, da disposição psicológica dos destinatários em cumprir as prescrições da norma. Daí por que, segundo FERRAZ JR. (2001, p. 195-196), embora a obediência seja critério importante para o reconhecimento da efetividade normativa, há exemplos de normas socialmente eficazes que nunca chegam a ser obedecidas, mas que surtem, por exemplo, “efeito ideológico simbólico” (v.g., a norma do art. 7º, IV, da Constituição de 1988). Por isso, a efetividade pode assumir o sentido de “sucesso normativo”, o qual pode ou não exigir obediência por parte dos destinatários.

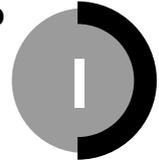
Todavia, explica FERRAZ JR. (2001, p. 196), quando o “sucesso normativo” *exigir* obediência à norma, uma vez presentes os requisitos fáticos para que ela incida, a norma será socialmente ineficaz se não for observada de modo espontâneo, nem por imposição.

Por fim, cabem ainda referências ao peculiar conceito de “efetividade como realização da finalidade da lei”, tal como adotado por MARCELO NEVES (2007, p. 47-48). Para NEVES, enquanto a “eficácia diz respeito à realização do ‘programa condicional’, ou seja, à concreção do vínculo ‘se-então’ abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal”, a “efetividade se refere à implementação do ‘programa finalístico’ que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal”.

### 5.1. Efetividade das normas constitucionais

No que diz respeito à efetividade das normas constitucionais, a questão difere parcialmente da efetividade das demais normas. Isso porque, ao contrário das normas que não decorrem de fontes *extra ordinem* (v. item 4.1.2 do Capítulo VI), a própria existência de uma nova constituição depende da satisfação de critérios de efetividade.

Uma nova constituição só pode ser assim considerada se contar com a **aceitação** e com a **disposição de ser cumprida** por parte dos respectivos destinatários, além das autoridades constituídas. Todo ato constituinte só deixa de ser uma simples tentativa de revolução



# Teoria geral dos direitos fundamentais

## 1. DEFINIÇÕES PRÉVIAS

A questão dos direitos fundamentais é extremamente importante para o constitucionalismo. Isso porque, além da tentativa de estruturar os Estados modernos, uma das principais preocupações que impulsionaram o constitucionalismo foi a tentativa de enunciar e garantir os direitos da pessoa humana. Como bem expõe DAVID WILSON DE ABREU PARDO (2003, p. 5), “o constitucionalismo moderno passa por variações históricas de acordo com a evolução dos direitos que garante, reforçando a tese da origem congênita do constitucionalismo e a doutrina dos direitos fundamentais.” Destarte, quer se encontrem ou não incluídos numa “constituição formal”, os direitos fundamentais não deixam de fazer parte da “constituição material”.

De outro lado, apesar do grande número de expressões utilizadas a respeito do mesmo assunto (por exemplo: “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “liberdades fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos fundamentais do homem”), a doutrina em geral costuma abordar pelo menos duas expressões distintas: *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

### 1.1. Direitos fundamentais

Conjunto de direitos *estabelecidos* por determinada comunidade política organizada, com o objetivo de satisfazer ideais ligados à dignidade da pessoa humana, sobretudo a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

### 1.2. Direitos humanos

Conjunto de direitos que, segundo doutrina majoritária, são *reconhecidos* pela ordem jurídica internacional, pois se consideram inerentes à própria condição humana.

### 1.3. Direitos humanos vs. direitos fundamentais

A expressão “*direitos humanos*” costuma referir-se a direitos correspondentes ao *gênero humano*, sem importar com as peculiaridades e características das diversas comunidades existentes em cada núcleo estatal (religiões, etnias, sistemas socioeconômicos). Assim, a questão dos direitos humanos é tratada de maneira *supranacional*, no âmbito do **direito público internacional**, sobretudo por organismos multilaterais como a ONU – Organização das Nações Unidas, a OEA – Organização dos Estados Americanos, a Comunidade Europeia.

