

**ANDRÉ BLANCO MELLO**

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESTRUTURA NORMATIVA NAS  
TEORIAS PURA DO DIREITO E DO ORDENAMENTO JURÍDICO E  
SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL  
BRASILEIRA DE 1988**

Florianópolis (SC), fevereiro de 2002.

# **ANDRÉ BLANCO MELLO**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof<sup>a</sup> Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira.


FLORIANÓPOLIS (SC)

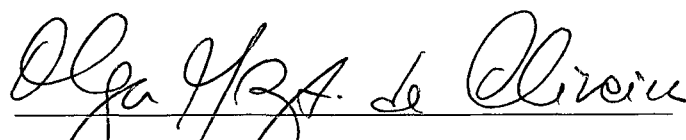
2002

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO  
CONVÊNIO UFSC/IESA**

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESTRUTURA NORMATIVA NAS TEORIAS PURA  
DO DIREITO E DO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA COMPATIBILIDADE  
COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988**

André Blanco Mello

  
Dra. OLGA MARIA B. AGUIAR DE OLIVEIRA  
Professora Orientadora

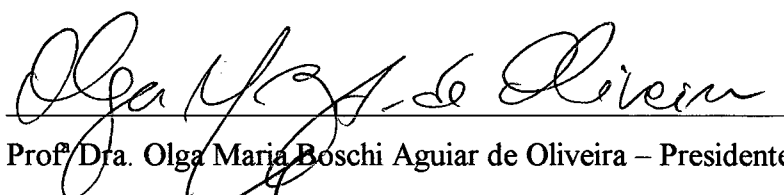
  
Dra. OLGA MARIA B. AGUIAR DE OLIVEIRA  
Coordenadora do CPGD/CCJ/UFSC

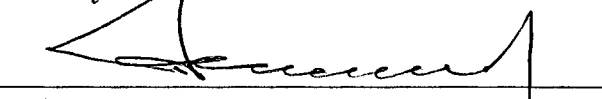
Florianópolis, 2002.

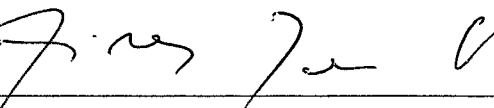
**ANDRÉ BLANCO MELLO**

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESTRUTURA NORMATIVA NAS TEORIAS PURA  
DO DIREITO E DO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA COMPATIBILIDADE  
COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988**

A dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora formada pelos seguintes professores:

  
Prof.<sup>a</sup> Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira – Presidente

  
Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer – Membro

  
Prof. Dr. Aires José Rover – Membro

  
Prof. Dr. Moacyr Motta da Silva – Suplente

Florianópolis, 08 de fevereiro de 2002.

*À minha família, singularmente bela, singela e paciente.*

## **AGRADECIMENTOS**

A um amigo imortal e sua bela filha, Isabel, pelas lições de vida.

Aos bandeirantes, os professores do CCJ, que interiorizaram um saber essencial através de turmas especiais de Mestrado.

Um agradecimento especial a Helmuth Grossmann Jr, pelo apoio técnico em informática, na especialização, no mestrado e em outras oportunidades quase diárias.

Aos meus pais, Rui e Marlene, e aos meus sogros, Helmuth e Tereza, pelo apoio que deram aos meus estudos.

Ao Professor Eduardo K. Machado Carrion, um sábio sobre a Constituição, que me ensinou os primeiros passos para a compreensão da Constituição brasileira.

Aos integrantes do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo — IESA, o Prof. Barcaro, que trouxe o primeiro Mestrado em Direito para a Região das Missões, e ao grupo de apoio, em especial ao Robespierre, que, na organização administrativa, coordenou com excelência o processo de troca de informação com a UFSC e os mestrandos.

## **RESUMO**

O ordenamento jurídico teorizado por Hans Kelsen e Norberto Bobbio tem como aspecto fundamental a sua construção escalonada, pela qual as normas produzidas pelo Estado ocupam posições hierarquicamente definidas no aspecto formal por serem produzidas conforme as normas que lhes definem a produção.

Através do conceito operacional 'estrutura normativa' e elementos teóricos da federação intenta-se estabelecer uma comparação da construção escalonada nas Teorias Pura do Direito e do Ordenamento Jurídico com o conjunto de normas oriundas dos órgãos do Poder Legislativo na forma definida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Ciência Jurídica, reduzido o conjunto de normas que a compõe, é aproximada da Política Jurídica, correção e formação discricionária do direito, para a compreensão do complexo de normas jurídicas presentes na referida Constituição.

## **RESUMEN**

El ordenamiento jurídico teorizado por Hans Kelsen y Norberto Bobbio tiene como aspecto fundamental su construcción escalonada, por la cual, las normas producidas por el Estado ocupan posiciones jerárquicamente definidas en el aspecto formal por haber sido producidas conforme las normas que les definen la producción.

A través del concepto operacional “estructura normativa” y elementos teóricos de la federación se intenta establecer una comparación de la construcción escalonada en las Teorías Pura del Derecho y del Ordenamiento Jurídico con el conjunto de normas originarias de los organismos del Poder Legislativo en forma definida en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.

La Ciencia Jurídica, reducido el conjunto de normas que la compone, es aproximada de la Política Jurídica, corrección y formación discrecional del derecho, para la comprensión del complejo de normas jurídicas presentes en la referida Constitución.



## SUMÁRIO

FOLHA DE ROSTO .....	ii
FOLHA DO ORIENTADOR .....	iii
TERMO DE APROVAÇÃO .....	iv
DEDICATÓRIA .....	v
AGRADECIMENTOS .....	vi
RESUMO .....	vii
RESUMEN .....	viii
SUMÁRIO .....	ix
INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO 1 — A ORDENAÇÃO JURÍDICA E A ESTRUTURA NORMATIVA .....	6
1.1 Do Ordenamento Jurídico .....	6
1.2 Conceito e Considerações Terminológicas sobre a Estrutura Normativa .....	16
1.3 A Estruturação Normativa e os Sistemas de Direito .....	35
CAPÍTULO 2 — A TEORIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	53
2.1 A Norma Estruturada como Objeto do Positivismo Jurídico, da Ciência Jurídica e da Política Jurídica .....	53
2.2 Os Elementos Teóricos do Ordenamento Jurídico: a construção escalonada e a hierarquização .....	62
2.3 A Coerência e a Completitude do Ordenamento Jurídico .....	84
CAPÍTULO 3 — SOBRE O ESTADO FEDERAL .....	100
3.1 Elementos da Teoria Constitucional: Conceito e Conteúdo de Constituição .....	100
3.2 Da Federação .....	115

3.3 A Federação Brasileira: as Pessoas Políticas e a Repartição de Competências . . .	130
<b>CAPÍTULO 4 — A ESTRUTURA NORMATIVA BRASILEIRA</b> . . . . .	146
4.1 Os Gêneros de Normas Constitucionais . . . . .	146
4.2 As Espécies Normativas do Processo Legislativo Constitucional . . . . .	162
4.3 Introdução aos Conflitos de Constitucionalidade . . . . .	184
4.4 Reflexos da Estrutura Normativa Constitucional . . . . .	188
<b>CONCLUSÃO</b> . . . . .	197
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> . . . . .	201

## INTRODUÇÃO

O presente estudo constitui o derradeiro requisito à conclusão da Pós-Graduação *Strictu Sensu*, Mestrado, na área de concentração designada Instituições Jurídico-Políticas, envolvendo as Instituições Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e o Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA).

O trabalho foi realizado sob orientação da Professora Dra. Olga B. Aguiar de Oliveira e tem como título *Considerações sobre a Estrutura normativa nas Teorias Pura do Direito e do Ordenamento Jurídico e sua Compatibilidade com a Constituição Federal Brasileira de 1988*, tendo sido afastado o título original *Um estudo inacabado sobre as normas na Constituição Federal brasileira e o ordenamento jurídico teórico* por razões metodológicas.

O tema é a estrutura normativa, a qual se designa, provisoriamente, como *o conjunto de normas emanadas dos órgãos do Poder Legislativo, na forma e nas posições de coordenação e subordinação estabelecidas por uma Constituição*. A delimitação do tema situa *os aspectos metodológicos no escalonamento e hierarquização das normas que compõem a estrutura normativa na Teoria Pura do Direito e na Constituição Federal de 1988*.

A problemática que se formula consiste em verificar se *a estrutura normativa apresentada nas Teorias Pura do Direito e do Ordenamento Jurídico é compatível com a estrutura presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?*

A hipótese considerada é que *a estrutura normativa definida na Constituição Federal de 1988 apresenta aspectos compatíveis e incompatíveis com a estrutura normativa contida*

*nas Teorias Pura do Direito e do Ordenamento Jurídico, tendo em vista a construção escalonada e a hierarquização formal do ordenamento positivo.*

Assim delineado o trabalho, as variáveis presentes são: a estrutura normativa; a Constituição Federal de 1988; a Teoria Pura do Direito; a hierarquia de normas e de leis; compatibilidade e incompatibilidade; os planos da estrutura normativa; o método positivo do Direito. Algumas das quais, em virtude de sua inserção em tópicos na teorização do ordenamento jurídico, foram a partir desta teorização abordados. Outras, dada a sua inerência à prescrição constitucional ou sua teorização constitucional, foram desdobradas para uma compreensão mais completa.

