

Artigos

Conceito de Inconstitucionalidade

Fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade

Paulo Serejo
Procurador do Distrito Federal e Advogado

Explicação Prévia

O objetivo do presente estudo é a concepção do conceito de inconstitucionalidade, para, a partir dele, explicar o controle de constitucionalidade na Dogmática Jurídica. Intenciona, portanto, uma *teoria do controle de constitucionalidade*.

Na primeira parte, procura-se fixar o conceito de inconstitucionalidade; na segunda, vai-se encontrar o emprego dele a alguns dos problemas relativos ao controle de constitucionalidade, a fim de mostrarem-se as conseqüências que decorrem de sua aplicação.

Aceita-se também que a compreensão de um fenômeno jurídico do ponto de vista apenas normativo ocasionará permanentemente contradições insolúveis, pois a vida é sempre surpreendente. É preciso que ela seja compreendida em seu movimento real, para que se encontrem pontos de apoio, onde se possa construir com segurança o Direito. O movimento da vida é o próprio movimento dos valores. "O valor é a revelação do dinamismo do ser", anota Mário Ferreira dos Santos(1). E o método que enseja a compreensão dinâmica da vida é o dialético, aqui aplicado.

Neste estudo busca-se compreender a inconstitucionalidade como fenômeno verificado, não criar métodos para sua verificação, o que competiria mais à Hermenêutica.(2)

É possível, hipótese de que ora não se tratou, que a inconstitucionalidade seja fenômeno autônomo dentro do Direito Constitucional, onde talvez não se encontre um gênero em que encaixá-la. Não é ela um conceito com que se trabalhe no âmbito da garantia da Constituição, como preferiu Jorge Miranda(3), senão antes o inverso. Na medida em que se queira unidade e eficácia à Constituição, nessa medida são criados modos de controle de constitucionalidade e estabelecidas sanções jurídicas. A inconstitucionalidade independe da garantia da Constituição. Considerada como desvalor oposto ao seu valor contrário (constitucionalidade), a inconstitucionalidade é que justifica o controle de normas e atos. Se é vista como um momento da garantia da Constituição, cuidar-se-á mais do controle da constitucionalidade e do modo de evitar a inconstitucionalidade do que da própria inconstitucionalidade – e foi o que fez Jorge Miranda em sua obra; se é percebida como um momento do Direito Constitucional, terá de fundar-se numa visão mais próxima à Filosofia do Direito, como anteviu Miranda(4) – e foi o que aqui pretendeu-se fazer.

Quem quer que pense sobre relações inter-subjetivas, pensará sobre a imposição e a força. Entretanto, o exame da inconstitucionalidade à luz do conceito de *poder*, no-lo dito por Diogo de Figueiredo a "relação na qual a vontade tem capacidade de produzir os efeitos desejados"(5), pareceu desnecessária, pois, é o próprio Diogo de Figueiredo quem diz, "o poder é instrumental em relação ao valor"(6). De fato, o poder pretende dar eficácia a uma conduta, que é dirigida para um fim, é orientada por um valor. O poder, portanto, é movido por valores. Como energia eficiente, o poder não é pernicioso. É a direção em que é empregado o que será ou não ruim e é isso o que se deseja controlar, o que não deixa de ser controle do próprio poder, quanto à sua tendência, quanto ao valor pelo qual é movido e que quer atualizar. Há sempre regresso ao tema do valor e por isso é sob essa ótica que a inconstitucionalidade deverá ser entendida.

O presente trabalho é ainda deficiente e não se há de buscar nele a exaustão da matéria, nem conclusões definitivas, se é que alguma conclusão humana pode almejar essa condição.

Introdução

A tudo o que o homem conhece, o homem dá um valor. Toda a atividade humana é essa seleção incessante, interminável, em que algo é escolhido enquanto algo é preterido. Seleccionamos as possibilidades que se nos apresentam mais convenientes, e afastamos as demais, não adequadas ao que queremos. Valoramos, positiva ou negativamente, mais ou menos, mas sempre. Toda nossa vida, nosso progresso ou nossa ruína,

decorre dessa atividade permanente de optar, de tornar presentes – ato – valores, reconhecendo nas coisas algo que é apropriado para a realização de nossos ideais, que são ainda valores. Damos às coisas, pelo que elas são, um valor utilitário, ético, científico, estético, religioso. E, conforme nosso espírito, estabelecemos ainda entre esses valores nossas hierarquias, dando mais valor a um valor e, por conseguinte, menos valor a outro valor, intensificando-os mais ou menos. Criamos escalas de valores, que se diversificam segundo os indivíduos, os grupos sociais, as nações. Os valores são um espelho em que nos reconhecemos, seduzidos ou horrorizados.

As valorações não surgem harmoniosamente na vida interna de uma sociedade, porque então teriam de seguir uma ordem universal e já estabelecida. Entretanto, ordem de valores é hierarquia de valores e esta dá-se *a posteriori* das valorações, que variam sempre. Não há, portanto, ordem estática. Onde há valor, há um tender. As ordens de valores mudam com as valorações, mas, em sentido inverso, os indivíduos sofrem a imposição de valorar de acordo com a ordem de valores socialmente aceita, cambiante e não-universal. Numa imagem menos técnica do que retórica, quando as valorações dos indivíduos buscam mudanças na ordem de valores geral do grupo, têm-se as lutas sociais e políticas; quando a ordem de valores geral pretende impedir valorações contrárias a si, surge a coerção.

No momento em que obtemos aquilo a que nos conduzia o valor, queremos conservá-lo, o que é também viver o valor, mas ainda mantemos nossa conduta no mesmo sentido, enquanto valer para nós. Se já não queremos algo, afastamo-lo, valoramos de novo, desintensando-lhe o valor.

Até a aceitação unânime de uma mesma hierarquia de valores, e ainda desconsiderando os erros inevitáveis na formulação dos juízos de conveniência, não impediria o surgimento de conflitos sociais, pois pode ser que a hierarquia pressuponha sempre a luta, como alguma que imponha aos indivíduos se subjuguem uns aos outros, elegendo o poder como valor supremo.

Os interesses econômicos chocam-se entre si; propostas políticas excluem-se mutuamente; preceitos religiosos contradizem-se; escolas estéticas e científicas, doutrinas éticas desprezam-se, ignoram-se e agridem-se. Mas também unem-se uns aos outros, apoiam-se e posições opostas conciliam-se, para apartarem-se novamente, num movimento permanente e quase imprevisível. E nesse movimento valores econômicos podem opor-se, não como polaridade, mas dialeticamente nas opções da vida, a valores estéticos e valores científicos a valores religiosos e valores éticos a econômicos e uns a vários outros, como podem harmonizar-se entre si.

Entretanto, isso não é indiferente para nós. A oposição entre valores, na vida, é oposição entre indivíduos, grupos sociais ou nações. É energia empregada para a prevalência desta ou daquela direção, enfim, luta. As oposições entre valores são inevitáveis, porque decorrem do juízo de conveniência e da ordem de valores (que é ainda juízo de conveniência), variáveis ao infinito, pelo sentir de cada homem, em seu ambiente, em suas circunstâncias, em sua cultura. Mas sendo, essas oposições, naturais ao homem, não impedem contudo que ele seja um ser social. Ao contrário, talvez se possa dizer que entre todos esses valores prevalece o de viver em sociedade, precisamente onde ocorrem os choques axiológicos, que apesar da violência de que são capazes, nunca lograram fazer do homem um ser solitário.

