

CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DAS ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

PAULA PRADO DE SOUSA CAMPOS¹

paulapradocampos@gmail.com

ANTONIO HENRIQUE PEREIRA CHAVES²

a.henriquejmj7@gmail.com

¹ Instituto Itapetiningano de Ensino Superior, Itapetininga (SP), Brasil.

² Instituto Itapetiningano de Ensino Superior, Itapetininga (SP), Brasil.

RESUMO: O presente artigo aborda a constitucionalidade e a inconstitucionalidade das normas, voltando-se em especial as espécies de inconstitucionalidade, vindo a possuir relevante importância para a compreensão do sistema jurídico brasileiro em decorrência do aumento do número da propositura de ações que visam questionar a constitucionalidade das normas ou atos normativos. Para tanto, necessária se fez uma referência histórica e conceituação de constituição, bem como uma abordagem sobre constitucionalismo, por fim, explanou-se sobre as espécies de inconstitucionalidade. Diante disso, foi realizado o delineamento da pesquisa, definindo-se o tema e os objetivos, sendo optado pela pesquisa exploratória de pesquisa bibliográfica, utilizando-se como método a análise doutrinária. Os resultados mais importantes indicam a real importância de tal análise, expondo que as espécies de inconstitucionalidade são decorrentes da não observância da Constituição na elaboração de normas ou atos normativos, e seu estudo garante uma maior segurança jurídica para todo o ordenamento. Assim, é possível concluir que é uma temática de suma importância para o Estado Democrático de Direito, permitindo a análise sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos normativos e normas editadas pelo Poder Público, garantindo a todo o sistema jurídico a harmonia proveniente da Supremacia da Constituição Federal.

Palavras-chave: Constituição, supremacia, constitucionalidade, inconstitucionalidade, Estado Democrático de Direito.

CONSTITUTIONALITY AND UNCONSTITUTIONALITY: AN ANALYSIS OF THE SPECIES OF UNCONSTITUTIONALITY OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: This article addresses the constitutionality and unconstitutionality of the norms, focusing in particular on the species of unconstitutionality, coming to have relevant importance for the understanding of the Brazilian legal system due to the increase in the number of lawsuits that aim to question the constitutionality of norms or normative acts. To this end, it was necessary to make a historical reference and conceptualization of the constitution, as well as an approach on constitutionalism, finally, it was explained about the species of unconstitutionality. Therefore, the research design was carried out, defining the theme and objectives, being opted for the exploratory research of bibliographic research, using as a method the doctrinal analysis. The most important results indicate the real importance of such an analysis, exposing that the species of unconstitutionality are due to the non-observance of the Constitution in the elaboration of norms or normative acts, and its study ensures greater legal certainty for the entire system. Thus, it is possible to conclude that it is a theme of paramount importance for the Democratic State of Law,

allowing the analysis of the constitutionality or unconstitutionality of the normative acts and norms issued by the Public Power, guaranteeing to the entire legal system the harmony coming from the Supremacy of the Federal Constitution.

Keywords: Constitution, supremacy, constitutionality, unconstitutionality, Democratic Rule of Law

CONSTITUCIONALIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD: UN ANÁLISIS DE LAS ESPECIES DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO BRASILEÑO

RESUMEN: Este artículo aborda la constitucionalidad e inconstitucionalidad de las normas, centrándose en particular en las especies de inconstitucionalidad, llegando a tener una importancia relevante para la comprensión del sistema jurídico brasileño debido al aumento en el número de demandas que tienen como objetivo cuestionar la constitucionalidad de normas o actos normativos. Para ello, fue necesario hacer una referencia histórica y conceptualización de la constitución, así como un enfoque sobre el constitucionalismo, finalmente, se explicó sobre las especies de inconstitucionalidad. Por lo tanto, se realizó el diseño de la investigación, definiendo el tema y los objetivos, optando por la investigación exploratoria de la investigación bibliográfica, utilizando como método el análisis doctrinal. Los resultados más importantes indican la importancia real de tal análisis, exponiendo que las especies de inconstitucionalidad se deben a la inobservancia de la Constitución en la elaboración de normas o actos normativos, y su estudio garantiza una mayor seguridad jurídica para todo el sistema. Así, es posible concluir que se trata de un tema de suma importancia para el Estado Democrático de Derecho, permitiendo el análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos normativos y normas emitidas por el Poder Público, garantizando a todo el ordenamiento jurídico la armonía proveniente de la Supremacía de la Constitución Federal.

Palabras clave: Constitución, supremacía, constitucionalidad, inconstitucionalidad, Estado democrático de derecho

INTRODUÇÃO

A Constituição é um dos pilares fundamentais de qualquer ordenamento jurídico, estabelecendo os princípios, direitos e deveres que regem um determinado Estado. Ao longo da história, o desenvolvimento do constitucionalismo trouxe consigo uma evolução nas concepções e no entendimento do papel da Constituição na organização e funcionamento do poder estatal.

Este artigo visa abordar aspectos cruciais como constitucionalidade e inconstitucionalidade, sendo explorada a referência histórica e os conceitos fundamentais relacionados à Constituição, a fim de compreendermos as bases teóricas e práticas do direito constitucional, devido a ser essencial para garantir a proteção dos direitos individuais e coletivos, bem como a preservação dos princípios democráticos.

Ao tratar do conceito de Constituição, é importante compreender que ele pode variar de acordo com diferentes correntes doutrinárias. De maneira geral, a Constituição é entendida como a lei fundamental de um Estado, estabelecendo a estrutura de poder, os direitos e garantias fundamentais, bem como os princípios que regem a vida em sociedade.