O estudo justifica-se como contribuição teórica ao conhecimento da estrutura normativa, da posição e das relações entre normas conforme apresentado na teoria do direito e posto na Constituição Federal de 1988.

Também se justifica o estudo porque o aprofundamento do conhecimento da Constituição implica estudar isoladamente o objeto *estrutura normativa*, destituído, em um primeiro plano, das considerações sobre relações de subordinação, isto é, hierarquia de normas e de leis.

Em uma concepção orgânica, as relações de subordinação foram apresentadas em teorias, particularmente nas Teoria Pura do Direito e Teoria do Ordenamento Jurídico, e deste plano teórico têm sido situadas na literatura jurídica como prescrição em relação às espécies normativas postas pela Constituição Federal de 1988.

Nesta ótica confusa, mista entre orgânica e relacional, resultou na utilização de várias locuções para descrever a ordem e relação entre normas, as locuções mais comuns são “pirâmide de Kelsen”, “estrutura escalonada”, “estrutura hierarquizada”, “hierarquia de normas” e “hierarquia de leis”. Todavia, a estrutura normativa posta, isoladamente considerada, em primeiro plano, demanda novos estudos para adequar as relações entre normas no direito vigente.

O motivo do aprofundamento do estudo também está diretamente relacionado com dois aspectos: a inflação jurídica e a insuficiência de critérios para dirimir conflitos entre normas.

A inflação jurídica impõe uma maior precisão a partir da Constituição para solução de conflitos de normas, principalmente por ser o elemento de unidade do ordenamento jurídico brasileiro. Há referência na literatura jurídica que o Brasil tinha 45 mil leis no início da

década de oitenta. Conforme o Ministério da Justiça divulgou no início do ano de 2000, o número de leis já chega a mais de 1 milhão.

Isso se caracteriza mais como problema de direito posto, mais especificamente, em um primeiro momento, um problema que parte da estrutura normativa (qual a posição das normas na estrutura normativa brasileira?) e, em um segundo momento, um problema de política jurídica, na qual se sistematiza a correção do direito vigente.

Entretanto, a taxa de crescimento de leis em 2.200 por cento a cada 20 anos permite inferir a gravidade deste problema em relação aos conflitos entre normas, mesmo que tenham sido objeto de estudo de solução na teoria das normas, tendo sido relegado a segundo plano na política jurídica e em outros ramos do direito muito afetados por este aspecto.

A insuficiência de critérios para dirimir conflitos entre normas é uma das maiores críticas à Teoria do Ordenamento Jurídico. As três regras teóricas para a solução de antinomias (critérios cronológico, hierárquico e da especialidade) não solucionam conflitos pertinentes à efetividade constitucional ou à consideração unitária das normas oriundas de órgãos do Poder Legislativo e outros aspectos relevantes. Na literatura jurídico-constitucional já foi constatada tal insuficiência e tem sido objeto de estudo sob alguns aspectos.

Na ciência jurídico-constitucional, o estudo impõe a análise do federalismo, das pessoas políticas, da repartição da competência legislativa, as espécies arroladas na Constituição como componentes do processo legislativo constitucional e do controle de constitucionalidade.

Inserido nesta ótica que o presente estudo intenta contribuir para solução de conflitos normativos existentes na aplicação de normas que compõem a estrutura normativa brasileira.

O objetivo geral do trabalho é examinar se a estrutura normativa definida na Constituição Federal de 1988 é metodologicamente compatível com a estrutura normativa presente na Teoria Pura do Direito.

Os objetivos específicos deste estudo são: verificar as definições ou concepções básicas sobre a estrutura normativa; examinar essa estrutura na Teoria Pura do Direito e na Teoria do Ordenamento Jurídico; e verificar a compatibilidade das estruturas normativas apresentadas na Teoria Pura do Direito e na Constituição Federal de 1988.

Este trabalho tem sua base teórica na obra de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito), particularmente nos seguintes aspectos: construção escalonada do ordenamento jurídico, método indutivo desta construção, no positivismo jurídico como método de análise da

construção escalonada e nos elementos do ordenamento jurídico, na unidade, na coerência e na completude. A coerência do ordenamento jurídico, compreendida na forma de solução de conflito de normas, é estudada, juntamente com outros aspectos, a partir da obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, de Norberto Bobbio.

O próprio federalismo que é relegado a uma mera descentralização na teorização do ordenamento jurídico contida nas obras citadas no parágrafo anterior compõe o conteúdo de outra obra utilizada como base, a *Teoria Geral do Federalismo*, de José Alfredo Baracho.

Ainda, como literatura revisada, são utilizadas poucas obras da teoria do direito e do Direito Constitucional, teórico ou positivo, na parte que circunscreve como objeto a estrutura normativa, principalmente no que tange à planificação de normas.

Esta específica questão de diversidade de planificação é nitidamente percebida no direito constitucional positivo e gera contradições quando em confronto com conteúdo de outras obras, comumente, teóricas ou introdutórias ao ensino jurídico.

O método de abordagem utilizado é o método indutivo. O método de procedimento é o monográfico. A técnica de pesquisa utilizada para efetivação do estudo é a bibliográfica.

O presente estudo é ordenado em quatro segmentos.

O Capítulo inicial examina o ordenamento jurídico e a estrutura normativa, inicialmente, com a verificação de alguns aspectos introdutórios do ordenamento jurídico, em seguida, com a adoção de um conceito provisório de estrutura normativa e com o exame de algumas particularidades terminológicas, culminando com considerações históricas sobre a ordenação jurídica.

O Capítulo segundo aborda a teorização do ordenamento jurídico em três partes. Primeiramente, pela introdução dos aspectos metodológicos, abordando o positivismo jurídico, a ciência jurídica com o seu variável objeto e a política jurídica, fundamentalmente como estratégia à produção de normas coerentes. As segunda e terceira subdivisões deste capítulo examinam a teorização do ordenamento jurídico. Aquela verifica as normas sobre produção de normas e os elementos teóricos da construção escalonada, o próprio escalonamento e a hierarquia. A terceira parte complementa o estudo da teorização do ordenamento jurídico com o exame dos elementos coerência e completude do ordenamento jurídico

No Capítulo terceiro, verifica-se a conformação do Estado federal em duas partes. A primeira contém os elementos da teoria federal, o conceito e o conteúdo de Constituição. A

parte derradeira expõe a Federação brasileira, suas pessoas políticas e a competência legislativa daquelas pessoas consoante contido na literatura constitucional.

O Capítulo quarto pontua a estrutura normativa brasileira em quatro segmentos. O primeiro segmento examina os gêneros de normas prescritas na Constituição Federal de 1988 através da repartição de competências. O tópico seguinte contempla as espécies normativas prescritas como componentes do processo legislativo na Constituição Federal e a hierarquia entre espécies normativas. A terceira parte é pertinente ao controle de constitucionalidade, particularmente aos conflitos de validade e o controle de constitucionalidade destes conflitos. O derradeiro segmento examina a estrutura normativa como o segundo escalão prescrito na teorização do ordenamento jurídico e a utilidade de alguma conformação neste sentido.

A título de informação, algumas observações de ordem metodológica devem ser destacadas:

Primeira, no decorrer do estudo, vários conceitos operacionais são expressos, alguns são adotados e outros refutados, ambos os casos ocorrem durante o desenvolvimento do estudo. Eventualmente, algumas definições ou significados são citados ou atribuídos, mas não são nem adotados nem refutados, apenas porque, qualquer que seja o aspecto, há irrelevância ao desenvolvimento e à conclusão do estudo.

Segunda, no Capítulo 2 há o que parece ser um deliberado excesso de transcrições, particularmente das obras Teoria Pura do Direito e Teoria do Ordenamento Jurídico. Em verdade é deliberado, mas não excessivo. O intuito de tantas transcrições reside em dois aspectos. Primeiramente, na necessidade de citar tal qual os autores expuseram os aspectos examinados, que, refutados ou não, elucidam, em algum sentido, o tema abordado. O segundo motivo refere-se à preservação da palavra dos autores, pois a paráfrase induz, por mais cautela que se tenha, à falha de interpretação de quem utiliza outras obras, particularmente, das obras estrangeiras traduzidas. Neste sentido, o julgamento do uso adequado das várias transcrições é atribuído a quem de dever.

Terceira, o fato de se desconsiderar alguns fundamentos contidos na literatura jurídica abordada não implica impugnação destas. Pelo contrário, a única pretensão é definir objetividade maior na relação entre normas federativas, o que acarretará, além de melhor eficácia social de normas constitucionais, pela compreensão de limites confusos na literatura jurídica, a promoção do necessário ajustamento na coordenação de normas legisladas.

# CAPÍTULO 1 — A ORDENAÇÃO JURÍDICA E A ESTRUTURA NORMATIVA

## 1.1 DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O estudo da norma jurídica pode ser procedido a partir de várias concepções teóricas e ideológicas, assim como pode ser realizado a partir de pontos de vista ou enfoques variados, o que, por si só, já é resultado da multiplicidade da fenomenologia do direito.