Toda sociedade escolhe princípios fundamentais, isto é, valores aos quais tudo o mais em sua vida deve subordinar-se⁽⁷⁾. Por isso é que é sociedade. Realmente, não haveria sociedade se certas regras não fossem aceitas por todos. Mesmo uma sociedade anarquista teria alguma regra, ao menos quanto à impossibilidade de serem criadas regras coercitivas em seu seio. Ao conjunto desses valores básicos chamamos Constituição.

Não vem ao propósito destas considerações o aprofundamento do conceito de Constituição, seja sobre o ângulo sociológico, político ou mesmo jurídico, pois numa visão dialética incluem-se todos aqueles aspectos. A Constituição vista pela Sociologia, pela Ciência Política, pelo Direito, ou por qualquer outra ciência não deixa de ser um conjunto de valores, que apenas passam a ser abstraídos como objeto delas, segundo se considerem as forças sociais, políticas, jurídicas, ou outras. É preciso que se tenha em mente que toda sociedade movimenta-se incessantemente e que não se convulsiona pela aceitação de princípios comuns, que lhe dão unidade e ordem.

Esses princípios superiores, sabe-se que são valores e que, por isso, chocam-se algumas vezes com valores não eleitos como constitutivos da sociedade. Decorre daí, necessariamente, que em toda sociedade haverá controle das opções face àquelas primordiais, que são a sua Constituição, seja pelo próprio grupo social (sanção moral), quando organizações simples, seja por instituição adrede preparada, nas sociedades politicamente organizadas (sanção jurídica). Esses valores básicos são sempre conhecidos numa sociedade, de forma clara ou nebulosa. Nos Estados modernos esses princípios básicos estão identificados na ordem jurídica, seja num texto escrito ou não.

Assim, a *inconstitucionalidade*, antes de ser um fenômeno puramente jurídico, é um fenômeno social, que o

Direito reconhece e regula.

I - A Inconstitucionalidade

1. Conceito de Inconstitucionalidade

1.1. A inconstitucionalidade como relação

O termo "constitucional" não é unívoco e, pois, deve-se distinguir-lhes os sentidos. "Constitucional" pode significar (1) os valores essenciais que dão unidade à sociedade. São aqueles encontrados na Constituição, que serão chamados constitutivos, para evitar a ambigüidade; (2) a qualidade que outro valor tem de ser conforme a valores constitutivos.

Para Lúcio Bittencourt, "a inconstitucionalidade é um estado – estado de conflito entre uma lei e a Constituição" (8). José Afonso da Silva, a respeito da inconstitucionalidade, fala-nos sobre "conformidade com os ditames constitucionais", a qual "não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição", mas ainda com o não "omitir a aplicação de normas constitucionais quando a Constituição assim o determina" (9). Darcy Azambuja diz que "toda a lei ordinária que, no todo ou em parte, contrarie ou transgrida um preceito da Constituição, diz-se *inconstitucional*" (10). Manoel Gonçalves Ferreira Filho, conceituando o controle de constitucionalidade, fala em "verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição". (11) Paulino Jacques anota que o problema da inconstitucionalidade refere-se "à sujeição da ordem legal à ordem constitucional" (12). Gomes Canotilho, sob a ótica do parâmetro constitucional, lembra o conceito clássico, aliás, como se viu, repetido por todos: "inconstitucional é toda lei que viola os preceitos constitucionais" (13), e a omissão inconstitucional esse autor vai tratá-la à parte, então definindo-a "principalmente, mas não exclusivamente, como omissão legislativa inconstitucional, o não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas". (14)

Essas definições são correntes e, por isso, não há necessidade de estendê-las ainda mais. Todas, entretanto, têm por defeito apenas descrever um aspecto do fenômeno da inconstitucionalidade, sem chegar às suas notas essenciais, invariantes, que devem formar o conceito.

Olhando-as com mais atenção, vê-se que elas fazem sempre uso da mesma idéia de *relação* entre termos que se opõem. As palavras "conformidade", "adequação", "conflito", "sujeição" etc. deixam clara essa afirmação. Em todas as definições de inconstitucionalidade, e *contrario sensu* de constitucionalidade, os doutrinadores anuem nessa idéia, embora nem sempre a explicitem ou lhe dêem a importância devida.

A inconstitucionalidade ou a constitucionalidade são aferidas sempre entre dois termos, a norma ou a ausência dela (omissão) – valoração atualizada – e a Constituição, isto é, um valor constitutivo. São, portanto, antes de mais nada uma *relação*, aquela contrária, esta coincidente, entre valores inseridos no mundo jurídico.

Tal noção pode ser encontrada dita de modo expreso por Jorge Miranda, cujas exatas primeiras palavras em sua obra *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade* são estas: "constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — uma norma ou um acto — que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido". (15)

Em segundo lugar, o conceito atual de inconstitucionalidade costuma considerar isoladamente a existência de uma norma ou de uma omissão do legislador, utilizando-se, portanto, de elementos contingenciais, que podem ou não estar presentes. Se ela acontece em duas situações diferentes, é preciso que se busque a nota distintiva de uma e de outra, a fim de ser construído o conceito de inconstitucionalidade. Deve haver algo na norma e na omissão que as igualem. Algo que faz com que ambas possam ser consideradas em face da Constituição. Falar em ato positivo e ato negativo do legislador seria apenas dar nomes diferentes às mesmas coisas, norma e omissão.

O denominador comum das duas hipóteses é aquilo que as antecede. É o valor atualizado pelo legislador, o qual corresponde à dinamicidade da vida, que desejamos ordenar. O valor manifestado, capaz de conduzir-nos em desconformidade com um valor constitutivo, precisa ser reformado, adequando-se aos valores essenciais. É esse aspecto negativo, socialmente maléfico, que há de ser extirpado e pouco nos importa se essa valoração o agente mostra-a cruzando os braços ou através de um ato positivo, pois é a ele, o valor, que iremos controlar.

O Direito, se afastado da vida social, não faz sentido. E a vida humana são as escolhas que fez ao longo da História, as opções que faz e que fará amanhã. O que queremos no controle de constitucionalidade é o impedimento de atualizações de valores contrários àqueles constitutivos, ou, noutras palavras, contribuir para

a máxima eficácia da Constituição.

O conceito de inconstitucionalidade, na Dogmática, ensejará a garantia da Constituição.

Firme-se, pelo até agora exposto, esta noção de inconstitucionalidade: *é a relação contrária entre um valor atualizado e um valor constitutivo; a constitucionalidade, o inverso.*

1.2. O aspecto trilátero da relação de inconstitucionalidade

Mas saber que a inconstitucionalidade é uma relação, e uma relação em que um de seus termos é um valor atual, ainda não explica tudo.

A inconstitucionalidade é uma relação contrária de valores e é para nós um valor. É valor porque a rejeitamos, desejamos que ela não exista. E sendo para nós um valor, implica o seu valor contrário, pois os valores são polares. A inconstitucionalidade para nós é um valor negativo (desvalor) e, portanto, *não deve ser*. A ela corresponde o que *deve ser*, isto é, a constitucionalidade, para nós um valor positivo e em si uma relação coincidente de valores. Queremos realizar nossos valores constitutivos e impedir que sejam violados.

Assim como a inconstitucionalidade, vista como unidade (externamente), é um valor negativo para nós e implica uma constitucionalidade que desejamos; vista como relação (internamente) o valor contrário aos valores constitutivos, que constitui um de seus termos, é também um desvalor que implica o seu contrário, isto é, um valor possível harmônico com aqueles valores essenciais e não atualizado (em potência). Tomando o exemplo da Constituição brasileira, uma norma que suprima o direito de defesa é um desvalor em relação à Constituição e essa relação de contrariedade que a norma mantém com a Constituição é também um desvalor, outro que aquele.