Já os *direitos fundamentais* são objeto do **direito público interno** de cada Estado, especialmente do direito constitucional. Trata-se dos direitos do homem “objectivamente vigentes

numa ordem jurídica concreta” (CANOTILHO 1993, p. 517). Não correspondem necessariamente, portanto, ao rol dos direitos humanos, pois cada ordenamento jurídico estatal pode estabelecer catálogo próprio de direitos fundamentais, de acordo com as respectivas especificidades. Daí por que o sistema jurídico de alguns Estados pode estabelecer direitos fundamentais que a ordem internacional ainda não reconhece, e vice-versa. Exemplos: o direito constitucional brasileiro não admite pena de prisão perpétua, tampouco a de trabalhos forçados, mas ambas são admitidas no direito internacional; a Constituição de 1988 prevê prisão civil por dívidas, no caso de depósito infiel, enquanto o direito internacional não a admite.

Também a *metodologia jurídica* a envolver um e outro conceito não costuma ser a mesma. Os direitos humanos são vistos como posições jurídicas de projeção “universal” e “atemporal”, que beneficiam qualquer indivíduo, independentemente da ordem estatal a que ele esteja vinculado. Nessa linha, conforme doutrina específica, os direitos são simplesmente “*reconhecidos*” pelo direito internacional, como se existissem antes mesmo dos próprios documentos mediante os quais são “declarados”. Daí a larga difusão das chamadas *declarações de direitos*, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

Já os direitos fundamentais consideram-se “*estabelecidos*” pelo Estado, conforme dispuser o direito positivo estatal. Os direitos fundamentais só existem *após* a promulgação de normas estatais a respeito deles.

#### ► Atenção!

Como explica BOBBIO, a *teoria dos direitos humanos* possui **fundamentação jusnaturalista**, mesmo sob as novas roupagens dadas atualmente (tal como a expressão *moral rights*, utilizada por DWORKIN). Ou seja, como os direitos humanos têm a pretensão de possuírem validade atemporal e universal, *i.e.*, “são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”, acabam por assumir uma inegável “dimensão jusnaturalista-universalista” (CANOTILHO, 1993, p. 517). De modo que o tratamento teórico dispensado aos direitos humanos ainda não superou certos dogmas de direito natural típicos do início do constitucionalismo (século XVIII), a exemplo do que ocorre com a suposição de que existiriam direitos “imanescentes” à condição humana e cuja validade apenas se reconheceria por meio de posteriores e solenes declarações de direitos.

Já a *teoria dos direitos fundamentais* conta com uma **fundamentação positivista**, que não reconhece o teor autenticamente jurídico das declarações solenes de direitos humanos. Como sustenta BOBBIO (2004, p. 96-97), os sistemas de direito internacional promovem, com certa hipocrisia, o uso enganoso do “direito” nas declarações deste ou daquele direito do homem. Porém, as cartas e declarações concebidas nos fóruns internacionais “não são propriamente cartas de direitos”, mas “documentos que tratam do que deverão ou deveriam ser os direitos num futuro próximo, se e quando os Estados particulares os reconhecerem, ou se e quando o sistema internacional houver implantado os órgãos e os poderes necessários para fazê-los valer sempre que forem violados”.

Por outro lado, autores como PÉREZ LUÑO (2005), desconfortáveis entre as teses jusnaturalistas e juspositivistas, preferem hoje buscar **fundamentações alternativas**. Assim, em vez enfatizar os direitos humanos/fundamentais como alvo do simples “reconhecimento” por meio de declarações solenes (corrente jusnaturalista), ou então como alvo de normas estatais que os “estabeleça” juridicamente (correntes juspositivista), PÉREZ LUÑO prefere utilizar as expressões “promover” ou “propugnar”. De modo que – segundo PÉREZ LUÑO – os direitos fundamentais contidos no Texto Constitucional (o espanhol, no caso) não podem ser vistos como categorias voltadas ao reconhecimento de valores ou ideais eternos nem como meta de chegada ou como instrumentos de garantia do *status quo*, senão como ponto de partida para a promoção de amplo programa que leve a profundas transformações políticas e sociais.

Outra tentativa conciliatória foi concebida por HORST DREIER sob a fórmula do “*direito natural positivado*”. Conforme explica LEONARDO MARTINS (2005, p. 79), essa “fórmula de combinação sustenta que pré-estatal nos direitos fundamentais é o fato de seu uso

perante o Estado não precisar ser justificado, mas, ao contrário, que as intervenções do Estado na propriedade e liberdade exigem sempre uma justificação”.