No âmbito da constitucionalidade e inconstitucionalidade, são abordados os critérios pelos quais uma norma ou ato pode ser considerado conforme ou em desacordo com a Constituição. A inconstitucionalidade pode se apresentar em diferentes formas, tais como formal ou material, comissiva ou omissiva, originária ou superveniente, total ou parcial, e direta ou indireta. Essas distinções têm relevância para a análise e o controle da validade das normas no ordenamento jurídico. Compreender esses fundamentos é essencial para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais, fortalecendo, assim, a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Tendo como questão norteadora a informação sobre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade das normas ou atos normativos, o presente trabalho foi elaborado a partir das seguintes etapas:

Em um primeiro momento foi realizado o delineamento da pesquisa, onde o tema e os objetivos foram previamente definidos, sendo a pesquisa classificada como exploratória, pois desenvolve hipóteses e ideias para averiguação.

A fim de detalhar os conceitos envolvidos na pesquisa foi realizado um levantamento bibliográfico utilizando os conhecimentos científico de outros autores. Com intuito de fundamentá-la, portanto, do ponto de vista dos procedimentos técnicos utilizou-se pesquisa bibliográfica, a partir de livros, artigos científicos dissertações e teses, sendo está uma pesquisa de natureza aplicada, com uma abordagem qualitativa.

Quanto a abordagem para atingir os objetivos da investigação é a qualitativa que se trata da pesquisa em que o autor é a peça principal, não requer uso de técnicas e métodos estatísticos, pois o foco não se encontra no resultado e sim no processo, ou seja, na interpretação do fato.

Já o método de pesquisa foi a análise de doutrinas, apresentando exemplos e citações, que contêm a presença de certos elementos e situações a respeito da constitucionalidade e inconstitucionalidade das normas ou atos normativos, demonstrando a relevância da pesquisa. Foram utilizados os autores Luis Roberto Barroso, Calil Simão, Gilmar Mendes e Paulo Branco, Inocêncio Coelho, Sérgio Cunha, Alexandre de Moraes, Maria Helena Diniz, Ingo Wolfgang Sarlet *et al* e Pedro Lenza.

Primeiramente, abordaremos a ideia de constituição, que remonta à antiguidade, mas foi apenas no século XVIII que o constitucionalismo tomou forma, tendo como fundamento a limitação do poder do Estado e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. A constituição passou a ser vista como um conjunto de normas superiores que estabelecem a organização do Estado, seus poderes e limites, bem como as garantias individuais.

Após, será exposto sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis. A constitucionalidade é a conformidade de uma norma com a Constituição. Já a inconstitucionalidade

ocorre quando uma norma viola a Constituição. A inconstitucionalidade pode ser formal ou material, comissiva ou omissiva, entre outras espécies.

REFERÊNCIA HISTÓRICA E CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE CONSTITUIÇÃO

No início de tudo, a força era o bem por excelência, devido ao individualismo do Homem, havendo o pensamento de que cada um deveria somente se importar consigo. A partir da mudança do pensamento do homem no sentido do relacionar-se, surgiram as famílias, após, as tribos e sociedades primitivas. Junto com elas, vieram os mitos e deuses, que eram apresentados como ameaçadores, violentos e vingativos. Nessa época antiga e pré-bíblica, muito comuns eram os sacrifícios humanos, as perseguições, as guerras e a escravidão, tornando os líderes religiosos chefes absolutos em razão disso. Luís Roberto Barroso (2022, p. 12), em sua doutrina Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, cita que “na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade”.

Com esse acender das luzes que se refere Barroso (2022), tem início a formação das civilizações, sendo as primeiras, os mesopotâmicos, egípcios, fenícios, persas e hebreus. A partir da formação do povo hebreu surge o monoteísmo, e com ele a legislação proveniente do pacto entre Deus e seu povo eleito. Através desse pacto, futuramente surge o cristianismo, adquirindo força política proveniente dessa lei divina, dando origem assim a tradição judaico-cristã. Barroso (2022) aborda sobre os gregos haverem criado a ideia ocidental de razão e todo o conhecimento científico que se baseia nos princípios e regras dotadas de valor universal.

Alguns séculos após, os romanos aderiram a esses valores universais, sendo agregado a eles a ciência do Direito, mantendo-se tal ciência, compreendida e aderida pelos ordenamentos jurídicos, até os dias atuais. Barroso (2022, p. 12) determina nosso enraizamento quanto cultura, pensamento e fundamento jurídico quando explana que “a cultura ocidental, em geral, e a jurídica, em particular, têm sua matriz ético-religiosa na teologia judaico-cristã e seu fundamento racional-legal na cultura greco-romana”.

Constitucionalismo

A terminologia “constitucionalismo” passou a figurar no âmbito jurídico ocidental recentemente, com seu surgimento a menos de 200 anos, através das revoluções francesa e americana no século XVIII, embora, sua essência advenha da Antiguidade Clássica, mais precisamente da filosofia grega de Sócrates, Platão e Aristóteles por volta do século V a.C. (BARROSO, 2022).

Calil Simão (2015) destaca que, após toda evolução histórica que a humanidade veio a vivenciar, tal movimento surge com o cerne de uma concreta mudança dos valores sociais, com ênfase nos relacionados as garantias e direitos fundamentais do Homem.

Constitucionalismo então, pode-se entender como a limitação do poder e supremacia das leis, sendo associado tal entendimento, a existência de uma constituição, que tem como finalidade então, a limitação acima descrita, para assegurar toda evolução de direitos e garantias fundamentais que foram conquistadas a muito custo ao decorrer da história, além de limitar o poder do Estado de criar qualquer tipo de ameaça ou lesão a esses direitos, se fazendo presente então a supremacia do indivíduo (SIMÃO, 2015).