Toda inconstitucionalidade é uma relação contrária entre valores que implica uma constitucionalidade (relação coincidente de valores) em potência, não atualizada. A inconstitucionalidade ocorre porque houve uma opção, uma escolha, o que é necessário, porque os termos de sua relação são valores. Ora, onde há opção, há preferência e há preterição. Realmente, pode-se descrever a inconstitucionalidade como a atualização, pela preferência do agente, de um valor contrário aos valores constitutivos e simultaneamente a preterição de um valor coincidente com eles.

A inconstitucionalidade mostra-se, assim, como uma relação trilateral entre valores, sendo o primeiro um valor constitutivo da sociedade, outro um valor atualizado contra este primeiro (entre os quais dá-se o choque axiológico) e o terceiro, o valor em potência e harmônico com o valor constitutivo, polar ao segundo: a Constituição, um valor atualizado (norma ou omissão) contra ela e a possibilidade de atualização diversa (valor em potência).

A aceitação desse terceiro termo, um valor constitucional em potência e não atualizado, é necessária, porque se não houvesse tal possibilidade, não haveria liberdade de escolha, o que significa dizer que não haveria a *própria* escolha. Não se estaria diante de algo a ser construído pelo homem, mas do "dado". De modo que se se retira a constitucionalidade em potência da noção de inconstitucionalidade, acaba-se com a própria noção de inconstitucionalidade, porque esta seria um fato e fato não contraria a Constituição. Podemos dar a um fato um valor, podemos considerá-lo nefasto ou benfazejo, mas não inconstitucional, porque fato em si mesmo não é valor humano.

Toda inconstitucionalidade possui essa feição trilátera. A norma ou a omissão inconstitucionais implicam uma opção possível (atualização de um valor) e não feita, pois da noção de Constituição decorre a possibilidade de sua realização, sem a qual ficaria excluída a própria noção de valores, em que consiste a Constituição. O reconhecimento desse terceiro termo é que permitirá o controle de constitucionalidade, como ainda se verá, pois não se poderia exigir do legislador o impossível.⁽¹⁶⁾

Vale dizer, a toda valoração *constitucional* tornada ato normativo (atualizada como norma) corresponde uma valoração *inconstitucional* não atualizada (em potência). *Contrario sensu*, a toda valoração convertida em ato *contrário* aos valores constitutivos corresponderá uma constitucional possível e não atualizada. A norma inconstitucional, portanto, indica uma omissão do legislador em agir conforme aos valores constitutivos.

Da mesma forma, sempre que houver um valor atualizado numa omissão, quando os valores constitutivos exigiam a ação legislativa (omissão inconstitucional), haverá um outro valor possível que realizava a Constituição, pois de outro modo não ocorreria, como visto, inconstitucionalidade.

1.3. Conceito jurídico de inconstitucionalidade

A noção até agora delineada, contudo, é ainda muito ampla. Apesar das alusões feitas a conceitos próprios

dos ordenamentos jurídicos modernos, o que foi dito sobre inconstitucionalidade adequa-se a qualquer oposição entre valores constitutivos de uma sociedade, quer seja vista como grupo social (uma tribo indígena, p. ex.), quer vista como pessoa jurídica de direito privado, quer vista como pessoa jurídica de direito público.⁽¹⁷⁾

Para o Direito, de cujo vocabulário técnico decorre a palavra "inconstitucionalidade", a noção deve ser mais restrita. Ao termo "Constituição" devem ser acrescidos aqueles predicados a ele atribuídos pelo Direito Constitucional, isto é, o conjunto de normas jurídicas que presidem o ordenamento jurídico de um Estado moderno; por "valor atualizado" deve-se entender aquele eleito pela autoridade ou órgão competente para produzir normas (legislador).

Limitados assim esses termos, resta ainda um último elemento essencial à definição de inconstitucionalidade, sem o qual não é possível a construção do seu conceito *jurídico*: enquanto a atualização da constitucionalidade em potência, oposta ao valor atualizado contrário à Constituição, *não for exigível*, presentemente, do legislador, a inconstitucionalidade não é relevante para o Direito.

Os valores que poderão ser atualizados, ou intensificados, num futuro não antevisto, como a Justiça que ainda não conhecemos e a Igualdade de que ainda não somos capazes, interessa à Filosofia primeiramente. Depois realizaremos esses valores, pouco a pouco, no curso da História e serão objetos da Ciência Política⁽¹⁸⁾, da Sociologia⁽¹⁹⁾ ou da Antropologia. Ao Direito, mais especificamente ao Direito Constitucional, esses valores só serão relevantes quando alcançarem um grau de intensidade tal que seja exigível do legislador conduta consentânea com eles. Há um momento na História em que os valores ingressam no mundo jurídico, onde *devem ser imperativamente*. Esse momento é caracterizado pela *exigibilidade da conduta* conforme a eles.

Resumindo o que até agora foi dito, o conceito *puramente jurídico* de inconstitucionalidade é a *relação trilateral entre um valor atual contrário à Constituição, a Constituição e um valor possível (em potência), cuja atualização é exigível do legislador*. Estão presentes nessa definição a liberdade de escolha e a relação entre o valor atual e os valores essenciais. Esse conceito dará ao controle de constitucionalidade mais coerência e eficácia.

2. A inconstitucionalidade perante as Constituições flexíveis (20)

Se o conceito ora proposto tem a pretensão de adequar-se a qualquer ordenamento jurídico, é preciso que se preste também àqueles cuja Constituição é flexível.

Note-se que a Constituição flexível, antes de ser flexível, é Constituição: nisso se iguala às Constituições rígidas. Sempre haverá valores essenciais à sociedade politicamente organizada e condutas contrárias a eles. Por esse modo de ver, não há como negar a existência de inconstitucionalidade face a Constituições flexíveis.

Costuma-se tratar diferentemente, com relação às Constituições flexíveis, as inconstitucionalidades material e formal.

As inconstitucionalidades materiais seriam insuscetíveis de ocorrer face às Constituições flexíveis, pelo argumento de Lourival Vilanova, segundo o qual em vez de haver inconstitucionalidade, o Estado se constituiria de modo diverso cada vez que se legisse sobre matéria constitucional ⁽²¹⁾. Mas as inconstitucionalidades não se verificam somente em relação a leis ou a omissões do Poder Legislativo, senão ainda relativamente a normas ou omissões das autoridades administrativas ⁽²²⁾. E se se compreende a inconstitucionalidade de modo amplo, como fato social, há inconstitucionalidade numa conduta qualquer (atualização de um valor) contrária à Constituição, o que não significa que poderá ser sempre objeto de controle, pois aquela não implica este necessariamente. Nos países de Constituição flexível o controle será muito mais político do que jurídico.

Com relação à inconstitucionalidade formal, menos controvertida, o desatendimento a normas de produção de outras normas é também um desvalor. Como choque axiológico, o fenômeno aqui se dá igualmente ao verificado na inconstitucionalidade material. A diferença entre inconstitucionalidade formal e material, sob esse aspecto, é irrelevante.

A repulsa à aceitação da possibilidade de inconstitucionalidades ocorrerem relativamente a Constituições flexíveis dá-se pela fluidez dos valores postos nestas Constituições, somada à confusão que se faz entre inconstitucionalidade e o controle dela. O problema do controle da constitucionalidade não é o mesmo do conceito de inconstitucionalidade e a aparente volubilidade dos valores das Constituições flexíveis não significa obviamente que não existam valores constantes ou Constituição.