Desta multiplicidade fenomenológica surge uma primeira dificuldade de estudo da estrutura normativa: o que é ou qual é a concepção científica para o estudo da estrutura normativa? A resposta à indagação não pode ser encontrada sem perquirir o enquadramento que se dá à estrutura normativa, ou seja, onde está a estruturação normativa e quais seus elementos de definição, características ou elementos funcionais. Assim sendo, define-se como questão de ordem a apresentação da conceituação e caracterização de *ordenamento jurídico*.

A justificativa do prévio estudo do ordenamento jurídico é embasada nos seguintes aspectos de ordem metodológica:

A) no estudo das ciências sociais, há de buscar-se preliminarmente seu elemento definidor principal e o aspecto que se pretende focar. *In casu*, o elemento definidor, ou seja, o ramo da ciência social sob enfoque é o Direito e o seu aspecto a focar é o ordenamento jurídico.

B) do ordenamento jurídico, em seus múltiplos enfoques dimensionais, o objeto deste estudo é a estrutura normativa, não na totalidade, mas somente a estrutura normativa primária,



nos termos trabalhados na literatura jurídica geral, que oportunamente será definida, caracterizada e dimensionada.

C) a estrutura normativa é posta em dois planos elementares, um primeiro, inserto na Teoria do Direito, em que são estabelecidas regras teóricas sobre o conceito, a composição da estrutura e as relações entre normas, o segundo, é referente à concepção de uma constituição particular, formada na organização do Estado, na organização dos Poderes, no exercício do poder, na hermenêutica e interpretação constitucionais, no controle de constitucionalidade e também relacionada aos direitos fundamentais.

Assim posto, definido o rol supra como seqüência de abordagem deste estudo, iniciar-se-ão as considerações sobre o ordenamento jurídico.

Embora não defina ordenamento jurídico diretamente, KELSEN apresenta uma idéia de ordem jurídica, cuja locução guarda sinonímia com ordenamento jurídico, e considera inicialmente o significado do termo “Direito”, concluindo que seu objeto, em diferentes povos e épocas, é apresentado como ordens de conduta humana, e define “ordem” como “*um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade*”<sup>1</sup>. De imediato, conceitua fundamento de validade como “*(...) uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem*”<sup>2</sup> e, posteriormente, cita que “*(...) a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas*”<sup>3</sup>.

Conforme citado, verifica-se a presença de um sistema ou conjunto de normas, o que em si já é uma unidade, mas posto sob o fundamento de uma só norma, a fundamental, que expressa a idéia de coesão, liame. Esta “norma fundamental” é deveras importante à estruturação normativa e será posteriormente abordada.

KELSEN apresenta ainda outro elemento componente da definição de ordem jurídica ou ordenamento jurídico, que é a super-infra-ordenação: “*A relação entre a norma que regula a produção de uma outra norma e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação*”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 33.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, *idem*.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 228.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 240.

Na seqüência, esta super-infra-ordenação é seguida de um escalonamento hierarquizado, que o autor apresenta no seguinte trecho: “*A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas*”<sup>5</sup>.

A compreensão kelseniana de ordenamento jurídico apresenta ainda outros componentes, muitas vezes desconsiderados, mas que são a amplitude do que se percebe como ordenamento jurídico e, por fim, considerando a pessoa que põe as normas, a existência de Estado com um ou mais produtores do Direito, quando então ocorre centralização ou descentralização do poder legiferante.

Quanto ao aspecto centralização/descentralização, estabelece que “*(...) a figuração corrente do Estado parte do pressuposto singelo de que todas as normas que formam a ordem estadual [estatal] valem por forma igual para todo o território do Estado*”<sup>6</sup>. Nesse trecho citado, ao que parece, está precisamente presente o estabelecimento de normas gerais, característica do Estado quando perscrutado em seu aspecto exterior. Esta idéia é reforçada no seguinte trecho: “*A idéia de que as normas estaduais valem da mesma forma para todo o território do Estado é favorecida pela suposição de que a ordem jurídica estadual apenas consta de normas gerais (...)*”<sup>7</sup>.

Mas, além da edição de normas gerais pelo Estado, KELSEN diz que tais normas gerais “*(valem por forma igual para todo o território do Estado) ou — na medida em que as referimos à pessoa da autoridade que põe as normas — provêm de uma única instância, de que uma única instância domina, de um centro, todo o território do Estado*”<sup>8</sup>. Nesse aspecto, o autor está a trabalhar com a concepção de Estado unitário e seu oposto o Estado federal. Justamente, o que mais se destaca na caracterização de Estado unitário, em regra, é a existência de um único centro de produção normativa (poder legislativo). Justamente, ao Estado unitário, designa-o como comunidade jurídica centralizada vinculando a centralização jurídica ao poder legislativo único, *desconsiderando outras normas não emanadas do poder legislativo*, como por exemplo, atos administrativos e decisões judiciais, pois considera estas, na hipótese, normas individuais e não gerais.

Já a concepção de Estado Federal é definida partindo da coexistência de pluralidade de comunidades jurídicas do Estado. Neste caso, “*(...) as normas de uma ordem jurídica têm*

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 240.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 347.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, *idem*.

*diferentes âmbitos espaciais de validade, existe a possibilidade — se bem que não a necessidade — de, para diferentes domínios parcelares, vigorarem normas de diferente conteúdo*”<sup>9</sup>. Por regra, a caracterização de Estado federal tem presente a concepção de uma comunidade jurídica descentralizada, com a existência de mais de um órgão do Poder Legislativo. A composição do Estado federal, também compreendida como desmembramento territorial, em “*Estados-membros é um problema especial do domínio espacial de validade das normas que formam a ordem estadual*”<sup>10</sup>. No Estado federal é considerado, então, que existe uma descentralização da produção normativa ficando um poder central com o poder de edição de normas gerais.

Este aspecto, de centralização/descentralização, embora tenha recebido muito destaque em alguns estudos isolados nos planos teórico, teórico constitucional ou propriamente do direito constitucional positivo, tem recebido pouca consideração no que diz respeito ao confronto entre compreensão teórica e resultante de direito constitucional positivo, particularmente, no que se refere à Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988. Tal consideração será oportunamente enfrentada.

A última formulação kelseniana importante ao estudo é sobre o conteúdo ou amplitude do ordenamento jurídico. Quando KELSEN aborda a centralização, consoante trecho citado anteriormente, tece considerações sobre o que considera pessoa (Estado) que põe as normas e textualmente desconsidera *outras normas que não tenham sido emanadas do poder legislativo*, como por exemplo, atos administrativos e decisões judiciais, pois considera estas, na hipótese, normas individuais e não gerais. Deste tópico pode-se concluir uma composição ou estruturação normativa distinta quando se amplia ou restringe as espécies de normas, o que apresenta variantes no estudo científico do poder, seu exercício e limitações, através de espécies normativas, interpretação jurídica e constitucional, controle de constitucionalidade, eficácia e efetividade constitucionais, e, por fim, na delimitação do campo da política jurídica em função daqueles institutos.

Mas o estudo do ordenamento jurídico não se resume ao posto ou proposto por KELSEN, sendo inegável o avanço resultante da cientificidade por ele imprimida. Foi tão significativa a contribuição kelseniana que NORBERTO BOBBIO aprofundou o estudo do

---

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 347.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 350.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 347.

ordenamento jurídico, sistematizando-o na forma da Teoria do Ordenamento Jurídico, em que contextualiza, complementa ou redefine alguns aspectos da obra de KELSEN.

Inicialmente, BOBBIO considera que “(...) *as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si*”<sup>11</sup> e identifica “Direito” como sinônimo de “ordenamento jurídico” quando são utilizadas expressões “*Direito romano, Direito Canônico, Direito italiano, etc*”<sup>12</sup>. E prossegue “*Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo*”<sup>13</sup>. A seguir, acresce “(...) *uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico*”<sup>14</sup>.

BOBBIO apresenta o ordenamento jurídico como “(...) *objeto autônomo de estudo, com seus problemas particulares e diversos*”<sup>15</sup> dos da norma jurídica. Este autor ressalta que, embora existissem estudos sobre a norma jurídica com análise de problemas característicos do ordenamento jurídico, estes problemas estavam misturados a outros e não recebiam a devida análise separada e particular, pois eram considerados problemas da norma jurídica.

Em relação ao fundamento de validade, BOBBIO não a considera separadamente da eficácia e entende ambas como problemas que geram dificuldades insuperáveis na consideração apenas de norma singular, mas que diminui se a referência é “(...) *ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento de validade*”<sup>16</sup>.

Por conseguinte, constata-se que o autor não enfrenta diretamente a questão do fundamento de validade quando introduz a teoria do ordenamento jurídico, por impertinência temática, deslocando-o, posteriormente para o estudo dos problemas do ordenamento jurídico<sup>17</sup>, da unidade e da coerência teorizadas do ordenamento jurídico. Ou seja, BOBBIO remete a questão do fundamento de validade à estruturação normativa e, mais especificamente aos problemas resultantes das relações entre normas.

---

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5 ed. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 19.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 21.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 22.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 20.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 29.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 34.