Barroso (2022) explana sobre a necessidade de o ordenamento jurídico que se fizer adepto (voluntária e espontaneamente) ao constitucionalismo, possua 3 ordens de limitação de poder: limitações materiais, estrutura orgânica exigível e limitações processuais.

A primeira, determina que existem valores e direitos fundamentais a serem

preservados, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a justiça, os direitos de expressão, liberdade religiosa e de associação, etc.

A segunda, explana sobre a necessidade da presença das funções executivas (administrar), legislativas (criar as leis) e judiciárias (julgar) harmônicas e independentes entre si, ou seja, cada qual com a sua devida função específica, descentralizando o poder, porém, que se fiscalizem entre si por meio do sistema de freios e contrapesos, que garante a proteção dos direitos dos cidadãos e impede o abuso de poder.

Já a terceira, determina que tais órgãos, não devem agir apenas com base na legislação, mas, seguindo o devido processo legal, que abrange tanto a esfera procedimental (ampla defesa, contraditório, vedação de provas ilícitas, inviolabilidade de domicílio, etc.) quanto a esfera de natureza substantiva (razoabilidade, racionalidade, proporcionalidade, inteligibilidade, etc.).

Conceito e concepções de constituição

Para alguns doutrinadores, o termo “constituição” pode vir a apresentar um certo equívoco, devido ao sentido de processo de construção de algo, como um objeto por exemplo. Alexandre de Moraes (2023, p. 6) ainda nos traz uma definição mais aprofundada desse mesmo sentido quando determina constituição como “o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação”. Cabe, porém, explicar que o sentido a que se destina tal conceituação é o jurídico, que a define como:

...a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas (MORAES, p.6, 2023).

Apesar de muito bem descrito por Moraes (2023), se fazem ausentes as normas referentes a limitação dos poderes do Estado, como exposto por Simão (2015) no título reservado ao constitucionalismo.

Simão (2015) ainda nos elucida que somente será considerado Constituição, o regramento de um Estado que possuir o fundamento central da democracia, pois, se não houver participação por parte da população em sua elaboração, podendo ser direta ou indiretamente, tal normatização não será constitucional. O movimento constitucionalista, desde os primórdios, assim o exigiu como parâmetro de validade da Constituição, determinando não somente a positivação dos direitos fundamentais, mas, que os mesmos fossem originários do povo que era sujeito aos poderes soberanos do Estado. Simão (2015, p. 32) ainda expõe que “democracia designa a participação do indivíduo nas decisões que interessam à sua comunidade”.

Além da clara conceituação do termo Constituição, muitas concepções foram criadas em diferentes sentidos. Seguiremos as concepções segundo Pedro Lenza (2023) e Calil Simão (2023) que as classificam em sentido sociológico, político, material e formal, jurídico, culturalista e da constituição aberta.

No sentido sociológico, Lenza (2023) se vale das colocações de Ferdinand Lassale, que defendia que uma determinada Constituição somente seria válida se viesse a representar todo o poder social efetivamente, sendo reflexo das demandas do povo. Em outras palavras, tal sentido enfatiza a importância da ativa participação social para as definições das regras e normas que irão reger o ordenamento jurídico ao qual pertencem.

Já em relação ao sentido político, há a distinção entre Constituição e lei constitucional feita pelo jurista alemão Carl Schmitt, em que Lenza (2023) e Simão (2015) discorrem a respeito. Constituição, seriam apenas as normas determinadas como fundamentais, advindas das decisões

fundamentais e políticas de um Estado, se diferenciando das leis constitucionais, que não compõem a Constituição em si, mas, que se organizam em um mesmo texto. Tal concepção se vê de difícil compreensão no ordenamento jurídico brasileiro, pois, ela se volta para países que não adotam uma constituição com matérias tipicamente constitucionais, mas, de assuntos variados em um mesmo texto, como veremos no sentido a seguir.

O sentido material, determina que o conteúdo da norma definirá se a mesma é Constitucional ou não. Os conteúdos tidos como constitucionais são os que regulamentam as estruturas sociais, como as forma de governo e Estado, bem como seus órgãos, etc. O que importa para esse sentido, em outras palavras, é a matéria da norma. Tal sentido é o que define “Constituição” segundo os sentidos políticos (LENZA, 2023).

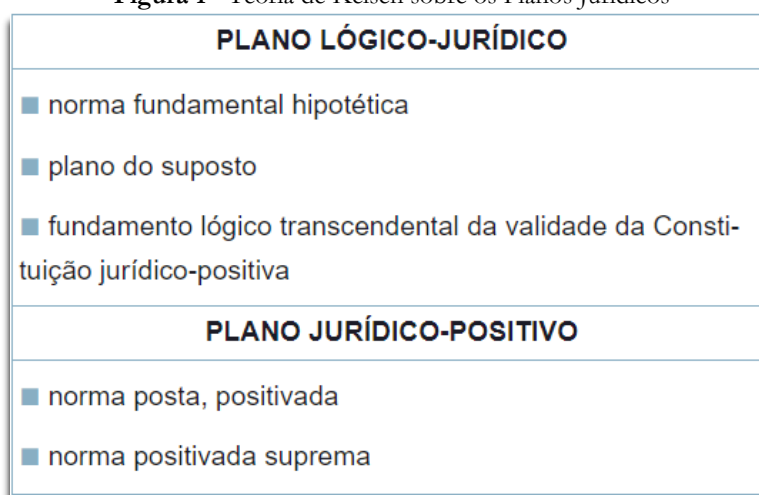
Já o formal, não importa o conteúdo da norma, mas, a forma com que foi introduzida, englobando a chamada lei constitucional. Nesse sentido, não importa a matéria normativa, mas sim, se foi agregada por um poder constituinte, passando assim a ser parte da Constituição. O ordenamento jurídico brasileiro, adotou um sistema misto, onde se aplicam tanto o formal, quanto o material (LENZA, 2023).