3. A inconstitucionalidade perante as normas programáticas, supraprogramáticas, imediatamente preceptivas e de eficácia diferida

Sem se pretender assumir uma posição doutrinária com relação à classificação das normas constitucionais, adotou-se aqui a explanada pelo professor Paulo Bonavides com apoio da lição de Crisafulli, segundo a qual as normas da Constituição são programáticas, imediatamente preceptivas ou de eficácia diferida (23). As normas programáticas, aquelas que estabelecem para o legislador um programa de ação, poderiam ainda ser entendidas em sentido amplo, como normas-princípios, subordinantes do ordenamento jurídico (24). A essas normas generalíssimas, de eficácia imediata (25), que não são quaisquer princípios, mas os princípios máximos, chamar-se-á, para o fim de ficarem distinguidas assim das programáticas propriamente ditas como daquelas que fixam princípios menores, supraprogramáticas, correspondendo ao sentido amplo utilizado por aquele professor.

Os valores supremos da Constituição, os quais consistem nas normas supraprogramáticas, são tomados de forma ideal, quer aceitos com existência de *per sí*, quer olhados como fruto do poder de síntese do espírito humano na História. São de extensão máxima.

Enquanto as normas programáticas caracterizam-se, com relação aos destinatários, por dirigirem-se ao legislador, as normas supraprogramáticas falam não só ao legislador, mas a todos os cidadãos. Assim, a igualdade perante a lei (como dever, não como direito, está claro) é preceito programático, porque se volta para o Estado, mas a Igualdade é princípio dirigido a todos os cidadãos, a qual deve ser observada mesmo em relações privadas.

É próprio dos valores o serem sempre e cada vez mais realizados. O que dele foi obtido, vale, por isso que aspiramos conservá-lo; mas ele não se esgota aí, pois sempre poderá ser mais realizado em novos fatos da vida, porque os valores dão um sentido, uma direção, uma tendência à ação do homem.

As normas imediatamente preceptivas, entretanto, indicam uma conduta próxima, imediata, que pode ser realizada plenamente diversas vezes, como a realização de concurso público para o preenchimento de cargos públicos; as de eficácia diferida apontam a afirmação de um valor, que também pode ser perfeitamente observado, mas elas são de aplicação dependente de providências legislativas.

O valor que contêm as normas imediatamente preceptivas, como as de eficácia diferida, pode ser plenamente seguido, a despeito de não se exaurir nesta observância. Relativamente a tais normas, o legislador pode agir perfeitamente. As normas programáticas e ainda mais as supraprogramáticas, os valores que guardam em si são de observação bem mais difícil, em razão de sua enorme abrangência. Está-se, como se vê, em face de graus de realização dos valores.

As normas supraprogramáticas, em que se incluem princípios implícitos, tomam a potencialidade total dos valores a que se referem. Sobre a liberdade, falam-nos não da nossa, nem dessa ou daquela, mas de *toda* a liberdade possível.

A dificuldade de realização desses valores não deve ser atribuída à característica que têm os valores, todos, de serem inexauríveis; quer dizer apenas que alguns valores podem ser seguidos, já que apontam uma tendência, mais que outros; por uns podemos dar um sentido perfeito à nossa conduta, por outros nossa conduta será mais incerta, mais insegura. Com relação a esses é que os problemas existenciais se avultam e parece muitas vezes que estamos perdidos.

O assunto toca o processo de inconstitucionalização das leis e a intensidade dos valores, tratados mais adiante.

Considerando que a relação entre valores infraconstitutivos e constitutivos caracteriza inúmeras constitucionalidades e inconstitucionalidades, podemos notar o seguinte:

- 1) a toda norma constitucional corresponde um valor contrária à Constituição e não atualizado (em potência);
- 2) a toda norma inconstitucional corresponde um valor coincidente com a Constituição e não atualizado;
- 3) a toda omissão inconstitucional corresponde um valor possível que realiza a Constituição e não atualizado;
- 4) a todo valor não atualizado contra a Constituição ("omissão" constitucional) corresponde um valor inconstitucional não atualizado.

Enfim, a toda valor conforme à Constituição corresponde um valor a ela contrário e vice-versa.

4. Noção de intensidade da inconstitucionalidade

Os valores de que se está tratando (26) são suscetíveis de maior ou menor intensificação, pois são fruto do

espírito humano no exercício de sua liberdade. Uma inconstitucionalidade qualquer, sendo um valor, poderá ser mais ou menos intensa, conforme o grau de contrariedade que tenha em relação aos valores fundamentais, o que depende de nossa contínua ação valorativa, em seu curso histórico. Assim, uma mesma inconstitucionalidade poderá variar no tempo de mais intensa a menos intensa e vice-versa.

O princípio da razoabilidade prende-se estreitamente à noção de intensidade dos valores, porque irrazoável, o que não pode ter razão, é aquilo que se afasta das valorações comuns, do entendimento do homem comum. O que é justo hoje é o que hoje achamos justo e a valoração de justiça que se afasta demais dessa noção comum de justiça não pode ser sustentada; é irrazoável.

A compreensão de que a inconstitucionalidade é um valor e como tal varia de intensidade pela valoração do homem é importante para a explicação de como alguns choques de valores infraconstitutivos com valores constitutivos passam a interessar ao mundo jurídico, bem como para a solução do problema do processo de inconstitucionalização das leis e do controle de constitucionalidade face a normas supraprogramáticas.

II - Controle de Constitucionalidade e o Conceito de Inconstitucionalidade

1. Noção preliminar

É comum pensar-se na inconstitucionalidade como garantia da Constituição. Mas a inconstitucionalidade é algo que contraria a Constituição, apenas. Daí, só com base em sua constatação, não decorre nenhuma consequência. Seus efeitos já são outra coisa. Pode-se imaginar um ordenamento fundado numa Constituição rígida que não previsse nenhuma consequência para leis inconstitucionais, fazendo da Constituição uma *lex imperfecta*. Juridicamente, pode não haver sanção e sanção é garantia. Donde se conclui que a garantia da Constituição é a sanção imposta à sua quebra, só possível onde exista um processo de controle, qualquer que seja ele.

O conceito de inconstitucionalidade não coincide com o que normalmente se aceita, segundo o qual toda inconstitucionalidade pode ser objeto de controle. A inconstitucionalidade antecede logicamente o controle de constitucionalidade e não há de ser compreendida a partir dele. Algumas inconstitucionalidades podem ser objeto de controle, outras não. *As inconstitucionalidades que podem ser objeto de controle são aquelas definidas juridicamente*. E ainda assim dependendo do que dispõe dado ordenamento jurídico, que entre diversas inconstitucionalidades jurídicas bem poderá selecionar aquelas que deseja submeter a algum processo de controle.

É essencial à noção de controle de constitucionalidade a exigibilidade de conduta diversa.

Por outro lado, pode-se construir um conceito de controle de constitucionalidade simétrico ao de inconstitucionalidade, de modo que toda inconstitucionalidade, mesmo as que não importam ao Direito, teriam alguma forma de controle social. Seria o caso da sanção moral, por exemplo, verificada por ocasião de conduta contrária a um valor constitutivo de uma sociedade qualquer.

Além disso, mesmo a interpretação das normas infraconstitutivas e da própria Constituição poderia ser considerada um tipo de controle *jurídico*, na medida em que por meio dela procuramos afastar valores opostos aos valores constitutivos e realizar aqueles que se harmonizam com eles.