DIREITOS HUMANOS VS. DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Direitos Humanos	Direitos Fundamentais
<ul style="list-style-type: none"> <li>- costumam referir-se a direitos correspondentes ao gênero humano;</li> <li>- são tratados de maneira supranacional, no âmbito do direito público internacional;</li> <li>- metodologia jurídica: consideram-se “reconhecidos” pelo direito internacional;</li> <li>- teoria dos direitos humanos possui fundamentação de matriz jusnaturalista.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- são os direitos do homem “objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (CANOTILHO).</li> <li>- são objeto do direito público interno de cada Estado.</li> <li>- metodologia jurídica: consideram-se “estabelecidos” pelo direito positivo estatal;</li> <li>- teoria dos direitos fundamentais possui fundamentação de matriz positivista.</li> </ul>

#### 1.4. Direitos vs. deveres fundamentais

No nome dado ao Capítulo I da Parte II, o constituinte de 1988 mencionou tanto os *direitos* quanto os *deveres* individuais e coletivos de caráter fundamental. Todavia, nos dispositivos em si da Constituição, não há um rol de “deveres fundamentais”, nem sequer a eles se fazem referências expressas.

De outro ângulo, doutrinadores estrangeiros e nacionais tentam explicar o desinteresse dos textos constitucionais contemporâneos em dar tratamento específico aos “deveres” fundamentais. Na Espanha, por exemplo, GREGORIO CÁMARA VILLAR afirma que a explicação disso parece radicar, em parte, no fato de que o desenvolvimento do constitucionalismo sempre se assentara, por razões óbvias, nas necessidades de controlar o poder e estabelecer a garantia dos direitos das pessoas. Daí, os deveres constitucionais têm sido considerados a partir mais de perspectivas simbólicas e metajurídicas (morais) do que propriamente jurídica. Em Portugal, CANOTILHO (2003, p. 531) aponta que a “desconfiança e indiferença dos textos constitucionais em face dos deveres fundamentais” se devem tanto ao ideário nazista, que converteu os deveres fundamentais dos cidadãos em deveres fundamentais dos “membros do povo”, quanto à compreensão comunista da conexão necessária entre direitos e deveres, a qual “acabou por aniquilar os direitos e hipertrofiar os deveres”. No Brasil, DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 60) dizem que o desinteresse pelo tema se deve, “por um lado, à hostilidade de muitos autores ao caráter, pelo menos aparentemente, antiliberal dos deveres fundamentais e, por outro lado, à sua limitada relevância nas Constituições de inspiração liberal”.

Por outro lado, parte da doutrina diz ser intencional essa lacuna no tratamento dado pelos textos constitucionais aos deveres coletivos. Afinal, quando uma constituição enuncia um *direito* fundamental em favor de alguém (sujeito ativo), já está aí a prescrever, consequentemente, *deveres* que outras pessoas têm de cumprir (sujeitos passivos). Logo, não seria necessário tratar especificamente dos “deveres” fundamentais. Nessa linha, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA (2015, p. 198), a Constituição não é mesmo lugar para uma “declaração de deveres paralela à declaração de direitos”. Os deveres decorreriam da própria estipulação dos direitos, “na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria.”

Todavia, a problemática dos deveres fundamentais é mais complexa. Até porque, como ficará evidente no item 1.4 do Capítulo I da Seção II, os deveres fundamentais não

se resumem só aos (a) **deveres fundamentais conexos ou não autônomos**, ou seja, àqueles conectados aos direitos fundamentais que lhes correspondam, nos termos da doutrina clássica. Existem ainda (b) **deveres fundamentais autônomos**, *i.e.*, os destituídos de correlação a direitos fundamentais específicos, a exemplo do dever de pagar tributos, de prestar o serviço militar obrigatório ou mesmo de votar.