Se tratando do sentido jurídico, Simão (2015, p. 43) a define como sendo “a norma matriz de todo ordenamento jurídico de um Estado, sendo hierarquicamente superior a todas as demais normas”. Já Lenza (2023, p. 49) complementa dizendo que, com um sentido mais amplo, a Constituição surge da vontade racional do Homem, não das leis classificadas como naturais e que:

constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau (*apud* SILVA).

O jurídico-positivo, se personifica através das normas positivadas, ao contrário do lógico-jurídico, que se baseia em suposições e casos hipotéticos.

Figura 1 - Teoria de Kelsen sobre os Planos Jurídicos



Fonte: LENZA, 2023

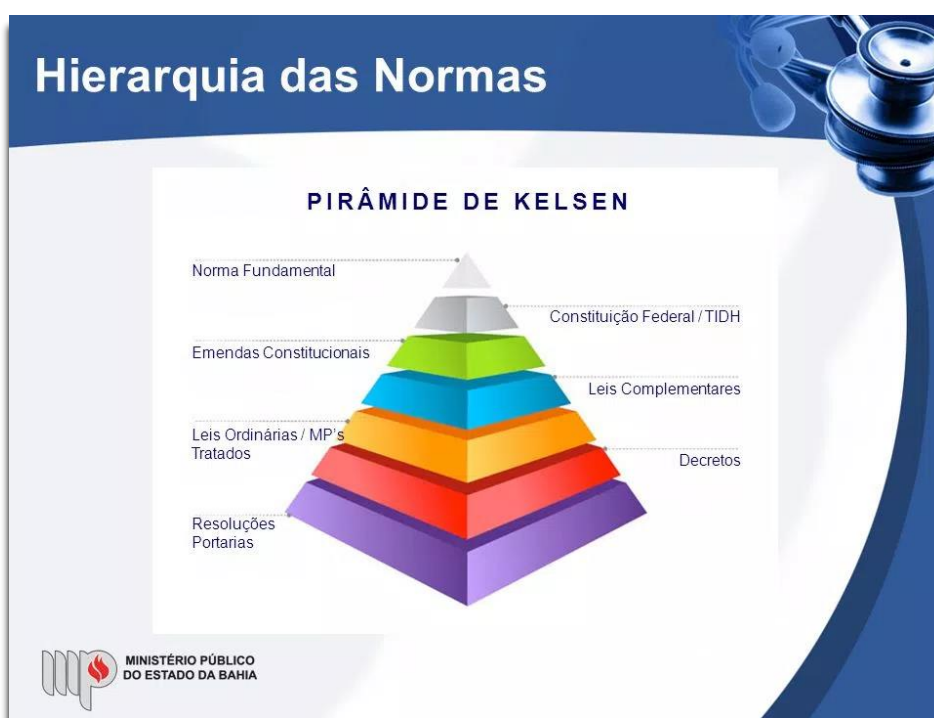
Cabe ressaltar que no Direito, ocorre o chamado escalonamento de normas, em que uma constitui a validade de outra, criando a chamada verticalidade hierárquica. Nessa situação, uma lei que seja hierarquicamente inferior a outra, necessita se embasar nas determinações da superior para encontrar validade, e assim sucessivamente até que a última norma seja a Constituição, norma

máxima de um ordenamento jurídico democrático, que encontra validade, em uma norma hipotética fundamental, que é uma norma hipotética, presente no plano lógico-jurídico. Tal pensamento de hierarquização da norma, se retira da ideia da Pirâmide de Kelsen, criada pelo jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973).

Lenza (2023, p.49) ainda aprofunda sobre a Constituição, inserida nesse sentido jurídico ao explicar que:

A Constituição, por seu turno, tem o seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental, situada no plano lógico, e não no jurídico, caracterizando-se como fundamento de validade de todo o sistema, determinando a obediência a tudo o que for posto pelo Poder Constituinte Originário.

Figura 2 - Verticalidade Hierárquica da Normas



Fonte: Jusbrasil, 2017

No sentido culturalista, a cultura é vista como um fato cultural, em que a sociedade a produz e influencia. Lenza (2023, p. 49) a define como:

... uma formação objetiva de cultura que encerra, ao mesmo tempo, elementos históricos, sociais e racionais, aí intervindo, portanto, não apenas fatores reais (natureza humana, necessidades individuais e sociais concretas, raça, geografia, uso, costumes, tradições, economia, técnicas), mas também espirituais (sentimentos, ideias morais, políticas e religiosas, valores), ou ainda elementos puramente racionais (técnicas jurídicas, formas políticas, instituições, formas e conceitos jurídicos a priori), e finalmente elementos voluntaristas, pois não é possível negar-se o papel de vontade humana, da livre adesão, da vontade política das comunidades sociais na adoção desta ou daquela forma de convivência política e social, e de organização do Direito e do Estado

... a concepção culturalista do direito conduz ao conceito de uma Constituição Total em uma visão suprema e sintética que apresenta, na sua complexidade intrínseca, aspectos econômicos, sociológicos, jurídicos e filosóficos, a fim de abranger o seu conceito em uma perspectiva unitária. Desse modo, sob o conceito culturalista de Constituição, as Constituições positivas são um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela

Cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político (*apud* TEIXEIRA).