É preciso não confundir a fiscalização, o controle da atualização de valores face a valores constitutivos, com o instrumento de que se serve um ordenamento jurídico para realizá-la. Ações judiciais, por exemplo, que tenham por objeto o controle constitucional são instrumento do controle, não o próprio controle, que pode manifestar-se por outras maneiras, como se sabe. Controle de constitucionalidade, em sentido amplo, é a fiscalização, prévia ou posterior, da atualização de valores face aos valores constitutivos e, quando houver um *sistema* de valores constitutivos, desses próprios valores face à sua organização sistemática.

2. Finalidade do Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade deve ser compreendido a partir de sua finalidade, sem a qual, aliás, o Direito não faz sentido. "Um fim outra coisa não é senão um valor posto e reconhecido como motivo de sua conduta", diz Reale (27).

O motivo do controle de constitucionalidade é a manutenção da unidade do ordenamento jurídico, impedindo a subversão dos valores hierarquizados na Constituição; em consequência, é a manutenção dos valores que presidem a sociedade, pela exclusão de escolhas feitas contra os princípios comuns. Controle é defesa da Constituição, observando seus valores, para afastar os que lhe são impróprios. Tem mesmo razão o Ministro Hermes Lima, quando diz que "a melhor defesa estará num regime de liberdade política – liberdade de pensamento e palavra – e na formação moral e intelectual dos governantes" (28), porque assim o controle é

prévio, feito no momento mesmo das valorações.

O controle de constitucionalidade pretende que a ordem de valores máximos do grupo social – a Constituição – não seja alterada ilegitimamente. Contribui, dessa maneira, para que a ordem geral de valores prevaleça sobre as valorações individuais ou setoriais, as quais só hão de influir naquela ordem geral de valores na forma como ela própria tiver estabelecido, o que se traduz na legitimidade do processo político e na segurança jurídica.

Assim, é pelo grau de realização de sua finalidade que se pode avaliar a excelência do controle de constitucionalidade. Será ele tão melhor quanto mais impedir a atualização de valores contrários à Constituição.

3. Objeto do Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade terá por objeto o exame da relação trilateral de valores, com o fim de dizer se a natureza entre seus termos atuais é contrária ou coincidente e, daí, determinar as conseqüências próprias do ordenamento jurídico em que é feito. Qual dos dois valores (o infraconstitutivo atualizado e o constitutivo) será excluído do ordenamento jurídico é o que resolve a noção de supremacia constitucional, o que significa dizer que o controle de constitucionalidade não terá por objeto dizer qual valor deve prevalecer, pois isto já está posto na própria Constituição (29).

4. Solução de problemas do controle de constitucionalidade

4.1. Declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade

Há na doutrina problema da maior relevância para a aplicação das normas da Constituição, consistente na omissão parcial do legislador. É possível que o legislador atenda a determinado preceito constitucional, mas de modo imperfeito, quando lhe era exigível, nos termos da Constituição, o cumprimento total dele. O exemplo clássico é o do salário mínimo.

A Constituição, quando ordena que se normatize determinada matéria, pode fazê-lo tanto por um comando singelo (p. ex. normatize-se o direito de greve), como por um comando complexo (p. ex. normatize-se o salário mínimo, de modo que garanta a alimentação, o transporte, a moradia etc.). No caso do comando singelo, a inconstitucionalidade, emitido o ato normativo, só poderá verificar-se se se tiver negado (também considerada a irrazoabilidade como negação) o direito de greve, porque o comando constitucional nada dispôs sobre o exercício do direito de greve; apenas impunha sua afirmação. Entretanto, o que se passa com o comando complexo é diferente. Nele a Constituição não se limita a afirmar "algo", mas "algo de algum modo". Nesse caso, quando a norma afirma o "algo", mas não inteiramente "do modo" como quis a Constituição, entende-se que a norma é inconstitucional, mas não deverá ser decretada nula, porque evidentemente sem ela – pense-se na lei do salário mínimo – a ordem constitucional seria ainda mais violada.

Assim, afirma-se a possibilidade de aplicação de lei inconstitucional.

A expressão é incoerente e desnecessária face ao estágio dos estudos sobre a inconstitucionalidade. A supremacia constitucional é um valor fundamental para toda e qualquer sociedade. Toda inconstitucionalidade é uma ruptura, no Estado, enquanto noção jurídica, cuja unidade é dada pela Constituição, e na sociedade, cujos valores ficam negados. E sendo ruptura, a inconstitucionalidade é uma crise, estatal e social. É inconcebível, portanto, que se admita a aplicação – a produção de efeitos – de norma que nos conduza a sentido diverso do estabelecido na Constituição.

No caso de omissão parcial do legislador, anota o Professor Gilmar Ferreira Mendes, a Corte Constitucional alemã entende que "a ofensa constitucional decorre não da regulação, mas de sua incompletude" (30). Essa incompletude é uma deficiência, uma ausência do que nela deveria existir, mas não existe. Sem dúvida, essa deficiência é uma inconstitucionalidade, ou, nas palavras ainda do eminente Professor Gilmar Mendes, "a declaração da inconstitucionalidade de uma omissão parcial do legislador (...) contém, implicitamente, uma afirmação sobre a inconstitucionalidade da lei" (31). Mas há aí uma abstração que tem sido a causa da afirmação de que uma lei inconstitucional pode ser aplicada.

A lei deficiente possui também uma perfeição, tanto que não há de ser decretada nula. De algum modo essa lei realiza a Constituição. O valor que ela contém harmoniza-se com o valor constitutivo, a que se subordina. Ora, o que desejamos controlar são os valores opostos à Constituição.

A deficiência da lei aponta um comportamento do legislador: é a prova de uma valoração que a ordem constitucional repudia.

No caso da omissão parcial, que é que se opõe à Constituição? É a opção que se fez norma, que realiza a Constituição, ou a opção de não fazer, que se constituiu numa omissão contrária à Constituição? Claro está, como assente na doutrina, que o caso é de inconstitucionalidade por omissão. O objeto do controle de constitucionalidade é a omissão do legislador, não a norma.

A deficiência da norma não é o objeto do controle, mas o indicativo de que o legislador omitiu-se, de que atualizou um valor, pela sua inércia, contrário à Constituição. É preciso reconhecer essa deficiência, porque se ela não existisse, como afirmar que o legislador não cumpriu o comando constitucional? Mas essa deficiência é a ausência de um valor que deveria estar presente e não está e, simultaneamente, a presença de um valor que não deveria existir atualmente, mas existe, pela omissão do legislador (trilateralidade da inconstitucionalidade).

A decisão que reconhece a deficiência numa lei e declara a inconstitucionalidade da omissão do legislador afirma também a constitucionalidade dos termos da norma. Então, pode-se acrescentar à doutrina do Professor Gilmar Mendes que se a declaração da inconstitucionalidade de uma omissão parcial do legislador contém, implicitamente, uma afirmação sobre a inconstitucionalidade da lei, toda afirmação de inconstitucionalidade parcial é também uma afirmação, implícita, sobre sua constitucionalidade. É por essa constitucionalidade, por aquilo que realiza a Constituição, que a lei deve continuar em vigor.

Poder-se-ia argüir que não é possível afirmar que uma lei é constitucional e inconstitucional ao mesmo tempo. A impossibilidade é apenas aparente, pois não estamos no campo da lógica formal, que trabalha com situações estáticas e ideais, mas no campo da dialética, que procura conhecer a realidade, sempre dinâmica. A lei deficiente é constitucional naquilo que realiza a Constituição e inconstitucional naquilo que deixa de realizar e esse *deixar de realizar* é a omissão do legislador.