Por esses e outros motivos, os deveres fundamentais devem ser considerados *categorias jurídicas autônomas*, sem que possam ser considerados meras correlações obrigacionais decorrentes da incidência de certa norma de direito fundamental, tampouco confundidos com algum tipo de restrição ou limitação a normas de direitos fundamentais em si. Como ensina CANOTILHO (2007, p. 535), os “deveres fundamentais reconduzem-se a normas jurídico-constitucionais autônomas que podem até relacionar-se com o âmbito normativo de vários direitos.” Daí, mesmo que alguns deveres fundamentais estejam conexos com direitos (tal como o dever de defesa do ambiente, o dever de educar os filhos), não se pode dizer que “constituem ‘restrições’ ou ‘limites imanentes’ dos direitos com ele conexos. O dever de defesa do ambiente não é uma ‘restrição do direito ao ambiente’, o dever de educação dos filhos não é um ‘limite imanente’ do direito de educação dos pais.” (Mais sobre o assunto, bem como sobre a classificação dos deveres fundamentais, v. item 1.4 do Capítulo I da Seção II.)

### 1.5. Normas de direitos fundamentais e normas de garantias fundamentais

Segundo doutrina ainda majoritária no Brasil, as normas que cuidam dos direitos fundamentais podem ser formuladas (i) de maneira a simplesmente enunciar os próprios direitos fundamentais ou (ii) com a intenção de assegurar os meios de defesa desses direitos fundamentais.

No primeiro caso, a disposição normativa faz menções ao tipo e às características do *direito fundamental enunciado*, tal como o direito a ir, vir e permanecer; a liberdade de consciência, de religião e de culto; o direito à intimidade e à vida privada etc. Já no segundo caso, o constituinte utiliza outra espécie de formulação normativa e estabelece **garantias fundamentais**, cujo objetivo não é enunciar direitos fundamentais, mas prevenir ou, eventualmente, corrigir violações a determinados direitos fundamentais.

Assim, como duas faces da mesma moeda, surge a seguinte relação entre direito e garantia fundamentais: enquanto os “**direitos**” costumam ser estabelecidos por normas que enunciam e estabelecem as características dos próprios direitos fundamentais, as “**garantias**” fundamentais são veiculadas por normas que indicam como eles podem ser exercidos e protegidos, incluindo os instrumentos para correção de violações a tais direitos. Nada obstante, todas as garantias fundamentais não deixam de ser também, elas próprias, direitos fundamentais em sentido amplo. Exemplo clássico da Constituição de 1988: o inciso XV do art. 5º enuncia o direito fundamental à livre “locomção no território brasileiro em tempo de paz” (art. 5º, XV), e o inciso LXVIII do art. 5º trata de instituir remédio constitucional específico para assegurar esse direito de liberdade contra eventuais violações contra eventuais violações (*habeas corpus*).

As garantias fundamentais dividem-se em: (a) **garantias gerais**: aquelas cujo objetivo é tornar efetivos os direitos a que se referem, bem como proibir o abuso de poder e todas as espécies de violação aos direitos por elas assegurados. Exemplos: o princípio da legalidade, o princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário, o princípio do devido processo legal; e (b) **garantias específicas**: as que servem de instrumento de proteção não apenas dos direitos fundamentais a que se referem, como também das próprias garantias fundamentais gerais. Exemplos são todos os remédios constitucionais como o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção. Ver item 4.2 do Capítulo I da Seção II.

► **Importante:**

A rigor, todas as garantias fundamentais não deixam de ser também direitos fundamentais (CANOTILHO).

► **Atenção!**

As **garantias fundamentais** dividem-se em:

- a) **garantias gerais:** aquelas cujo objetivo é tornar efetivos os direitos a que se referem, bem como proibir o abuso de poder e todas as espécies de violação aos direitos por elas assegurados. Exemplos: o princípio da legalidade, o princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário, o princípio do devido processo legal;
- b) **garantias específicas:** as que servem de instrumento de proteção não apenas dos direitos fundamentais a que se referem, como também das próprias garantias fundamentais gerais. Exemplos são todos os *remédios constitucionais* como o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção. Ver item 4.2 do Capítulo I da Parte II.

DIREITOS VS. GARANTIAS FUNDAMENTAIS	
Direitos	Garantias
Contemplados por disposição normativa que enuncia o próprio direito fundamental (direito a ir e vir; à liberdade de consciência e religião etc.).	Previstas em disposição normativa que estabelece mecanismos de prevenção ou correção de violações a certo direito fundamental.