Por fim, sobre a concepção de Constituição aberta, LENZA (2023) alega que através desta, a Constituição não vem a perder sua eficácia normativa em razão do passar do tempo, e em decorrência disso vindo a sofrer um desmoronamento, mas, permanece sempre atual. Pela concepção aberta, ocorre a desconstitucionalização de elementos constitucionais de ordem social, cultural, econômica e trabalhista em razão de perda de eficácia. Ainda sobre Lenza vem explicar que:

A historicidade do direito constitucional e a indesejabilidade do ‘perfeccionismo constitucional’ (a Constituição como estatuto detalhado e sem aberturas) não são, porém, incompatíveis com o caráter de tarefa e projecto da lei constitucional. Esta terá de ordenar o processo da vida política fixando limites às tarefas do Estado e recortando dimensões prospectivas traduzidas na formulação dos fins sociais mais significativos e na identificação de alguns programas da conformação constitucional (p. 50, 2023, *apud* CANOTILHO).

A Constituição aberta então, pode ser vista como um instrumento de transformação social e construção de democracia, por meio de uma evolução das normas jurídicas constitucionais que se adaptam às mudanças sociais e políticas sendo, portanto, contrária à forma rígida e imutável de constituição, que somente pode ser modificada por um processo mais rigoroso e formal

CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

Como visto no capítulo anterior, toda legislação para que seja criada e adquira validade, necessita se adequar às normas constitucionais. Uma vez verificada sua adequação, passa a ser legítima e, portanto, Constitucional. Constitucionalidade, então, nada mais é do que a qualidade do que é Constitucional. Por outro lado, inconstitucionalidade é a determinação de que um dispositivo não está compatível com a Constituição, portanto, se torna inválido. Em outras palavras, é o ato que vem a contrariar, direta ou indiretamente, a Carta Magna de um país (SIMÃO, 2015).

Maria Helena Diniz (2017, p. 159) em seu dicionário jurídico universitário, conceitua constitucionalidade como:

1. Qualidade do que está conforme a Constituição de um País. 2. a) O que está conforme à Carta Magna; b) relativo à Constituição de um País; c) pertencente à Constituição; d) diz-se do regime político em que a esfera de ações dos três poderes está limitada pela Constituição do Estado; e) partidário da Constituição.

Diniz (2017, p. 337) também conceitua o termo inconstitucionalidade, como sendo “Caráter do que é inconstitucional” e inconstitucional como “...o que não é conforme a Constituição de um País” e ainda “qualquer norma jurídica, geral ou individual, que venha a contrariar preceitos e princípios inseridos na Constituição Federal”.

Calil Simão (2015) nos elucida a respeito do entendimento de parte da doutrina que afirma somente existem leis constitucionais, com base na determinação de que a lei somente pode ser elaborada em conformidade com a Constituição. Também afirmam que caso o dispositivo legal seja criado em discordância com a Lei Maior do Estado, não poderá nem ao menos ser reconhecido como “Lei”.

Como o ordenamento jurídico brasileiro adota o conceito formal de Constituição, todo e qualquer conflito de norma infraconstitucional com algum dispositivo Constitucional configurará

sua inconstitucionalidade sem a necessidade de indagar a natureza da norma confrontante (SIMÃO, 2015).

A verificação da inconstitucionalidade normativa, se baseia no critério de hierarquia (conforme visto na verticalização hierárquica das normas), sendo representado pelo termo em latim “*lex superior derogat inferiori*” (lei superior prevalece sobre a inferior), caso haja conflito de normas, não se aplicando então o princípio da “lei mais recente prevalece sobre a mais antiga” (ou em latim “*lex posterior derogat priori*”), devido a esse princípio ter validade apenas para normas do mesmo nível hierárquico (SIMÃO, 2015).

Ainda sobre a inconstitucionalidade das normas, Barroso (2022) nos elucida a respeito da nulidade ou anulabilidade da discordância da norma com o Texto Magno. Nos casos de discordância com a Constituição, Barroso (2022 p. 15) ainda expõe que a sanção mais grave será aplicada, que é a nulidade, pois, “Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito”.

Devemos pensar que se a Constituição é classificada como a lei máxima do ordenamento jurídico, caso se venha a admitir que um dispositivo a ela afronte, estaria se sucedendo uma violação de sua supremacia. A simples permissão para que uma lei possa produzir seus efeitos, mesmo diante de uma inconstitucionalidade configurada, representaria um impedimento de eficácia da Constituição naquele momento e sobre a matéria em que a lei inconstitucional abordar. Destarte, a normativa constitucional não poderia existir, sem ferir sua própria teoria e finalidade a que se embasa. Por isso surge a extrema necessidade do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, sendo então a norma declarada nula, e por consequência, perderá sua força normativa (BARROSO, 2022).

A dedução da aplicação da teoria da nulidade a uma norma inconstitucional, é que o reconhecimento da inconstitucionalidade do texto normativo por uma decisão, tem um caráter declaratório, havendo uma limitação a reconhecer apenas uma situação que preexistia. Assim sendo, seus efeitos são *ex tunc* (retroativo), ou seja, retroagirão até sua entrada em vigor, anulando seus atos e retornando ao *status quo ante* (seu estado anterior), salvo exceções que veremos posteriormente (BARROSO, 2022).

Espécies de inconstitucionalidade

Devemos aqui relatar que a doutrina do Direito Constitucional vem estabelecendo uma ampla e adequada classificação dos tipos de inconstitucionalidade, sendo a cada dia mais, trazidas novas concepções e distinções sobre a temática, seja por meio dos doutrinadores, seja pelas jurisprudências dos tribunais.