Desse modo, não há aplicação de lei inconstitucional. O que se aplica da lei é constitucional. Não há valores nos termos da lei que neguem a Constituição. Os efeitos que produz realizam a Constituição. De nada adiantaria – e sem efeitos práticos o Direito não tem sentido – declarar a inconstitucionalidade da lei, naquilo que se opõe à Constituição, pois nesse ponto sua deficiência é, como dito, uma ausência, uma omissão. A inconstitucionalidade a ser declarada é a da omissão do legislador.

4.2. A hierarquia de valores na Constituição: controle da constitucionalidade de suas normas.

É ponto pacífico entre os filósofos a existência de hierarquias de valores e entre os juristas a existência de hierarquia de valores afirmados em normas de categorias diferentes. Mas aqui o que interessa é a existência de hierarquia *na* Constituição.

A hierarquia de valores na Constituição não estabelece normas de categorias diferentes. São coisas distintas hierarquias de valores e hierarquias de normas: aquela refere-se à intensidade dos valores para nós; esta, à cadeia de validade jurídica das normas (32).

As normas da Constituição, todas têm o mesmo *status* constitucional, o que significa dizer que a hierarquia de valores nela tem por objetivo estabelecer as interpretações possíveis, que realizem a unidade da Constituição. A aceitação de uma hierarquia de valores, nesse sentido, não implica a negação da unidade da Constituição, senão que a afirma, como conjunto coerente e sistêmico.

Há hierarquia de valores, porque o constituinte, ao eleger um valor já terá de escolher outro que com ele se ajuste, pois valores dirigem nossas escolhas.

Pode-se argumentar contrariamente ao reconhecimento da hierarquia com a observação de que as escolhas de valores, mesmo os fundamentais, não são feitas exatamente e de forma igual por toda a sociedade. As Constituições representam, em parte, as escolhas feitas pelo setor social mais forte. Além disso, as valorações são feitas infinitamente e cada fato ou conduta pode ser valorada de modo diverso pelos grupos e indivíduos. As próprias normas são valoradas diferentemente e a interpretação delas varia enormemente (33). Não haveria, assim, hierarquia.

O problema passa pela longa discussão sobre se o Direito pode conduzir-nos a verdadeiro progresso ou se é apenas instrumento da dominação de uma classe sobre outra, problema cuja solução as presentes anotações não comportam. Considere-se, no entanto, que a Dogmática Jurídica não possui instrumentos para compreender ou solucionar tal questão. O problema há de ser compreendido em suas múltiplas facetas e tratadas primeiramente na Filosofia do Direito, para só então passar à Dogmática. De qualquer modo, parece que a solução só pode estar em estabelecermos valores primordiais, seja reconhecendo sua existência de *per sí*, como entre nós faz Mário Ferreira dos Santos, seja reconhecendo sua incorporação permanente na consciência humana através da História, como é a posição de Miguel Reale. Mas reconhecendo-os. Muitos desses valores essenciais já se encontram inscritos na maioria das Constituições, o que demonstra que o

Direito, apesar de seus evidentes desvios, leva-nos, como um rio sinuoso vai-se para o estuário, a um ponto de maior estabilidade.

Depois, o que importa não é o reconhecimento universal de uma determinada hierarquia de valores na Constituição. A unanimidade é impossível. O que importa é o reconhecimento de uma hierarquia que vincula, tarefa que incumbe à Suprema Corte.

Ainda contra a idéia de hierarquia de valores na Constituição, pode-se dizer que a interpretação constitucional prescinde da hierarquia, pois o que na verdade se faz não é estabelecer, diante de um fato concreto, a prevalência de uma norma sobre outra, mas definir o âmbito de incidência de uma e de outra.

Mas como é que se estabelece o limite de uma norma constitucional, senão examinando-a face aos fatos, observando acuradamente a conveniência da aplicação deste ou daquele comando? Esse juízo de conveniência é o estabelecimento da hierarquia, pois estamos dizendo que, diante de dois valores *possíveis*, um vale mais que outro.

Assim, há uma hierarquia de valores em tese na Constituição, mas há – e aqui é que se situam os maiores problemas – uma hierarquia estabelecida em razão dos fatos, a qual se vai construindo e complicando-se no aperfeiçoamento da aplicação da Constituição.

O direito de greve é um valor para nós; achamo-lo conveniente à nossa sociedade. Mas conveniente na medida de sua contribuição para a limitação da exploração econômica de uns sobre outros, limitação que tende a realizar a justiça social, que por sua vez é justiça. Se somos uma república, temos de realizar a igualdade de todos os cidadãos, de onde o tratamento isonômico devido pela Administração Pública aos administrados e a exigência de concurso público e licitação. A liberdade de expressão decorre do fato de sermos uma democracia, o que implica aceitação da pluralidade de discursos etc. Muitas outras interpretações naturalmente seriam possíveis.

Mas diante de um caso concreto cujos contornos não sejam claros ou não tenham sido antevistos pelo legislador, como decidir sobre a aplicação da norma que estabelece o direito à propriedade ou sobre a aplicação daquela que determina atenda a propriedade à sua função social? Nesse caso, terá de decidir-se sobre a prevalência de um dos dois valores, sendo qualquer um dos dois possíveis. Uma hierarquia terá de ser determinada, a qual valerá para os demais casos semelhantes. Assim a Constituição vai tomando corpo e vida.

Na busca da hierarquia dos valores é possível que se encontrem necessariamente valores implícitos na Constituição. Assim, da justiça, da igualdade, da liberdade, é possível que se diga que se fundam no amor, de forma necessária. Entretanto, não é o caso de se discutir qual a ordem de valores deve prevalecer. Isso é algo que antecede a Constituição. A ordem de valores, para compreensão da inconstitucionalidade, é aquela que está posta na Constituição.

Aceita a existência de uma hierarquia de valores na Constituição, põe-se o problema da possibilidade de normas da própria Constituição oporem-se a ela mesma. Concede-se que esse fato pode ocorrer, quando a norma tiver sido editada pelo constituinte derivado, isto é, quando se tratar de emendas constitucionais, mas com relação a normas da Constituição dispostas pelo constituinte originário, a doutrina parece repudiar tal possibilidade (34).

Contudo, esse problema só poderá apresentar-se de duas maneiras: ou uma norma da Constituição viola de tal modo uma outra, que não possa ser interpretada harmonicamente (coisa que dificilmente ocorrerá), e fatalmente uma delas deixará de ser aplicada, ainda que permaneça em vigor; ou a norma da Constituição que contraria uma outra pode ser interpretada de modo harmônico. Nas duas hipóteses reconhece-se uma hierarquia, uma prevalência de um valor constitutivo sobre outro. No primeiro caso, a sociedade seguirá mais constantemente um valor e afastará mais seguidamente o outro e os tribunais dirão que os fatos em apreço nas lides regulam-se por aquele valor e não por este, que vai ficando esquecido. No segundo caso, tem-se o dia-a-dia do Supremo Tribunal Federal, sempre delimitando o âmbito das normas, fixando-lhes o sentido e, portanto, excluindo interpretações que retirem da Constituição a unidade que deve ter. Desse modo, normas constitucionais do constituinte originário não só podem como devem ser interpretadas conforme a Constituição tomada como um todo. Trata-se da interpretação sistemática.