GARANTIAS FUNDAMENTAIS	
Gerais	Específicas
Têm por objetivo tornar efetivos os direitos a que se referem, bem como proibir o abuso de poder e todas as espécies de violação aos direitos por elas assegurados	Visam a indicar os instrumentos específicos de proteção efetiva dos direitos e garantias fundamentais gerais. Materializam-se sob a forma dos <i>remédios constitucionais</i> .

### 1.6. Normas de direitos fundamentais e normas de garantias institucionais

Em paralelo às normas de *direitos e garantias fundamentais*, fala-se, ainda, em normas de *garantias institucionais*. De acordo com KLAUS STERN (1987, p. 276), a compreensão mais recente tende a ver nas normas sobre direitos fundamentais não somente os direitos subjetivos que a partir delas possam ser deduzidos, mas também como normas que produzem “uma proteção institucional mediante a garantia de determinadas instituições”. A ideia proveio de CARL SCHMITT (1996, p. 175-178), para quem, por meio da regulação constitucional, pode-se garantir proteção a certas instituições, com “a finalidade de fazer impossível uma supressão pela via legislativa ordinária”.

No Brasil, explica PAULO BONAVIDES (2002, p. 492), embora pareça “haver uma inclinação a subsumir as garantias institucionais na larga esfera ou universo das garantias constitucionais”, é preciso “acolher o alargamento conceitual da garantia constitucional a fim de que nela se possam encaixar também as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado.”

No entanto, as garantias institucionais não se confundem com direitos ou posições de vantagens atribuídos a pessoas determinadas, tampouco com os instrumentos para garanti-los (garantias fundamentais). Como já dizia SCHMITT (1996, p. 177), “existem garantias

institucionais com direitos subjetivos e sem eles; também a proteção jurídica e a possibilidade de fazer valer pretensões está conformada de modo muito variado; mas à essência da garantia institucional não corresponde nem um direito subjetivo, nem a manutenção de uma via jurídica.” Daí o exemplo: a família não possui nenhum direito fundamental em sentido autêntico, tampouco alguns de seus membros, ao menos como tal. De modo que só “pode ser constitucionalmente protegida como instituição”.

Também para CANOTILHO (2007, p. 521-522), as garantias institucionais, muitas vezes, estão “associadas às normas de direitos fundamentais, visando proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria protecção de direitos dos cidadãos”. Exemplo: a Constituição portuguesa reconhece como fundamental o direito de contrair casamento e constituir família, mas, ao mesmo tempo, assegura protecção à família e ao casamento como *instituições*. Porém, as garantias institucionais não são “verdadeiros direitos atribuídos directamente a uma pessoa; as instituições, como tais, têm um sujeito e um objecto diferente dos direitos dos cidadãos”. Por isso, “as garantias institucionais não garantem aos particulares posições subjectivas autónomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias”. A rigor, a protecção constitucional proporcionada pelas garantias institucionais objetiva “não tanto ‘firmar’, ‘manter’ ou ‘conservar’ certas ‘instituições naturais’, mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estatais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionadas ou coactivas” (CANOTILHO, 2007, p. 178).

As garantias institucionais, portanto, são *produto do complexo normativo pelo qual o Estado, ao regulamentar as relações que considera vitais, conforma e protege aspectos essenciais de determinadas instituições (públicas ou privadas)*. Dizem respeito, pois, a institutos jurídicos cuja importância os torna alvo de protecção normativa especial. Segundo HÄBERLE (2003, p. 112 e 114), as garantias institucionais devem ser compreendidas como “relações vitais juridicamente conformadas” ou “âmbitos vitais institucionalmente garantidos”.

Para VIEIRA DE ANDRADE (2001, p. 139), essas garantias referiam-se, inicialmente, àqueles institutos ou instituições já existentes no ordenamento jurídico, “tradicionalmente reguladas pelo legislador”. Porém, a constituição os quis reconhecer e, assim, assegurar-lhes “protecção especial na sua essência ou nos seus traços característicos”. Daí se perceber que as garantias institucionais podem ser *constitucionais*, quando contam com previsão nas constituições, ou meramente *legais*, se sediadas apenas na legislação infraconstitucional.