Segundo Simão (2015), a inconstitucionalidade pode ser classificada em cinco espécies distintas, sendo: a) formal ou material; b) comissiva ou omissiva; c) originária ou superveniente; d) total ou parcial; e e) direta ou indireta

Inconstitucionalidade Formal e Material

Distingue-se a inconstitucionalidade formal da material, se determinando a origem do vício que afronta a norma constitucional, ou seja, será levado em consideração o momento em que a lei inconstitucional feriu os dispositivos da constituição.

A formal ou extrínseca, surge quando do momento de sua formação, em outras palavras, houve um vício no processo de criação da lei. Tal inconstitucionalidade decorre da não observância de normas técnicas ou até mesmo do procedimento ou competência para sua criação, sendo descumpridos os pressupostos para elaboração normativa (MENDES e BRANCO, 2023).

A análise do vício formal leva em conta, então, as regras formativas da legislação ou do ato normativo, não sendo analisado o seu conteúdo. Daqui surge a expressão de extrínseco, se referenciando a uma origem externa e não de seu cerne quanto dispositivo. Devemos aqui expor que no Brasil, cada tipo de norma possui seu rito próprio de formação, desde as emendas

constitucionais, até os decretos legislativos, leis ordinárias, leis complementares, resoluções, etc (MENDES e BRANCO, 2023).

A própria Constituição determina o rito a ser adotado para criação ou edição de cada tipo legislativo, sendo então configurado o vício formal da norma, pela sua forma de criação e não por sua discordância de conteúdo com a Carta Magna. Assim, quando escutar que determinada lei ou resolução possui vício formal, se quer expor que foram quebradas as determinações para o seu processo elaborativo (SIMÃO, 2015).

Devemos entender, portanto, que o vício formal abrange o rito de formação da legislação, quanto a competência para sua elaboração, ambas determinadas pela Constituição. Simão ainda explana de outra forma, quando nos apresenta tal explicação:

Explicando melhor, podemos dizer que o titular da iniciativa legislativa é o sujeito ativo, enquanto o órgão legislativo destinatário é o sujeito passivo. A validade da iniciativa abrangeria tanto a legitimidade de seu titular como do seu destinatário. A incompetência do órgão legislativo corresponderia a um vício da iniciativa, sendo, desse modo, classificado como um vício de forma (2015, p. 52).

Como via ilustrativa para o vício formal, Barroso (2023, p. 17, 136) nos elenca o exemplo de incompetência no processo legislativo no âmbito penal e civil por parte de um Estado da Federação:

Se, por exemplo, a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação editar uma lei em matéria penal ou em matéria de direito civil, incorrerá em inconstitucionalidade por violação da competência da União na matéria. De outra parte, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio.

Constituição Federal: é competência privativa da União legislar sobre direito penal e direito civil (art. 22, I), competência que exerce por intermédio do Congresso Nacional (art. 48).

Os vícios materiais ou intrínsecos representam as incompatibilidades do conteúdo das leis com a Constituição, portanto, não se referem ao seu processo formativo, mas, do conteúdo ou da matéria que regulamenta seus dispositivos. (SIMÃO, 2015).

Gilmar Mendes (2023) defende ainda que esse vício de matéria não abrange tão somente o efeito do regramento em discordância com o Texto Constitucional, mas também o excesso do poder de legislar ou desvio de tal poder, acontecendo então a não observância do princípio da proporcionalidade (ou proibição do excesso). Diante disso, ao se verificar a discordância (que se dá através da constatação de contraditoriedade, inadequação ou incongruência entre os meios utilizados e a finalidade da norma) com a Carta Magna, deverá ocorrer a limitação da discricionariedade do ato normativo.

Para que bem possamos visualizar a inconstitucionalidade material, Barroso nos elucida com alguns exemplos, como:

...a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) — ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas (2022, p. 17).

Barroso (2022), por fim, aborda sobre o efeito da declaração de inconstitucionalidade

formal e material, que será a invalidação (nulidade) da norma. Porém, há uma exceção para tal efeito, que se dá em norma ou emenda constitucional preexiste quando da entrada em vigor de novo Texto Constitucional. Nesse caso, se o vício ocorrer no âmbito material, haverá imediatamente sua revogação. Porém, a exceção se dá no âmbito formal, pois, se a nova Carta Magna modificar a competência ou o processo de elaboração da legislação, poderá ser recepcionada pela mesma.

Mais uma vez Barroso nos expõe alguns exemplos, dessa vez a respeito da exceção de inconstitucionalidade formal:

a) O Código Tributário Nacional (CTN) foi promulgado como lei ordinária (Lei n. 5.172, de 25-10-1966), sob o regime da Constituição de 1946. Sobreveio a Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, que passou a prever que o sistema tributário seria regido por leis complementares. Pois bem: o CTN continuou em vigor, naquilo em que materialmente compatível com a emenda, mas passou a desfrutar do status de lei complementar, e, portanto, essa era a espécie normativa requerida para sua alteração.

b) Na maior parte dos Estados da Federação, o código de organização judiciária era editado por via de Resolução do Tribunal de Justiça. Com a promulgação da Constituição de 1988, passou a ser exigida lei para tratar da matéria. Os códigos existentes continuaram todos em vigor, válidos e eficazes, mas qualquer nova modificação passou a depender igualmente de lei (2022, p. 18).

Inconstitucionalidade Comissiva e Omissiva

Uma das características das normas jurídicas é a imperatividade, que recebe esse nome segundo Diniz (2017, p. 330) porque “rege o comportamento humano” além de que prescreve “...explícita ou implicitamente, o que deve ser a conduta dos indivíduos, autoridades e instituições”. Barroso (2022) expõe que não é típico das normas sugerirem ou recomendarem algo, sendo inerente a elas o caráter imperativo, como também ocorre com as normas da Constituição.