Todavia, como não há hierarquia de normas, sob o aspecto da validade jurídica, na Constituição, não se pode dizer que uma norma deva prevalecer sobre outra, para retirá-la do ordenamento jurídico. É, portanto, impossível o controle de constitucionalidade entre normas constitutivas. Entretanto, se se entender que a interpretação constitucional é num certo sentido controle da Constituição, porque ela tem uma vontade global, expressa em seu sistema, o controle de normas da própria Constituição é não apenas possível, como inevitável.

4.3. Controle de inconstitucionalidade face a normas supraprogramáticas

As normas supraprogramáticas não são destituídas de nenhum mandamento, pois que então juridicamente não teriam sentido. Elas impõem a escolha de certos valores e a preterição de outros. Se a Constituição determina como valor fundamental a Justiça, precisamos ser justos. Portanto, em toda norma supraprogramática há preceptividade.

Essa afirmação, no entanto, logo suscita a indagação sobre se é possível dizer qual a justiça a que estamos obrigados a realizar e, sendo possível, quem nos dirá qual ela é. O problema é delicadíssimo, mas negá-lo não nos fará melhores. O problema da exigibilidade de certa conduta acompanhou o homem sempre e sempre o acompanhará. Seja qual for a estrutura, a pompa, o ritual que se estabeleça, o problema será igualmente o mesmo de todos os tempos: de um lado, homens valorando, e, de outro, homens julgando as valorações, o que é ainda valorar. Se a lei dá-nos mais segurança, ela é ainda valores escolhidos humanamente. Não importa o que façamos, sempre haverá algo de subjetivo e se está aqui nosso flagelo, está também nossa redenção.

O problema do controle de lei face a normas supraprogramáticas tem pouco efeito prático, pois as leis quando violam princípios soem violar outras normas constitutivas, pois, como visto, há na Constituição uma hierarquia de valores. A questão poderia ainda evoluir para a afirmação segundo a qual determinadas indagações sobre a constitucionalidade de norma face à Constituição pretenderiam questionar na verdade o princípio de que decorre, por exemplo, a justiça da norma, à maneira de um controle indireto face a normas principiológicas. Assim, a avaliação de uma norma sob a ótica da justiça seria terminantemente vedada. Mas se se aceita que a Suprema Corte pode fixar o entendimento das normas da Constituição, aceita-se que ela pode examinar a justiça, coisa que os juízes que a compõe dirão expressamente ou não, mas farão com certeza, porque são homens.

Negar peremptoriamente a possibilidade do controle de constitucionalidade face aos princípios maiores da Constituição não significa necessariamente maior segurança jurídica, talvez justamente o contrário – impedida de considerar a constitucionalidade com relação a tais normas, a Corte Constitucional acaba por ver-se obrigada a construir raciocínios artificiais, para impedir a permanência de valores contrários à Constituição. No caso de lei que se harmonizasse com o texto de uma Constituição qualquer, mas fosse injusta aos olhos da sociedade, a Suprema Corte do país estaria impedida de examiná-la, sob o argumento de que não pode estabelecer o que é injusto ou não? Para escapar ao subjetivismo dos juízes, prendemo-nos ao do legislador.

4.4. Inexistência de inconstitucionalidade face à Constituição, tomada como um todo

Se a inconstitucionalidade é verificada em face de valores, eles precisam ser obviamente identificados. Pouco importa que esses valores estejam explicitados na Constituição ou que estejam implícitos nela, desde que sejam identificados como valores constitutivos. Não há, por isso, inconstitucionalidade em face do "espírito" da Constituição. (35)

4.5. Processo de inconstitucionalização da lei

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 147.776-8/SP, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu que leis constitucionais podem estar inconstitucionalizando-se, haja vista que "a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem", conforme ficou assentado na ementa daquele julgado. Assim, o caminhar de uma norma para a inconstitucionalidade não ocorre apenas com relação à norma constitucional cuja eficácia é limitada.

Mas a ordem constitucional não evolui apenas no início de sua instauração; evolui sempre, porque valores tendem a ser sempre e mais realizados. Porque uma lei, editada na ordem constitucional vigente, é aplicada por cinco, dez, vinte anos e vem a ser repentinamente declarada inconstitucional? Atribuir a arguição à perspicácia de algum jurista não é possível. O fato ocorre justamente porque a ordem constitucional evolui sempre. Uma determinada norma, pela restrição de seus termos, pode não mais adaptar-se à compreensão que adquirimos das generalizações constitucionais e passa a opor-se à Constituição. Como dito, os valores vão-se intensificando até o ponto de serem tratados pelo Direito.

Todavia, o processo de inconstitucionalização das leis tem sido tratado mais com relação àqueles casos em que a inconstitucionalidade é antevista, não como uma possibilidade remota, mas como uma certeza. Como observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgado aludido, "é tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva".

Quando se reconhece que a lei encontra-se num processo de inconstitucionalização, *ela é declarada constitucional*. Percebe-se que ela ainda realiza de algum modo a Constituição, afirma-se que a ordem constitucional seria mais imperfeita sem ela, enfim, que contém um valor coincidente com a Constituição. No momento em que for declarada inconstitucional, por já os fatos e a ordem jurídica não lhe justificarem mais a permanência, os efeitos que terá produzido serão válidos, porque até então constitucionais. Nesse caso, a Suprema Corte dirá quando se tornou inconstitucional a lei. Sendo um *processo*, e lento e nebuloso, dificilmente haverá um momento exato em que a lei muda-se em inconstitucional. A decisão que a declara inconstitucional dirá que esse *estado*, para lembrarmos Lúcio Bittencourt, iniciou-se nessa mesma decisão declaratória, mas nada impede que se refira a um fato pretérito qualquer, marcando ali o início da inconstitucionalidade da lei. Seja como for, a declaração terá sempre efeitos *ex tunc*. O ponto de distinção é invariavelmente feito entre valores coincidentes ou opostos.

Assim, considerando que a ordem constitucional é dinâmica, que os valores intensificam-se, haverá de chegar um momento em que a não-existência de legislação infraconstitucional regulamentadora de norma da Constituição não é mais aceitável. Nesse caso, a lei em processo de inconstitucionalização, cuja deficiência vai-se intensificando, permanecerá constitucional, porque ainda será o mais conveniente para a Constituição, mas a opção do legislador (valor atualizado) de não regulamentar a norma constitucional se terá convertido num desvalor de tal intensidade, que poderá ser declarada inconstitucional, por lhe ser exigível conduta diversa – é inconstitucional por omissão.

Em todo esse processo é fundamental a sensibilidade das cortes constitucionais.

Conclusão

A inconstitucionalidade é um fenômeno social, consistente numa valoração ordinária oposta a valores essenciais, oposição que implica um valor polar preterido. Os problemas suscitados pela inconstitucionalidade no direito positivo de um país devem ser solucionados a partir da observação do que é efetivamente *oposição* à Constituição e do que a realiza, e em que intensidade. O Direito extrai as notas jurídicas desse fenômeno e insere-o como um desvalor em seu ordenamento. O controle de constitucionalidade vai buscar precisamente sancionar esse desvalor.

Toda inconstitucionalidade deve ser excluída do ordenamento jurídico, porque representa uma negação dele; e quando é necessária para o ordenamento é sinal de que não é inconstitucional. Desse modo, a construção que afirma a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade sem decretação de nulidade, perplexidade que levou à elaboração do presente estudo, é um equívoco.

Os valores contrários variam de intensidade, a ponto de tornarem-se de observação obrigatória. É possível, por isso, o controle de constitucionalidade face às normas generalíssimas da Constituição, aqui apeladas supraprogramáticas.