Nesse sentido, acompanhando o desenvolvimento temático adotado por BOBBIO, o estudo dos problemas do ordenamento jurídico relevantes à estruturação normativa serão objeto de abordagem mais detalhada quando apresentada a estrutura normativa, ou seja, quando definidas a estrutura normativa presente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, em tópico posterior. Todavia, não olvidando na apresentação de uma visão geral, as características do ordenamento jurídico que importam são citadas por BOBBIO: *“A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos: a unidade, a coerência, a completitude<sup>18</sup>; são estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem”<sup>19</sup>.*

Conquanto tenha sido apresentada a unidade do ordenamento jurídico, é importante apresentar o seguinte aspecto referido:

*“Há, realmente, modo e modos de conceber a unidade do direito, e o modo no qual a entende o jusnaturalismo é profundamente diferente daquele no qual a entende o juspositivismo: para o primeiro, se trata de uma unidade substancial ou material, relativa ao conteúdo das normas; para o segundo, trata-se de uma unidade formal, relativa ao modo pelo qual as normas são postas.*

*“Kelsen exprime essa diferença falando de dois tipos diversos de ordenamentos normativos: o ordenamento estático (ao qual pertencem a moral e o direito concebido jusnaturalisticamente) e o ordenamento dinâmico, que é próprio do direito concebido positivisticamente. Segundo os jusnaturalistas, portanto, o direito constitui um sistema unitário, porque todas suas normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral, que é a base de todo o sistema postulado e constitui um postulado moral auto-evidente (...) Já segundo os juspositivistas, ao contrário, o direito constitui uma unidade num outro sentido: não porque suas normas possam ser deduzidas logicamente uma da outra, mas porque elas todas são postas (direta ou indiretamente, isto é, mediante delegação de autoridades subordinadas) pela mesma autoridade, podendo assim, todas serem reconduzidas à mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito (...).”<sup>20</sup>*

<sup>18</sup> Bobbio utiliza a palavra *completude* para referir-se à *completitude*. O Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa apresenta somente o termo ‘completitude’ para designar o conceito referido por Bobbio, *“qualidade ou condição do que é completo”*, in FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1986, verbete COMPLETITUDE, p. 440. Assim expresso, os termos serão utilizados como sinônimos no desenvolvimento do presente trabalho.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 198.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 199-200.

O autor refere, ainda, na significação do sentido da característica unidade que:

*“A concepção juspositivista da unidade do ordenamento jurídico nos reconduz aqui, por conseguinte, ao que dissemos a propósito das fontes do direito, que, segundo o positivismo jurídico, tais fontes são hierarquicamente subordinadas e existe uma única fonte de qualificação, vale dizer, uma única autoridade que atribui direta ou indiretamente caráter jurídico a todo o conjunto de normas.”*<sup>21</sup>

A partir destes elementos, BOBBIO considera o papel da norma fundamental na base do ordenamento jurídico, cuja definição está presente em KELSEN e apresentada como teoria. Mas esta definição de norma fundamental pode ser relegada a plano posterior e o será à contextualização do escalonamento e da hierarquia.

Mas, embora a caracterização da unidade seja relativamente precisa, o mesmo não ocorre com as características da coerência e da completitude do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, BOBBIO apresenta definições indiretas de coerência e completitude, negativamente, nos seguintes termos:

*“(..) a incoerência do sistema é a situação em que ‘há’ uma norma e ‘há’ uma outra norma incompatível com a primeira; a incompletitude é a situação em que não há ‘nem’ uma norma, ‘nem’ uma outra incompatível com esta. Na incoerência já uma norma a mais (há ... há); na incompletitude há uma norma de menos (nem ... nem)”*.<sup>22</sup>

Após isto, BOBBIO tece considerações sobre a coerência do ordenamento jurídico e apresenta os critérios para eliminar antinomias, definidas como incompatibilidade entre normas e, em relação à completitude, os tópicos de relevo referem-se ao problema das lacunas da lei. Ambos aspectos, coerência e completitude serão objeto de estudo adiante, sob enfoque de escalonamento e hierarquização, teórica e constitucional.

Todavia, embora atendida a finalidade precípua deste tópico que consiste na apresentação de uma definição de ordenamento jurídico com vistas à contextualização introdutória do estudo da estrutura normativa, constata-se que, a título de complementação, um conceito de ordenamento jurídico não escapou de definição lexicográfica. Consoante SIDOU, Ordenamento Jurídico é o:

*“conjunto de preceitos (normas e regras) que formam uma unidade e cujo conteúdo, tendo como núcleo a Constituição, é*

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 200.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 203.

*integrado, em grau descendente de hierarquia, pelas leis, decretos, portarias, regulamentos, decisões administrativas e negócios jurídicos individuais, e, em quadro à parte, a doutrina jurídica, vinculante (decisões judiciais) e não vinculante (opiniões dos juristas)”<sup>23</sup>.*

Os elementos que caracterizam este conceito estão presentes nas obras de Kelsen e Bobbio, as Teoria Pura do Direito e Teoria do Ordenamento Jurídico, respectivamente. São: a) a unidade; b) a composição (normas e regras; inclusas a doutrina jurídica, composta por decisões judiciais, vinculantes, e as opiniões de juristas, não vinculante); c) uma constituição como núcleo e d) a relação hierárquica entre as normas e regras que compõem o ordenamento jurídico.

Este conceito genérico inclui uma composição questionável. Primeiramente porque entre as normas estão as decisões judiciais, que não são emanadas de órgãos do Poder Legislativo e, somente excepcionalmente são caracterizadas por serem genéricas. Em segundo, porque inclui as opiniões de juristas, que não emanam do Estado, nada normatizam, não vinculam, consoante exposto, e, não permitem vislumbrar o que é “jurista” nem o respaldo necessário para tal qualificação.

Todavia, mesmo aceitando tal definição lexicográfica como razoável, particularmente em vista dos elementos citados, verifica-se certa identidade nos elementos conceituais adotados pelos outros autores trabalhados, bem como suficientemente caracterizada uma idéia inicial de ordenamento jurídico para fins de continuidade do estudo.

Contudo, embora suficientemente caracterizada a definição de Ordenamento Jurídico nos termos apresentados, cumpre salientar dois aspectos sobre o estudo do ordenamento jurídico. Primeiro, o estudo do ordenamento jurídico é algo recente, a teorização de BOBBIO é datada originalmente de 1982. Segundo, muito há por definir no estudo científico do ordenamento jurídico, mormente no confronto teorização de ordenamento jurídico e ordenamento jurídico positivado.

Ambos aspectos são referidos por BOBBIO que, em lúcida e percuciente visão, antevia que o estudo do ordenamento jurídico estava em estágio embrionário. Esta consideração é constatável na seguinte passagem:

*“(..). Ainda que seja óbvia a constatação de que as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade, e que a palavra ‘direito’ seja utilizada indiferentemente tanto para indicar uma norma jurídica*

<sup>23</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 559.

*particular como um determinado complexo de normas jurídicas, ainda assim o estudo aprofundado do ordenamento jurídico é relativamente recente, muito mais recente que o das normas particulares, de resto bem antigo. Enquanto, por um lado, existem muitos estudos especiais sobre a natureza da norma jurídica, não há, até hoje, se não nos enganamos, nenhum tratado completo e orgânico sobre todos os problemas que a existência de um ordenamento jurídico levanta. Em outros termos, podemos dizer que os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta a si mesmo, que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo mais vasto que a compreende. Ao dizer isto, queremos também chamar a atenção para a dificuldade da sistematização de uma matéria que não tem um passado de segura tradição, e ainda para o caráter experimental desta exposição.”*<sup>24</sup>

Particularmente, é sobre o Direito brasileiro que se circunscreve o presente estudo, no confronto entre teoria do ordenamento jurídico e ordenamento constitucionalizado, mais precisamente, na dicotomia estruturação normativa e escalonamento normativo nos planos teórico e positivado.

Como último elemento da abordagem introdutória do ordenamento jurídico, destaca-se a existência de uma variante terminológica. Eventualmente encontra-se a locução *ordenamento legal* para referência expressa ao “conjunto de preceitos que formam a legislação vigente num país, tendo como elemento básico sua Carta política, e, em harmonia com ela, as leis e demais atos normativos”<sup>25</sup>.

Este conceito, embora útil como definição genérica ou para apresentação de uma idéia geral, contextualizando ou restringindo os elementos conceituais de ordenamento jurídico, contém, inicialmente, uma amplitude que pode gerar imprecisão terminológica. Ao conjugar um conjunto de preceitos composto pela Constituição, leis e demais atos normativos, está-se a definir como objeto normas de caráter geral e abstrato, independente de origem, tanto oriundas do legislativo como do executivo, ou eventualmente, do judiciário.

O problema da composição neste conceito de ordenamento legal está, ao que parece, na utilização da palavra *legal*, que é polissêmica, isto é, possui mais de um significado, permitindo compreender em seu conceito, no mínimo, quaisquer normas de caráter geral e

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 19-20.



abstrato, ou somente espécies produzidas por um processo legislativo, constitucionalmente referido, realizado perante órgãos do Poder Legislativo. Em vista disto, o uso deste conceito deve ter, por precaução, uma prévia definição do que signifique exatamente o termo *legal*.

Este aspecto é por demais contraditório pois a ampliação de espécies tão distintas demandam um estudo maior à definição de um ordenamento particular. Para fins de estudo, o conjunto de normas abarcado tem tamanha disparidade e particularidades distintas nas relações entre as espécies que a teoria do direito, particularmente, a teoria do ordenamento jurídico não é apta a enfrentar os problemas relacionais que são próprios à, por exemplo, composição do ordenamento legal brasileiro.