Ainda continua a nos elucidar Barroso (2022) ao citar que a maior parte das normativas constitucionais vem a se tornarem cogentes (de cumprimento obrigatório), não havendo então a opção do afastamento de sua incidência. As normas cogentes, se mostram como preceptivas e proibitivas, impondo e vedando, sucessivamente.

Ante o acima exposto, percebe-se então que há a possibilidade de descumprimento normativo de forma comissiva (ação), e também de forma omissiva (omissão). Em ocasiões que a Constituição impede ou interdita determinado ato, peca o indivíduo ou órgão que o pratica pela ação. Já nos caso em que tal ato é exigido ou imposto pela Carta Magna, os viola aqueles que o deixarem de fazer, configurando omissão (BARROSO, 2022).

Na inconstitucionalidade comissiva ou por ação, as condutas que podem vir a ser impedidas, se originam em qualquer dos órgãos dos três Poderes de um País. Se oriundo do Poder Executivo, através de um ato inconstitucional praticado por um de seus agentes, poderá ser julgado pelo Poder Judiciário, assim como o Legislativo e o Judiciário. Mesmo os atos do Judiciário vêm a sujeitar-se à verificação de constitucionalidade, porém, os atos que são mais relevantes desse controle, parte do poder Legislativo, onde sua função principal, nada mais é que a criação de leis.

Como exposto acima, se o legislador ao criar uma norma vier a contrariar o Texto Constitucional, sendo pelo processo de criação, seja pela matéria da norma, será então sujeito a análise da mesma e passará por mecanismos criados com o objetivo de livrar o ordenamento jurídico de seus efeitos nocivos. Esses mecanismos que visam o controle de constitucionalidade, possuem diversos modelos e finalidades, porém, com a mesma função, remover as normativas com vícios inconstitucionais, para que seja restaurada a estabilidade e regularidade da Constituição (MENDES e BRANCO, 2023).

Já na inconstitucionalidade omissiva ou por omissão, aborda Gilmar Mendes e Paulo

Branco (2023) que foi reconhecida no âmbito jurídico recentemente, elencando que antigamente, existia apenas a inconstitucionalidade por ação. Barroso (2022) complementa, abordando o surgimento da inconstitucionalidade por omissão nos ordenamentos jurídicos internacionais. Se iniciou na Constituição da antiga Iugoslávia em 1974 (país que hoje corresponde aos países Bósnia, Croácia, Macedônia, Eslovênia, Sérvia e Montenegro), na de Portugal em 1976 e na Espanha em 1978, porém, já vinha tendo grande discussão jurídica desde a década de 50 e 60, em países como Itália e Alemanha. Em todos esses países, a análise de omissão legislativa já vinha ocorrendo pelos órgãos constitucionais, mesmo que sem uma norma constitucional regulamentadora.

Se configura com essa espécie, o desacato do legislador em criar determinada lei que foi expressamente determinada pela Carta Magna, como nos casos de regulamentação de classes ou de criação e regulamentação de direitos fundamentais. Barroso (2022) cita como exemplo, o art. 208 da CRFB/88, que de forma genérica, identifica os deveres do Estado para efetivação da educação, porém, as ações do Estado para cumprimento do art. deverão ser complementados por regulamentação específica. Caso haja omissão dos órgãos estatais em efetivar tais regulamentações, serão utilizados alguns mecanismos específicos, que abordaremos mais adiante.

Cabe ressaltar que o mero fato de o legislador permanecer inerte não se configura como omissão inconstitucional. Somente será configurada se houver uma determinação Constitucional obrigando o mesmo a positivar determinada matéria. Barroso (2022) ainda expõe que a CRFB/88 prevê em suas normas de eficácia limitada, a necessidade de regulamentação. Elas se dividem em programáticas (criam objetivos delineados pelo Poder Público, para que produzam efeitos) e institutivas (criam órgãos, institutos, etc.).

A omissão inconstitucional, vem sendo cada vez menos tolerável no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quando por meio de sua existência, deixa-se de positivar direitos fundamentais. Tal omissão se divide em total e parcial.

Na total ou absoluta, o legislador possuindo a obrigatoriedade da criação normativa, venha a se omitir inteiramente de o fazer, fazendo com que a matéria a ser regulamentada, possua um vazio, decorrente de nenhuma lei sobre a matéria em questão exista. Nesse caso, a atuação do judiciário poderá se dar de quatro maneiras diversas:

- (a) reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente;
- (b) apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la;
- (c) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a regra faltante;
- (d) criar a regra faltante com efeitos gerais, até que o legislador confira tratamento à questão (BARROSO, 2022, p. 19).

Nos casos de omissão parcial, existem duas classificações, sendo a primeira chamada omissão relativa e a segunda parcial propriamente dita.

Quando a lei vem a excluir de sua matéria, determinado assunto pertinente a sua essência e ao qual deveria se fazer constar, com isso, excluindo uma categoria específica, gerando a falta de um benefício para a classe e em consequência, ferindo o princípio da isonomia, dá-se o nome de omissão relativa. Nesse caso, devido a exclusão da categoria, existem três possibilidades de atuação Judicial:

- (a) a declaração da inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação;
- (b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias;
- (c) a extensão do benefício à categoria dele excluída (BARROSO, 2022, p. 20).

Por fim, na omissão parcial propriamente dita, não há descumprimento do princípio da isonomia, mas, somente a atuação insuficiente quanto a necessidade normativa. Barroso (2022)

cita como exemplo nesse caso, a legislação fixadora do salário mínimo que não fornece o reajuste necessário para a determinação constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, não atendendo assim as necessidades básicas do trabalhador.