Já para SCHMITT (1996, p. 175), cada garantia institucional diz com “uma instituição juridicamente reconhecida, que, como tal, é sempre uma coisa circunscrita e delimitada, a serviço de certas tarefas e certos fins, mesmo quando as tarefas não estejam especializadas em particular e seja admissível uma certa ‘universalidade do círculo de atuação.’” Ao examinar a Constituição alemã de Weimar, SCHMITT deu como exemplos de garantias institucionais, entre outros, a família, a proibição de tribunais de exceção, a autonomia municipal, o matrimônio com base na vida familiar, o funcionalismo público burocratizado e a liberdade científica e de ensino. Também a atual Constituição alemã, segundo KLAUS STERN (1987, p. 275), garante institutos jurídicos de natureza tanto privada quanto pública, tal como a autonomia municipal, a escola privada e o direito à autodeterminação das igrejas.

No âmbito da Constituição de 1988, são também múltiplos os exemplos de instituições e institutos jurídicos públicos e privados protegidos por garantias institucionais decorrentes de normas constitucionais específicas: a *família*, o *casamento*, a *paternidade*, a *filiação*, a *adoção*, além da *coisa julgada*, a *propriedade*, a *herança*, a *imprensa*, a *autonomia universitária* etc.

Dessarte, o objetivo das garantias institucionais não é propriamente impedir a disciplina jurídica de certos institutos por parte do direito infraconstitucional, tampouco detalhar as particularidades ou o conteúdo exato com que devam ser disciplinados; é evitar que o Poder Público, sobretudo o legislador, suprima ou descaracterize determinados institutos e instituições ao discipliná-los juridicamente. Conforme lição de THOMA compilada por BONAVIDES (2002, p. 495-496), trata-se de “proibições dirigidas ao Legislativo para não ultrapassar na organização do instituto aqueles limites extremos, além dos quais o instituto como tal seria aniquilado ou desnaturalado.” Para BERNARDO FERNANDES (2013, p. 328), a intenção é proteger as instituições por meio da preservação das “suas características substantivas básicas”. Assim, como explica CANOTILHO (2007, p. 522), a proteção às garantias institucionais aproxima-se da proteção “dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do ‘mínimo essencial’ (núcleo essencial) das instituições”.

Nesse sentido, a Constituição brasileira vai além da simples proteção de certas instituições contra desvios ou abusos legislativos. Afinal, os próprios limites ao poder de reforma constitucional, embora direcionados aos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), acabam por garantir estabilidade ao núcleo essencial dos institutos jurídicos com os quais esses direitos e garantias mantêm relação. Para ilustrar com os exemplos anteriores, até mesmo uma emenda constitucional tem de preservar o núcleo essencial da propriedade privada e da coisa julgada previstas nos incisos XXII e XXXVI do art. 5º, ainda que elas não sejam propriamente direitos ou garantias individuais quando desvinculadas de objetos específicos, senão institutos genérica e abstratamente protegidos por garantias institucionais decorrentes de normas com *status* de cláusula pétreia.

Seja como for, ao se articularem a institutos atrelados a certos direitos e garantias constitucionais fundamentais, as garantias institucionais acabam, em termos objetivos, por proteger posições jurídicas de vantagem subjetiva, ainda que indiretamente. Por exemplo: os direitos do *proprietário* sobre certo bem são reflexamente protegidos pela proteção constitucional dado ao instituto da *propriedade* em si (art. 5º, XXII), muito embora caiba à lei disciplinar o regime jurídico e as relações jurídicas ligadas à propriedade. Da mesma forma, a despeito do poder conformação legislativa (v. art. 6º da LINDB), a referência constitucional a institutos como o “direito adquirido”, o “ato jurídico perfeito” e a “coisa julgada” protege as pessoas em geral contra o risco do esvaziamento legislativo da proibição constitucional da retroatividade normativa (art. 5º, XXXVI) (ver item 3.6.2 do Capítulo I da Seção II).