Outro problema que surge do conceito citado, da locução *ordenamento legal* é a *harmonia* das leis e demais atos normativos com a Constituição. Diante da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos ou compatibilidade com a Constituição, não há como precisar se tais leis ou atos normativos estão em harmonia ou se são compatíveis com a Constituição. À guisa de exemplo, perante a Constituição brasileira de 1988, uma lei pode entrar em vigor após elaboração consoante a Constituição e impugnada judicialmente, com decisão final do Supremo Tribunal Federal, após seis ou sete anos de processo, em que é julgada incompatível com a Constituição. Poder-se-ia argüir *harmonia* desta lei ou ato normativo com a Constituição? Havendo harmonia, desde quando existiria, ou, ainda, até quando? A concepção de harmonia pode gerar, neste sentido, confusão ou imprecisão.

Ademais, enquanto a harmonia em sentido formal (observância de regramento constitucional do processo legislativo) pode ser verificável com certa facilidade, a harmonia em sentido material (compatibilidade com diretrizes, valores e regras da Constituição) ou teleológico (tendência aos objetivos postos pela Constituição) já guarda uma restrição que muitas vezes somente pode ser definida em última ou única instância pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a *harmonia* pode assumir uma concepção pura e simples de resultar na simplificada idéia de escalonamento, própria da teoria do direito e arraigada, e quase inquestionável, no direito brasileiro. Neste aspecto, harmonia tem algum sentido na definição, mas o sentido é insuficiente perante a regra geral de desconsideração da preponderância das relações de coordenação de normas jurídicas emanadas de poder legislativo, como adiante se especificará.

---

<sup>25</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 559.

Em vista disto, o conceito de ordenamento legal pode ser adotado no presente estudo para referir exatamente ao seu conteúdo conceitual, mas adotar-se-á um conceito específico, o de estrutura normativa, que é mais restrito que os conceitos de ordenamento jurídico e legal, mormente para evitar confusão ou dúvidas sobre o conteúdo que se pretende desenvolver.

Apresentado o ordenamento jurídico com destaque particular aos seus elementos de relevo ao presente estudo, passar-se-á às considerações sobre a estrutura normativa.

## **1.2 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS SOBRE A ESTRUTURA NORMATIVA**

A locução estrutura normativa, embora seja tema ou título de alguns artigos doutrinários, não tem, ao que foi apurado, definição lexicográfica ou doutrinária, legal ou jurisprudencial. Todavia, parece cogente e coerente que seja posta uma definição provisória, ou os elementos de uma definição provisória, pelo menos, a título de acordo semântico, para, única e exclusivamente, utilização no presente estudo.

Nesse sentido, pode-se compreender a estrutura normativa sob a inclusão de pelo menos dois elementos contidos nas definições de ordenamento jurídico no plano teórico, expressos tanto em KELSEN, como em BOBBIO e na definição lexicográfica apresentada.

O primeiro elemento refere-se ao conjunto de normas que compõem um determinado ordenamento jurídico. A justificativa da presente consideração está em um aspecto metodológico. Quando se estabelece, em plano teórico, quais normas podem estar presentes em um ordenamento jurídico, está-se a trabalhar com uma abstração, não necessariamente a todos e quaisquer ordenamento particulares, de países específicos. Tanto é assim que, como adiante verificar-se-á, KELSEN desenvolveu seu estudo apresentando, inicialmente, normas primárias como gerais e abstratas.

O segundo elemento do conceito de ordenamento jurídico adotado para definir estrutura normativa é o escalonamento ou hierarquização, ou seja, as relações estabelecidas entre as normas que compõem um determinado ordenamento, consoante determinação de uma

lei maior específica, uma Constituição determinada. A justificativa da inclusão da hierarquia ou de quais normas compõe os escalões é relativamente simples e resulta de um liame lógico, justamente o que define a hierarquização do ordenamento jurídico. Quando é estabelecido um conjunto de normas, aparte ser considerado o conjunto, há de ser necessário referir qual norma deve preponderar ou situar qual deve estabelecer normas sobre normas e, evidentemente, dizer quais normas compõem o ordenamento jurídico e qual relação entre elas se estabelece, se de subordinação ou de coordenação.

Em consequência do exposto, a título de acordo semântico, o conceito adotado provisoriamente é o seguinte: *estrutura normativa* é o conjunto de normas emanadas do poder legislativo, na forma e nas posições de coordenação e subordinação estabelecidas por uma Constituição.

No presente conceito, absolutamente questionável e sujeito à quaisquer críticas, encontram-se os dois elementos citados do conceito de ordenamento jurídico, a composição e o escalonamento hierárquico e, um terceiro, geralmente não citado, a relação ou escalonamento paralelo ou horizontal.

Justamente este é o elemento trabalhado geralmente na doutrina constitucional e que verte divergências significativas tanto na doutrina como na jurisprudência, motivado por, ao que parece, ausência de cientificidade sobre a interpretação constitucional e política jurídica.

Mas, especificando o conceito, existem pelo menos cinco elementos ali presentes. O primeiro elemento do conceito é a delimitação da estrutura normativa em um único Estado, jamais a teoria do ordenamento provendo o direito de tal concepção, pois se um mesmo conceito pode ser aplicado a dois ou mais planos de estudo há probabilidade razoável de confusão. Neste aspecto, sob qualquer ótica que seja, o conceito adotado não pode ser criticado, embora possa ser comparado ao lexicográfico de ordenamento legal, já citado e expurgado.

O segundo elemento do acordo é a unidade, pois quando se fala em estrutura normativa há de se trabalhar com vários componentes ou partes que possam ser reunidos em um para definir esta unidade como objeto de estudo.

O terceiro elemento especifica a origem subjetiva definida em uma Constituição, *in casu*, o órgão com a função legislativa. Disto resulta uma complexidade diversa quando o soberano, em sua atribuição de legislador é um, ou única instância, ou mais de um, ou várias instâncias, ou seja, se há centralização ou descentralização política, Estado unitário ou federal. Os reflexos desta consideração, deveras complexos, serão objeto de particularização posterior,

mormente pelos resultados distintos que apresentam nos planos teórico do direito e do direito constitucional positivo.

O quarto elemento é a definição das espécies normativas que compõem a ordem jurídica estatal. A justificativa da adoção de um número limitado de espécies normativas, as previstas em uma determinada Constituição, resultante de um poder soberano, também resta de ordem lógica ou metodológica. A constituição de uma estruturação normativa de quaisquer espécies normativas de caráter geral e abstrato no Brasil inclui como espécies normativas, além das produzidas pelos órgãos do Poder Legislativo em três esferas, União, Estados e Municípios, considerando a partição, totalizando oito, todos os regulamentos, resoluções, e quaisquer atos normativos por estes produzidos. Além disto, acresceria as resoluções dos vários conselhos, agências ou similares nacionais, criados nesta década de adaptação ao padrão norte-americano ou mundial, ou seja, agências nacionais de energia elétrica, de telecomunicações, de águas, ou estaduais de prestação de serviços públicos, o Conselho Nacional de Trânsito — CONTRAN, o Instituto Nacional de Metrologia — INMETRO<sup>26</sup>. Neste aspecto, a definição de espécies normativas inclui ou considera somente as normas emanadas de poder legiferante previsto constitucionalmente, incluindo, no caso brasileiro, as três esferas da federação.

O quinto elemento do conceito posto de estrutura normativa é o tipo de relação que se estabelece entre as normas. O recurso à presente delimitação é, também, metodológico. Em regra, no plano teórico, a concepção de ordenamento engloba necessariamente uma relação hierárquica absoluta. Tanto é assim que o critério primeiro para solução do confronto de normas é a hierarquia. Todavia, diante de uma delimitação de campos de abrangência de normas por uma Constituição, somente quando há pluralidade de sujeitos na elaboração normativa, cujo principal caso é uma federação, abre-se um plano que não é o da hierarquia, pois a Constituição delimita o que seja norma central e norma de outro ou outros entes. Justamente neste aspecto, quando a Constituição define a norma do ente central está também limitando o ente central sobre a normatização que extrapola sua esfera e invade a esfera de outro ou outros entes. Esta particularidade, embora talvez não seja o que ocorre nos Estados Unidos da América do Norte, é exatamente o que ocorre ou como se define na Constituição

---

<sup>26</sup> Em virtude do grau de especificidade contido em normas gerais e abstratas oriundas de órgãos do Poder Legislativo, das leis, é coerente inferir que o conteúdo da normatização dos órgãos técnicos (conselhos, institutos, agências, etc), principalmente pelo grau de tecnicidade da terminologia adotada, será absolutamente distinto do conteúdo das leis e não meramente reprodução. Neste sentido, os conflitos entre princípios e regras contidos em leis e normas dos órgãos técnicos incrementará o nível de discussão.

Brasileira. Mas este aspecto, deveras complexo, será abordado posteriormente, de forma mais detalhada, quando se tratará da estrutura normativa presente na vigente Constituição da República Federativa do Brasil.