Todas as explicações aqui desenvolvidas foram uma tentativa de compreender o Direito a partir da vida, não a vida a partir do Direito, que é um *instrumento* da realização dos fins humanos maiores, Liberdade, Igualdade e Justiça, enfim, Amor, aspiração última, em que se encontram e confundem todas as outras. Por isso, o subtítulo desse trabalho, feito com a intenção de uma visão *concreta*.

BIBLIOGRAFIA

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Série Arquivos do Ministério da Justiça).

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

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. (reimpressão)

MENDES, Gilmar F. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Mário F. dos. **Filosofia concreta dos valores**. São Paulo: Livraria e Editora Logos, 1960. (Enciclopédia de Ciências Filosóficas e Sociais, v. XI).

———. **Lógica e dialéctica**. 4. ed. São Paulo: Livraria e Editora Logos, 1959. (Enciclopédia de Ciências Filosóficas e Sociais, v. II).

—— **Métodos lógicos e dialéticos**. São Paulo: Livraria e Editora Logos, 1959. 2 v.

MOREIRA NETO., Diogo de F. **Teoria do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. (Sistema de Direito Político, Parte I).

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 27. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**: 4. ed. São Paulo, Malheiros, 1993.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

FERREIRA FILHO, Manuel G. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SILVA, José A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

BARROSO, Luís R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

1. *Filosofia Concreta dos Valores*, p. 150.

2. Interessante estudo sobre o reconhecimento da inconstitucionalidade encontramos na obra de Marcelo Neves *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, sob o título "Semiótica e Inconstitucionalidade das Leis" (p. 127 e seg.).

3. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 23.

4. Id., *Ibid.*, p. 14.

5. Diogo de FIGUEIREDO NETO, *Teoria do Poder*, p. 99.

6. Id., *Ibid.*, p. 57.

7. A sociedade, ensina Miguel Reale, "não é simples dado da natureza, mas também um 'construído'" (*Filosofia do Direito*, p. 386).

8. Carlos Alberto Lúcio BITTENCOURT, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 132.

9. José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 48.

10. Darcy AZAMBUJA, *Teoria Geral do Estado*, p. 172.

11. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 36.

12. Paulino JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 268.

13. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 878.

14. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 967.

15. Jorge MIRANDA, *op. cit.*, p. 11. Marcelo Neves também enfatiza esse aspecto, considerando que a inconstitucionalidade das leis "resulta de uma relação imediata de incompatibilidade com a Constituição" (*op. cit.*, p. 124).

16. O Ministro e professor Moreira Alves, em palestra proferida na Procuradoria Geral do Distrito Federal, no primeiro semestre do ano 2000, ponderou que este talvez seja o único princípio de Direito Natural incontestável: ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível.
17. No mesmo sentido, porém mais restritivamente, Jorge MIRANDA, op. cit., p. 35. E sobre o reconhecimento de normas jurídicas em sociedades primitivas, vide Henri LÉVY-BRUHL, *Sociologia do Direito*, p. 16-7, 23 -4.
18. Jorge Miranda pondera que a inconstitucionalidade objeto do Direito não é a mesma objeto da Ciência Política (op. cit., p. 21). De fato, enquanto objeto dessas Ciências, a inconstitucionalidade difere-se. Mas esses objetos são apenas abstrações de um fenômeno, que em si é único.
19. Henri LÉVY-BRUHL, op. cit., p. 36.
20. Marcelo NEVES, op. cit., p. 89-91.
21. "Se se muda [o núcleo material da Constituição], porque há flexibilidade no processo de reforma, tem-se nova Constituição, imediatamente vinculada à nova norma fundamental. Mesmo, pois, uma Constituição formal-flexível tem um limite, transposto o qual suprime-se a Constituição e outra se põe". (Lourival VILANOVA in Marcelo NEVES, op. cit., p. 90).
22. No mesmo sentido, admitindo a inconstitucionalidade material e formal face a constituições flexíveis, Jorge MIRANDA, op. cit., p. 36-41.
23. Paulo BONAVIDES, ob cit., p. 218-227.
24. Diz Bonavides: "Toda norma que se arvora funcionalmente como norma-princípio ou norma básica, servindo de fundamento a uma ou mais normas particulares subordinadas – escreve Crisafulli –, é sem dúvida deste ponto de vista, e nessa acepção *também*, programática. Faz ele entrar assim em tal categoria os chamados *princípios gerais*. (op. cit., p. 221).
25. Bonavides afirma: "Sem embargo do alto grau de generalidade, a norma-princípio ou princípio geral é norma programática, na acepção lata já referida, sendo portanto dotada de eficácia jurídica." (op cit, p. 221).
26. Essa especificação é feita com o fim de impedir a confusão ainda com os valores *em si* e *para si*, tal como divide-os Mário Ferreira dos Santos ao lado dos valores *para outros* (*Filosofia Concreta dos Valores*, passim).
27. op cit, p. 544. Ali diz, ainda, o professor, lembrando Jhering, "que sem a idéia de fim não pode haver compreensão do fenômeno jurídico". E finalmente afirma o seguinte, que nos parece decisivo: "Parece-nos que há mutilação do Direito quando concebido de modo meramente exterior, abstração feita dos *finis comuns* de uma convivência historicamente constituída, chegando-se a resultado análogo quando as individualidades são diluídas na pretensa totalização ética da sociedade ou do Estado" (Id., Ibid., p. 704).
28. Hermes LIMA, *Introdução à Ciência do Direito*, p. 333.
29. Não vem ao caso a conhecida observação segundo a qual a Constituição é aquilo que os juízes dizem que é, pois ainda assim não se poderá aceitar certo valor como formador da Constituição do país e decidir-se que outro valor contrário lhe seja superposto.
30. Gilmar Ferreira MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 210.
31. Id., Ibid., p. 293.
32. Segundo o raciocínio próprio da chamada pirâmide normativa, as normas encontram seu fundamento de validade na norma exatamente superior, em razão da separação entre o mundo do *dever ser* e o mundo do *ser*.

Contudo, a *validade* de um valor infraconstitutivo não depende de estar conforme aos valores constitutivos. Os valores que se opõem à "Constituição" valem, tanto assim que os repudiamos nós e elegeram-no os que os atualizaram.

Mas quando falamos de validade do valor, perante a Constituição, não estamos falando de validade do valor apenas, filosoficamente considerado, mas validade do valor perante a ordem jurídica, isto é, *validade jurídica*, a aptidão de conferir validamente a condutas um sentido no ordenamento jurídico.

O valor contrário à Constituição vale, mas como juridicamente não encontra seu fundamento no valor jurídico (constitutivo da ordem jurídica) que lhe está acima (Constituição), dizemos que ele é inconstitucional. Como se

disse, a inconstitucionalidade é uma relação e a validade dos valores infraconstitutivos será vista sempre relativamente aos valores constitutivos, não com relação aos homens, aspecto em que a validade deles é evidente e incontestável.

O problema da validade jurídica dos valores deve ser investigada na parte relativa às conseqüências que o ordenamento jurídico prescreve para as opções feitas contra a Constituição, pois é sabido que valores contraditórios podem permanecer juridicamente válidos simultaneamente no ordenamento jurídico (*vide* Lourival VILANOVA, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, p. 193-5 e 200-4; Marcelo NEVES, *op cit*, p. 117).

33. Marcelo NEVES, *op cit*, p. 158.

34. Luis Roberto BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 181-98; Gilmar Ferreira MENDES, *op cit*, p. 119-21.

35. Marcelo NEVES, *op cit*, p. 124-126; Jorge MIRANDA, *op cit*, p. 246-247. Justifica-se o entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal, que a resolveu no sentido aqui registrado.