### 1.7. Direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material

Em *sentido formal*, direitos fundamentais são aqueles previstos nos ordenamentos jurídicos de cada Estado, seja em textos constitucionais dotados de hierarquia normativa superior, seja em outros tipos de diplomas normativos. É nesse sentido, por exemplo, a definição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, para quem os direitos fundamentais “são situações jurídicas (objetivas e subjetivas) definidas no direito positivo em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana” (1998a, p. 183).

Dessa maneira, os direitos fundamentais são estabelecidos pelos Estados por vários mecanismos, tais como: (a) em disposições do próprio texto constitucional; (b) em declarações específicas (conhecidas como “cartas de direitos”), como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789); (c) por meio de enunciações feitas em preâmbulos constitucionais (caso das Constituições francesas de 1798, 1795, 1848 e 1946); (d) mediante remissões a declarações de direitos já conhecidas (tal como o fizeram a Constituição francesa

de 1958 e a Constituição argentina de 1994, art. 75, § 22); ou (e) em disposições contidas em atos normativos infraconstitucionais.

► **Atenção!**

Segundo a doutrina majoritária, os direitos fundamentais fazem parte das “matérias constitucionais”, estejam ou não previstos em normas formalmente constitucionais. Daí, mesmo que estabelecidos somente em algum diploma infraconstitucional, as normas respectivas consideram-se materialmente constitucionais. Contra: DIMOULIS e MARTINS, para quem “não pode ser considerado como fundamental um direito criado pelo legislador ordinário, mas passível de revogação na primeira mudança da maioria parlamentar, por mais relevante e ‘fundamental’ que seja seu conteúdo” (2006, p. 55).

Já no *sentido material*, os direitos fundamentais são encarados sob metodologia jusnaturalista similar à que caracteriza o estudo dos “direitos humanos”. Assim, também os direitos fundamentais não seriam propriamente “estabelecidos” pelas normas constitucionais que os eventualmente possam catalogar. As normas internas, ao tratarem dos direitos fundamentais, estão apenas a “enunciar” direitos histórica e precedentemente conquistados pelas lutas sociais e pelo aprimoramento da convivência humana em sociedade. Nessa linha, seria equivocado entender que os direitos fundamentais, no sentido formal, possam resumir todo o catálogo dos direitos fundamentais num senso material, pois os direitos fundamentais estariam em estado contínuo de formação e já se considerariam “existentes” mesmo no período anterior ao respectivo reconhecimento formal pela ordem estatal.

### 1.8. Direitos fundamentais aglomerados (“cluster-rights”)

“Cluster-rights” (ou “direitos aglomerados”, em tradução livre) é expressão criada por JUDITH JARVIS THOMSON (1990, p. 155) para designar certos direitos fundamentais “que contêm outros direitos”. Exemplos são o direito à vida, à liberdade e o direito de propriedade. Nessa linha, não se trataria de direitos em sentido estrito, pois não vêm correlacionados a uma obrigação determinada.

Para THOMSON, se de um lado existem direitos qualificáveis como *pretensões* (“claims”) e, do outro, direitos que funcionam como *prerrogativas* (“privileges”), os “cluster-rights” englobariam ambas as modalidades. No caso ilustrativo do direito à liberdade, por exemplo, ele não se resume a uma prerrogativa em si. Afinal, a liberdade de fazer isto ou aquilo inclui a prerrogativas de fazer isto e a pretensão de não sofrer interferências enquanto se o faça. Assim, as “liberdades são aglomerados de direitos (“clusters of rights”), mas elas próprias são direitos”.

## 2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os antecedentes mais remotos da teoria dos direitos humanos/fundamentais, segundo ANDRÉ RAMOS TAVARES (2006, p. 395), estão relacionados ao *período axial* (entre os séculos VII e II a.C.). Época em que célebres pensadores como ZARATUSTRA, na Pérsia; BUDA, na Índia; CONFÚCIO, na China; PITÁGORAS, na Grécia; e DÊUTERO-ISAÍAS, em Israel, elaboraram ideias sobre a convivência humana já destituídas das explicações mitológicas então vigorantes.