Todavia, conquanto seja razoavelmente preciso o conceito de estrutura normativa adotado, não está isento de críticas por imprecisão ou indefinição em algum aspecto qualquer. Em virtude disto, apresentar-se-ão, ainda, algumas considerações sobre o conceito adotado, justamente para fornecer maior consistência à crítica, pois o objetivo do presente estudo não é trazer uma definição precisa, mas somente introduzir ou reintroduzir um elemento necessário ao aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, embora se possa considerar idênticos, em certo aspecto, a definição lexicográfica de ordenamento legal e o conceito de estrutura normativa apresentado, e realmente é de se reconhecer que guardam parcial identidade. Há de se diferenciá-los no seguinte: primeiro, enquanto no conceito de ordenamento legal estão contidos todas as leis e atos normativos, ou seja, as normas de caráter geral e abstrato, na estrutura normativa estão somente as normas, de caráter geral e abstrato previstas na Constituição, oriundas de um poder legislativo e resultantes de um processo legislativo.

O segundo elemento distintivo dos conceitos de ordenamento legal e estrutura normativa está, em certo sentido, presente no termo *harmonia* das leis e atos normativos, expressa no conceito de ordenamento legal. Por mais que se possa compreender harmonia como sinônimo de hierarquização, ou até abrangendo a relação de coordenação, com a Constituição, no conceito de estrutura normativa a harmonia é única e exclusivamente considerado no relacionamento entre Constituição e demais atos normativos gerais e abstratos resultantes de um processo legislativo, constitucionalmente previsto. Isto envolve apenas as relações de hierarquia e coordenação entre a Constituição e tais normas produzidas por poder legiferante, nada mais.

Já na identificação entre os conceitos de ordenamento legal e estrutura normativa estão a composição pela Constituição e algumas espécies normativas de caráter geral e abstrato, a relação hierárquica destas espécies com a constituição e a harmonia, em certo sentido, no que diz respeito à coordenação que posiciona paralelamente os produtores de espécies normativas.

Poder-se-ia considerar idênticos os conceitos de ordenamento legal e estrutura normativa? Em certo aspecto sim. Mas é uma questão doutrinária ou normativa, que neste

plano resulta em maior dificuldade, pois qualquer conceito legal é sujeito a maiores críticas que os conceitos doutrinários.

Neste aspecto verifica-se que, em um plano teórico, se forem considerados como componentes da estrutura normativa quaisquer leis, atos normativos, de caráter geral e abstrato, individual e concreto, a locução que os envolve é ordenamento jurídico, inexistindo atual necessidade de qualquer especificação e, portanto, alteração.

A locução ordenamento legal em um sentido amplo refere-se, consoante abstração da definição lexicográfica no plano teórico, à composição das normas ordenamento jurídico mais a adição da opinião de juristas, ou seja, da doutrina jurídica, que não é vinculante nem emana do Estado, como as normas que compõem o ordenamento jurídico.

Já em plano de especificidade, verifica-se que, se forem considerados como componentes da ordem jurídica quaisquer leis, atos normativos, de caráter geral e abstrato, individual e concreto, que estejam presentes em determinado ordenamento jurídico específico, todas emanadas do Estado, como no caso brasileiro, por exemplo, não há necessidade de adotar outro termo que não “ordenamento jurídico brasileiro”.

Ainda no plano da especificidade, a locução “ordenamento legal” aplicado ao direito brasileiro, não se pode olvidar, têm, consoante definição lexicográfica citada, abrangência em certa medida diversa da de ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, a amplitude envolve além das normas gerais e abstratas, normas individuais e concretas, quase todas emanadas de órgãos do Estado.

Desta forma, a adoção da expressão “ordenamento legal” é considerada inadequada ao estudo por estar consolidada na literatura jurídica, inquestionável se certa ou errada a sua significação. É nestes termos que fica impossibilitada uma redução da composição de normas englobadas na locução “ordenamento legal” para adequação ao conceito de estrutura normativa ou, mais especificamente, estrutura normativa brasileira, se não por isso, pela própria especificidade do estudo que demanda uma definição mais restrita que o conceito consolidado em doutrina. Mas, mesmo que assim fosse possível, excluindo da definição lexicográfica de “ordenamento legal” as normas que não são oriundas de poder legislativo, de caráter geral e abstrato, evidentemente, “ordenamento legal” seria a melhor expressão a definir o objeto de estudo. Mas, para evitar exatamente a controvérsia que resulta do somatório de normas componentes, consoante caracteres precisos, foi estabelecido este acordo semântico sobre o significado de “estrutura normativa”.

Outro aspecto de destaque é a distinção entre os conceitos de ordenamento jurídico e estrutura normativa. Entretanto, isso parece de menor dificuldade tendo em vista a abrangência do conceito de ordenamento jurídico contido na concepção kelseniana, pois este abarca quaisquer normas jurídicas, gerais e abstratas, individuais e concretas, o que, por si só, é suficiente para afastar qualquer confusão terminológica.

Uma última consideração sobre o conceito de estrutura normativa envolve a conexão entre dois aspectos presentes nas justificativas dos componentes do conceito, o primeiro é a soberania, o segundo, a centralização ou descentralização da produção normativa, ou seja, a forma de Estado adotada, unitário ou federal.

Em relação ao primeiro, o conceito de soberania, pode-se afirmar que sofre algumas variações de abordagem na literatura jurídica mas apresenta elementos singulares em sua composição. As definições lexicográficas citadas no Vocabulário Jurídico de NÁUFEL indicam tanto a diversidade conceitual como os elementos singulares citados, assim, soberania:

*“(...) Segundo o conceito clássico, é o direito que tem um povo de governar-se por si próprio. Para P. de Lacerda, citado por Carneiro Leão, ‘é o poder supremo que, em estado estático, ou potencial, existe de modo permanente na totalidade do povo com destino, porém, a um estado dinâmico ininterrupto, mediante cuja atuação, revela-se em toda espécie de relações’. E acrescenta que esse poder manifesta-se: internamente, ‘impondo-se à vontade dos cidadãos e dos agregados inferiores; externamente, afirmando-se a como unidade, na pluralidade dos grandes agrupamentos sociais organizados’. Para Orgaz é ‘o direito dos Estados de organizar-se e reger-se com independência de toda intromissão política estrangeira’. Clóvis definiu: ‘É o conjunto dos poderes, que constituem a noção politicamente organizada’ (apud Léo Caldas Renault).”<sup>27</sup>*

Mas, também pode ser recepcionado um certo sentido conceitual específico, consoante citado por FRIEDE, o seguinte: *“A caracterização conceitual de soberania (...) no sentido material (substantivo) é o poder que tem o Estado de se organizar jurídica e politicamente e de fazer valer no seu território a universalidade de suas decisões.”<sup>28</sup>*

Destes conceitos ou definições pode-se buscar os elementos que interessam a uma compreensão mais precisa do conceito de estrutura normativa, ou, ainda, uma estrutura normativa mais precisa.

<sup>27</sup> NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 7 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Parma, 1984. Verbete “soberania”, v. 3, p. 812.

<sup>28</sup> FRIEDE, Reis. *Lições objetivas de Direito Constitucional (e de teoria Geral do Estado)*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4.

Dos conceitos de soberania, os elementos relevantes ao tema são: a) o poder de organização que o Estado tem (de organização política e de organização jurídica) e b) o poder de fazer valer no território do Estado a universalidade de suas decisões (incluindo as organizações política e jurídica adotadas).

O conceito de *poder* pode ser considerado na acepção usual de capacidade de subjugar a vontade alheia à própria, isto é, no caso, de o Estado submeter pessoas à vontade estatal. A vontade estatal aqui é considerada, pois de outra forma não poderia ser, é aquela definida no Estado Democrático de Direito, vinculada ou discricionariamente, consoante a constitucionalidade e legalidade, isto em termos gerais.

Então, o poder de organização do Estado está ligado diretamente a uma estruturação subjetiva ou institucional, quando define sujeitos institucionais. Os sujeitos institucionais são as pessoas jurídicas e poderes constituídos, que atuam na forma de órgãos, centros ou complexos com parcela de poder estatal. Também, a organização do Estado está ligada a uma estruturação funcional ou objetiva, vinculada à idéia de determinação de atribuições ou parcela de poder estatal, cuja delimitação é conceituada como competência.

A organização do Estado, resultante da soberania, em regra, parte da forma de Estado estatuído na Constituição. As formas de Estado são, em gênero, duas: Estado unitário e Estado federal. A principal característica distintiva das formas, consoante já referido, esta na quantidade de esferas político-administrativas, no Estado unitário há uma e no federal duas ou mais. A esfera político-administrativa está ligada, com a noção ou idéia aproximada, à descentralização territorial, tanto para elaboração normativa quanto à execução das normas elaboradas por cada esfera. Esta descentralização em esferas político-administrativas, evidentemente, sofre restrições estatuídas, em regra, na própria Constituição que definiu a forma de Estado adotado.

Já a organização jurídica, também ínsita ao elemento organização do Estado inserido no conceito de soberania, envolve dois aspectos: organização na forma das leis (em sentido amplo), distribuição e delimitação de poderes, através de pessoas e órgãos. Adicione-se que a organização jurídica inclui, também, um rol mínimo de normas que compõem o ordenamento jurídico estatal, quem pode editá-las ou emití-las, bem como as relações que se estabelecem entre estas normas.