A inconstitucionalidade parcial propriamente dita, surge então como um meio não prejudicial para o público-alvo da lei. Tomemos como exemplo a mesma omissão quanto ao valor do salário mínimo, caso fosse aplicada a omissão relativa, haveria a declaração de inconstitucionalidade por ação da lei instauradora, seria aplicada a legislação anterior, que determinava um salário menor que o atual, além de decretar o vácuo normativo, concedendo prazo para o legislador sanar essa omissão. Com a declaração da omissão parcial, será o legislador incumbido de sanar a omissão, porém, mantidos os parâmetros da legislação atual.

Demais Espécies de Inconstitucionalidade

Como elencado acima, existem 5 espécies de inconstitucionalidade com certa relevância didática e também prática. Nesse tópico, iremos discorrer sobre as espécies restantes, sendo a inconstitucionalidade total ou parcial, a direta ou indireta e a originária ou superveniente.

Será configurada a inconstitucionalidade total da norma, quando todo o conteúdo da mesma vier a contrariar a Constituição. Já a parcial, se configurará quando um artigo, parte dele ou um grupo de artigos contrariar o Texto Constitucional, inclusive se uma palavra apenas o fizer. Barroso (2022) ainda explana sobre a decisão que declarar a palavra inconstitucional, não poderá modificar seu sentido ou alcance, devendo se assim ocorrer, declarar a inconstitucionalidade de todo o dispositivo. Tal determinação se dá para evitar o ativismo judicial, limitando o órgão julgador a somente analisar a inconstitucionalidade e não praticar ato específico do Poder Legislativo, que é o de legislar.

Através da declaração de inconstitucionalidade parcial, o restante do conteúdo da lei não perderá sua eficácia, sendo tão somente invalidado o trecho ou todo artigo viciado.

Tais possibilidades inteiras ou fracionadas de inconstitucionalidade, se aplicam ao vício material da norma. No caso de vício formal (incompetência ou erro de procedimento), vindo a se configurar, a inconstitucionalidade somente será total, havendo a exceção, como no caso de lei complementar, que traga em um ou mais dispositivos que deveriam ser tratados por lei ordinária (BARROSO, 2022).

Identifica-se como inconstitucionalidade direta, quando há um contradição frontal e imediata entre a norma e a Constituição, sendo perceptível sem uma análise mais aprofundada de sua forma ou matéria. Se configura como indireta, quando antes de se chocar com a Constituição, a norma contradiz a lei que pretendia regulamentar. Sobre tal vício, nos aponta Barroso que:

O regulamento de execução que desborda dos limites da lei, por exemplo, conquanto importe em violação do princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II), terá antes violado a lei que pretendeu regulamentar, configurando uma ilegalidade previamente a sua inconstitucionalidade. Por tal razão, a jurisprudência não admite controle de constitucionalidade de atos normativos secundários (inaptos para criar direito novo), de que são espécies, além do regulamento, as resoluções, instruções normativas e portarias, dentre outros (2022, p. 21).

Na inconstitucionalidade originária, o seu vício se faz presente desde o seu nascimento, ou seja, desde o momento em que se introduziu no ordenamento jurídico, tal norma já era incompatível com a Carta Magna, formal e materialmente. Se configura como inconstitucionalidade superveniente, a lei infraconstitucional que vier a se chocar com a norma Constitucional ou emenda, após sua criação. Ou seja, o vício vem a ocorrer por força de novo Texto Constitucional ou emenda. No direito brasileiro, somente haverá inconstitucionalidade superveniente nos casos em que a matéria da norma for incompatível, sendo acolhida a norma que teve seu processo formal diverso do definido pela nova Carta Magna. (SARLET *et al*, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição, lei suprema e fundamental de um Estado, através de suas normas, estrutura os poderes e a forma de governo, determinando os direitos e deveres os membros desse Estado. Em consequência da definição do regramento constitucional é que encontramos os parâmetros para definir a constitucionalidade ou não de uma norma ou ato normativo.

Constitucional é tudo aquilo que está em conformidade com a constituição, desde sua elaboração até sua entrada em vigor no ordenamento jurídico. Diferente disso, inconstitucional vem a ser o que diverge das determinações da Carta Magna, sendo sujeitas tais divergências a um procedimento de análise, eis que a supremacia da Constituição vem a prevalecer diante de toda divergência normativa, sendo o principal princípio do controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade, vem a ser o mecanismo previsto na Constituição para sanar todo e qualquer vício normativo, sendo o presente tema de importância crucial nos dias atuais, em que tantos questionamentos sobre a legalidade ou não dos julgamentos do Excelsior órgão vem sendo levantados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais*. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

_____, Luís R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553611959. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

_____, Luis R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598995. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598995/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. DOU: Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. Ernesto Faria. Ministério da Educação e Cultura (org.). *DICIONÁRIO ESCOLAR LATINO - PORTUGUÊS*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1962.

COELHO, Inocêncio M. *Interpretação constitucional*. Editora Saraiva, 2011. E-book. ISBN 9788502134904. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502134904/>. Acesso em: 09 mai. 2023.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2017.

KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito / Hans Kelsen*; [tradução João Baptista Machado].

6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional. (Coleção esquematizado®)*. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624900. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624900/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional. (Série IDP)*. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 09 mai. 2023.

SANTOS, Luan Mesan Grossman Mendes dos Santos. *Pirâmide Kelseniana no Direito*, Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/piramide-kelseniana-no-direito/488338277>. Acesso em: 22 abr. 2023.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

SIMÃO, Calil. *Elementos do Sistema de controle de constitucionalidade*, 3ª edição. Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502616998. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616998/>. Acesso em: 17 abr. 2023.