Ainda em referência à Antiguidade, há quem identifique o **Cilindro de Ciro** (539 a.C.) como o mais longínquo precursor das declarações de direitos humanos. Trata-se de cilindro de argila, com impressões cuneiformes em baixo relevo, no qual foi transcrito o texto do decreto baixado pelo monarca persa Ciro II após derrotar o império babilônico. O decreto garantiria certa liberdade religiosa na Mesopotâmia, bem como autorizava que povos estrangeiros então exilados na Babilônia, incluindo os judeus, retornassem aos países de origem.

Na idade média, a partir da difusão do feudalismo, informa BISCARETTI DI RUFFIA (1984, p. 519), começa a se formar nos detentores de feudos, lentamente, a convicção estarem obrigados, “em relação à autoridade superior”, àquelas “prestações particulares (tributos, obrigações militares, etc.), voluntariamente aceitas no pacto de vassalagem”. Todavia, o conseqüente surgimento de direitos e de deveres públicos recíprocos se deu apenas entre o soberano e os respectivos feudatários, “enquanto que a massa submissa dos súditos ficava privada de toda defesa jurídica eficaz contra os próprios governantes.” Desse período medieval, destaque-se a **Magna Carta** de 1215, pacto solene firmado na Inglaterra entre o rei João Sem Terra e os barões da época, documento considerado o primeiro a afirmar direitos públicos dos cidadãos em face do governante.

Todavia, a concepção moderna dos direitos fundamentais é creditada às *teorias do direito natural* e às várias *tentativas de limitação do poder dos governantes*. Nesse sentido, também na Inglaterra, no curso das lutas contra o absolutismo monárquico, surgiram importantes documentos a limitarem os poderes governamentais, em especial, a *Petition of Rights* (1628), o “*Habeas Corpus*” Act (1679), e o *Bill of Rights* (1689).

Porém, como explica BISCARETTI DI RUFFIA (1984, p. 517), embora as declarações britânicas de direitos servissem como textos normativos idôneos para serem invocados nos tribunais, na tutela de interesses específicos e até da liberdade pessoal, nenhuma delas continha proclamações de alcance filosófico ou universal. Tratava-se “sempre de contingentes confirmações de antigos costumes e de preexistentes institutos jurídicos capazes de tutelar o indivíduo frente às ameaças da autoridade real.”

Bem por isso, a primeira declaração moderna de direitos, inspirada em ideais filosóficos iluministas de JOHN LOCKE, ROUSSEAU e MONTESQUIEU, foi a **Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia** (EUA, 1776). E a primeira declaração universal terá sido a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** (França, 1789), a partir da qual se reconheceu a pertinência de certos *direitos naturais* (portanto, invioláveis) a todos os homens e sociedades (*universalidade*).

Nada obstante, as declarações de direitos fundamentais permaneciam como simples enunciados político-ideológicos. Não eram vistas ainda como fonte de prerrogativas juridicamente a autonomamente exigíveis em face do Estado. Enquanto não existissem leis que os regulamentassem, os catálogos de direitos fundamentais não passavam de declarações políticas desprovidas de aplicabilidade direta. Ou seja, as declarações de direitos ainda não contavam com mecanismos jurídicos suficientes para dotá-las de eficácia concreta. Por isso, nos Estados europeus continentais do período, como expôs PIZZORUSSO (2001, p. 293), “a afirmação efetiva dos direitos resultou principalmente da obra dos códigos e, em particular, do Código Civil, frequentemente capaz de desenvolver, muito mais que a própria Constituição, o papel de uma declaração deste tipo.”

Para superar esse quadro de “apatia” jurídica, foi necessário implementar, então, a chamada *subjetivação dos direitos fundamentais*, *i.e.*, o reconhecimento jurídico-normativo de que o rol de direitos fundamentais integra o patrimônio jurídico de cada beneficiário e que as faculdades daí decorrentes são garantidas e podem ser exigidas em face do Estado, inclusive pela via judicial.

Esse processo de “subjetivação” teve início nos EUA na passagem do século XVIII para o XIX. O texto original da Constituição de 1787 não contemplava, propriamente, uma declaração de direitos fundamentais. Porém, essa lacuna foi suprida pela seqüência de emendas constitucionais aprovadas a partir de 1791, as quais formaram o catálogo de direitos fundamentais