Essa apresentação simplificada da organização do Estado, talvez pareça desvinculada ou desconectada, ou, ainda, impertinente a um estudo sobre teoria do ordenamento jurídico, e de fato até pode ser. Mas, não se pode olvidar que o tema do presente estudo estabelece uma



certa comparação de alguns elementos do ordenamento jurídico estabelecido em plano teórico e com alguns elementos do ordenamento jurídico brasileiro, previamente delineados no conceito de estrutura normativa.

Se se está a delinear a estrutura normativa estabelecida na Constituição da República Federativa brasileira promulgada em 1988 hão de ser definidos os elementos referidos genericamente nos conceitos de soberania.

Assim sendo, a forma de Estado estabelecida é Federação, o que já exclui qualquer outra necessidade de considerações sobre a forma Estado unitário. De imediato, constata-se que a federação brasileira tem um aspecto constitucional singular, ser composta de três esferas político-administrativas, todas autônomas, nos termos da própria Constituição<sup>29</sup>.

Disto resulta que existe, constitucionalmente, no Brasil, um Poder Legislativo tripartido, ou seja, distribuído em três esferas políticas<sup>30</sup>. Assim, a descentralização territorial preconizada por KELSEN na Teoria Pura do Direito, consoante já abordado em linhas gerais e ao qual se retornará oportunamente, considerou, em um primeiro plano, a preservação de unidade e integridade da função legiferante a um poder constituído, ou seja, o Estado legislador é um só. E, em um segundo plano, não discorreu de forma contraditória às variantes da divisão do poder legiferante do Estado<sup>31</sup>.

Neste aspecto, a descentralização territorial da produção legislativa, no caso brasileiro, é delimitada pela própria Constituição ao definir a autonomia político-administrativa, a repartição constitucional de competência legislativa e as espécies normativas em plano federal.

---

<sup>29</sup> O caput do artigo 18 da Constituição Federal prescreve: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

<sup>30</sup> Pelo fato de haver, no Brasil, estabelecimento de Poder Legislativo nos três níveis da Federação, União, Estados e Municípios, não se pode compreender que existam três poderes legislativo. O que existe é um Poder Legislativo enquanto função, distribuído em três pessoas políticas, ou seja, três esferas que tem por obrigação constitucional manter órgãos legiferantes.

<sup>31</sup> E aqui se abre um parêntese para apresentar um erro pressuposto na elaboração do presente estudo. Quando definidas a temática e a problematização da presente dissertação a consideração que se fazia era que KELSEN havia errado ao estabelecer a descentralização territorial. Compreendíamos que KELSEN havia considerado que o Estado unitário e o federal eram iguais na formação legislativa, pois o unitário é somente composto por um poder legislativo e o federal, particularmente, o brasileiro, por três poderes legislativos. Mas isto, após reflexão, restou como consideração indevida, pois KELSEN não diz isto e nem permite tal consideração o que tal autor disse. Neste sentido, está correta a compreensão kelseniana em estabelecer o Estado com unidade de poder legiferante, independentemente de sua forma e independente da descentralização territorial. O que determinou este erro pressuposto é justamente a confusão que se estabelece no caso brasileiro, causada única e exclusivamente na literatura juspolítica brasileira, ao compreender que descentralização territorial é subordinação de Estados-membros e Municípios à União, como adiante se apresentará como elemento crítico a ser trabalhado.

Ao que parece, a descentralização territorial há de ser compreendida, no caso brasileiro, em sentido diverso do que geralmente têm sido posto na literatura jurídica brasileira, aparte a constitucional, pois quando a Constituição Federal estabelece uma reserva de autonomia político-administrativa e delimita a capacidade do órgão legislativo em relação a certas matérias, há um estabelecimento de limites que não pode se invadido sob pena de inconstitucionalidade, isto na mais branda das falhas.

Como resultado deste aspecto, que será desenvolvido com maior detalhamento em capítulo posterior, a compreensão corrente que se percebe é que quando se diz hierarquia de leis em relação às espécies normativas de cada poder legiferante, está-se a dizer indistintamente que as leis da União são superiores hierarquicamente às leis dos Estados-membros e dos Municípios e, que, as leis dos Estados-membros são hierarquicamente superiores às leis dos Municípios. Ou, ainda, que determinadas espécies de leis, como as leis complementares, são hierarquicamente superiores às leis ordinárias. Mas isto também será abordado posteriormente e o que interessa à temática proposta é que tais aspectos merecem ou podem merecer uma consideração específica quando trabalhados no plano teórico, outro quando considerados no plano particular. O que, necessariamente, não permite compreender que existe contradição entre os planos estudados comparativamente.

Mas, embora suficientemente abordados o poder de organização que o Estado tem (de organização política e de organização jurídica) dos conceitos de soberania aplicados ao estudo da estrutura normativa, restou intocado, ainda, o aspecto dos conceitos de soberania que se refere diretamente à estrutura normativa e foi indicado anteriormente como *o poder de fazer valer no território do Estado a universalidade de suas decisões*. Para fins deste estudo, o aspecto citado apresenta uma dualidade de enfoques, que são, a forma e o conteúdo ou material.

Quando se diz *poder de fazer valer as decisões sob ótica formal* está-se a definir as decisões que cumpriram os requisitos procedimentais para serem consideradas válidas. Ou seja, priorizando uma concepção cientificamente designada como positivismo.

Já quando se diz *poder de fazer valer as decisões sob ótica material* o objeto das decisões é definido sob uma ótica diversa, que não o simples cumprimento de requisitos procedimentais. Em geral, esta concepção está ligada à idéia de justiça e envolve tanto o direito natural como uma idéia de prestação final de objetivos, ou concepção teleológica. E esta concepção doutrinária geralmente se designa como direito natural ou sistêmico. Sendo

esta geralmente desconsiderada, em alguns aspectos, na seara constitucional, consoante adiante ver-se-á.

Mas, desde já, embora este tema seja controverso por variantes ideológicas, inclusive fundamentados sob argumentos críticos bem sustentados como expressões de justiça, é possível estabelecer um novo acordo semântico para incluir sob a ótica do elemento conceitual de soberania *poder de fazer valer as decisões*, considerando as decisões tomadas sob as óticas formal e material e ou teleológica. Isto não se define como problema ao estudo, mas sim como problema de aplicação, o que será, evidentemente, objeto de estudo dos instrumentos para aperfeiçoamento da estrutura normativa brasileira.

A pressuposição desta idéia conciliatória não advém de uma percepção descontextualizada, mas, pelo contrário, resulta das considerações de PERELMAN, que trabalha a concepção de justiça através de uma precisão formal, seja considerando que “*a idéia de justiça consiste numa certa aplicação da idéia de igualdade*”, seja pela conclusão que “*o direito positivo jamais pode entrar em conflito com a justiça formal, visto que ele se limita a determinar as categorias essenciais de que fala a justiça formal, e sem essa determinação a aplicação da justiça fica totalmente impossível*”, ou, ainda, pela percepção que “*a aplicação da justiça formal exige a determinação prévia das categorias consideradas essenciais*”<sup>32</sup>. Assim, é na contextualização de PERELMAN que indiretamente se extrai a determinação para a composição de categorias normatizadas ao Estado.

Aparte esta abordagem introdutória à compreensão do conceito de estrutura normativa adotado para o desenvolvimento deste estudo, cumpre apresentar alguns elementos que demonstram, a necessidade de retomada de debates e atitudes para definição e reestruturação normativa brasileira voltada à eficácia e à eficiência. Neste enfoque, a abordagem que se segue apresentará alguns problemas terminológicos pertinentes ao ordenamento jurídico ou, particularmente, aos elementos do conceito de estrutura normativa adotado.

Dos conceitos de “ordenamento jurídico”, “ordenamento legal” e “estrutura normativa” existem elementos comuns não detalhados e que demandam, para continuidade, uma maior especificação. Os caracteres são o “sistema jurídico”, a “construção escalonada” ou “escalonamento” e a “hierarquia”, todos componentes do plano teórico do direito.

---

<sup>32</sup> PERELMAN, Chäim. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 14 e 30.

A compreensão de sistema jurídico, já referida anteriormente, diz respeito ao liame ou ligação que fundamenta a unidade ou consideração unitária das várias partes componentes. Através do sistema, verifica-se as características de unidade, coerência e completitude em plano teórico. BOBBIO refere que Savigny usa “(...) o termo ‘sistema’ para indicar um conceito análogo, senão idêntico, ao indicado com o termo ‘ordenamento’ — visto que o sistema não é bem o ordenamento tal como é estabelecido pelo legislador, mas como é elaborado pelo cientista do direito (...)”<sup>33</sup>.

Neste sentido, elucidativa é a exposição de FERRAZ JR.: “A concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado moderno e o desenvolvimento do capitalismo”<sup>34</sup>.

O autor prossegue na apresentação de uma idéia mais precisa de sistema tecendo considerações sobre a mudança da concepção histórica de soberania e sua necessária reformulação estatal e, em seguida, sobre o fenômeno da positivação ocorrido no início do Estado moderno. Assim, FERRAZ Jr. cita:

*“Na verdade, uma das características decisivas deste ente político abstrato, o Estado, separado e diferente dos entes individuais concretos, os cidadãos e suas organizações, é a noção de soberania (...). A partir do Renascimento, o crescimento das atividades mercantis, o intercâmbio com o Oriente, as grandes descobertas, afetam esta relação concreta do senhor sobre a terra e sobre os que nela vivem. Por meio do comércio, engendra-se uma nova forma de relação, que não é poder apenas sobre objetos, sobre bens, riquezas, mas poder sobre o corpo e seus atos, poder sobre o trabalho. Trata-se de um poder — ‘poder disciplinar’ — que, ao contrário da soberania medieval, é mais contínuo e permanente. Não pode ser alimentado por instrumentos apenas ocasionais, como taxas e impostos, mas necessita, por de trás deles, um sistema de delegações contínuas e estáveis. O poder disciplinar confere à soberania (do Estado) um sentido mais abstrato, simultaneamente, mas racionalizável e duradouro. Antes ela emergia do apossamento da terra e da riqueza. Agora ela constitui a possibilidade de apossamento. O Estado serve ao desenvolvimento do capitalismo e à acumulação contínua e eficiente de riqueza”.*<sup>35</sup>

Prosseguindo na apresentação sobre a mudança da concepção de soberania o autor cita:

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 202.

<sup>34</sup> FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 177.

<sup>35</sup> FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 178.

*“Esta nova forma de soberania exige do Estado uma capacidade gestora dos bens comuns, em consequência, a idéia de cálculo, de arte econômica (economia política). (...) Assim, a soberania, antes uma relação externa entre o senhor e o súdito, toma agora a forma de exercício interno de comando e de organização. Ela se burocratiza. Multiplicam-se as agências estatais. O direito de soberania se transforma também num direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão.*

*“Está aí a raiz do ordenamento visto como sistema dinâmico de normas. Esta dinâmica tem a ver com o (...) ‘fenômeno da positivação’. A positivação (...) significou a institucionalização da mutabilidade do direito (...) com a positivação criou-se a possibilidade de uma manipulação de estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa (...) A positivação (...) assegura uma enorme disponibilidade de conteúdos ao direito: tudo é possível de ser normado, bem como enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito não depende mais do status, do saber, do sentir de cada um.”<sup>36</sup>*

Sobre esta mobilidade de adaptação do direito às novas necessidades sociais, o autor refere:

*“Captar o direito como um todo homogêneo, enquanto um conjunto estático, foi uma tarefa possível graças a conceitos (estáticos) como as grandes dicotomias (direito público e privado, objetivo e subjetivo, positivo e natural). Mas era preciso também outro conceito, que permitisse à ciência jurídica concebê-lo na sua dinâmica. Este conceito é o de validade”.*<sup>37</sup>

Sobre o fenômeno da *“positivação do direito”*, se verifica que é o fato de o direito ter se transformado em escrito, não mais sendo baseado *“na crença ilimitada na razão humana”*<sup>38</sup>. Assim, consoante FERRAZ Jr.: *“O fato de o direito tornar-se escrito contribui para importantes transformações na concepção de direito e de seu desenvolvimento. A fixação do direito na forma escrita, ao mesmo tempo que aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento, aguça também a consciência dos limites”*<sup>39</sup>.

No mesmo sentido, BOBBIO refere-se ao marco histórico do fenômeno da positivação numa fase embrionária de teoria do ordenamento jurídico como necessária, correlata à origem do positivismo jurídico, embora inconsciente, nos seguintes termos: *“(...) ela surge, entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, da exigência de dar unidade a um conjunto de*

<sup>36</sup> FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 178-179.

<sup>37</sup> FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 179.

<sup>38</sup> FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 73.

<sup>39</sup> FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Ibidem*, *idem*.

*normas jurídicas fragmentárias, que constituíam um risco permanente de incerteza e de arbitrio (...)*<sup>40</sup>.

Aliás, não é desprovido de razão que o embrião da teoria do ordenamento jurídico esteja presente no final do século XVIII, pois não se pode olvidar que era justamente a definição de uma luta do constitucionalismo, a redução da incerteza e do arbitrio através de uma Constituição que estabelecesse um rol de direitos e garantias fundamentais que limitassem o poder do Estado.

Mas, sobre a concepção de validade do sistema jurídico, BOBBIO, consoante já citado, apresenta uma idéia suficientemente clara na abordagem do fundamento na dicotomia jusnaturalismo / juspositivismo e é quando trata da unidade do ordenamento jurídico<sup>41</sup>. O autor cita os aspectos que, na ótica kelseniana, distinguem o fundamento de validade de um ordenamento jurídico.

A primeira caracterização está no modo de conceber a unidade do direito. No jusnaturalismo trata-se *“de uma unidade substancial ou material, relativa ao conteúdo das normas”*<sup>42</sup>; já no juspositivismo a unidade do direito é concebida como *“unidade formal, relativa ao modo pelo qual as normas são postas”*<sup>43</sup>.

A segunda caracterização nos tipos de ordenamento jurídico considerados. No jusnaturalismo, é o *“ordenamento estático (ao qual pertencem a moral e o direito concebido jusnaturalisticamente)”*, assim, prossegue o BOBBIO: *“segundo os jusnaturalistas, portanto, o direito constitui um sistema unitário, porque todas suas normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral, que é a base de todo o sistema postulado e constitui um postulado moral auto-evidente”*<sup>44</sup>.

Enquanto no juspositivismo é o

*“ordenamento dinâmico (...) o direito constitui uma unidade num outro sentido: não porque suas normas possam ser deduzidas logicamente uma da outra, mas porque elas todas são postas (direta ou indiretamente, isto é, mediante delegação de autoridades subordinadas) pela mesma autoridade, podendo assim, todas serem*

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 198.

<sup>41</sup> Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 200-203.

<sup>42</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 198.

<sup>43</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 199.

<sup>44</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

*reconduzidas à mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito (...).”<sup>45</sup>*

O ordenamento jurídico dinâmico da concepção de sistema adotada por Kelsen é, sintetizado por FERRAZ Jr. como aquele que “(...) *capta as normas dentro de um processo de contínua transformação. Normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações normadas*”<sup>46</sup>.

E, ainda, BOBBIO refere na significação do sentido da característica unidade que:

*“A concepção juspositivista da unidade do ordenamento jurídico nos reconduz aqui, por conseguinte, ao que dissemos a propósito das fontes do direito, que, segundo o positivismo jurídico, tais fontes são hierarquicamente subordinadas e existe uma única fonte de qualificação, vale dizer, uma única autoridade que atribui direta ou indiretamente caráter jurídico a todo o conjunto de normas”<sup>47</sup>*

Mas, simplificando a idéia apresentada por BOBBIO, a expressão de uma unidade formal do ordenamento jurídico determina a formulação do seguinte problema: “*quem ou o que legitima (ou autoriza) tal poder a pôr normas?*”<sup>48</sup>. Ato contínuo, entende que pareça inevitável a formulação da “*teoria de uma norma fundamental que está na base do ordenamento jurídico*” e que serve ao fechamento do sistema e no intuito de “*assegurar a unidade formal do ordenamento*”<sup>49</sup>. Nesse sentido, a norma fundamental, diferentemente do que possa ser compreendido como norma-base de um sistema moral ou do direito natural, da qual o conteúdo de todas as outras normas podem ser deduzidas, assume um enfoque específico na concepção juspositivista. Norma fundamental é a norma

*“que cria a suprema fonte do direito, isto é, a que autoriza ou legitima o supremo poder existente num dado ordenamento a produzir normas jurídicas. Esta norma-base não é positivisticamente verificável, visto que não é posta por um outro poder superior qualquer, mas sim suposta pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma hipótese ou um postulado ou um pressuposto do qual se parte no estudo do direito”<sup>50</sup>.*

<sup>45</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 199.

<sup>46</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 177.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 200.

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, idem.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 200-201.

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 201.

Destarte, constata-se que o recurso trazido pela concepção de norma fundamental é teórico, apriorístico e teleológico, pois consiste em uma fórmula de racionalização abstrata para compreensão do ordenamento jurídico posto em plano teórico. Nesse sentido, não se socorre de um ordenamento jurídico determinado ou posto, salvo em plano teórico, o que o caracteriza como apriorístico, para daí utilizá-lo para estudo, que define a caracterização como teleológico, com intuito exclusivo de estudo.

Assim, deste simples recurso é possível considerar um sistema jurídico aberto ou fechado, e era justamente o que pretendia Kelsen, pois fechando o sistema os elementos a serem considerados para verificação de congruência seriam limitados ao direito posto, salvo a norma fundamental. O exemplo citado por BOBBIO é o seguinte:

*“(...) o cidadão é obrigado a ressarcir o dano por um ato ilícito, visto que assim estabelece o juiz com sua norma particular (que condena quem causou o dano); por sua vez, o juiz estabeleceu a norma porque para isto foi autorizado pela lei; a lei (que os constitucionalistas chamam de ‘lei ordinária’) foi posta pelo Parlamento, autorizado pela Constituição (ou lei constitucional); a Constituição, por sua vez, foi estabelecida pelo poder constituinte.”<sup>51</sup>*

Deste exemplo, BOBBIO destaca a dificuldade de “*por quem foi autorizado o constituinte a pôr a lei constitucional?*” e então apresenta as soluções ao exemplo:

*“Aqui temos duas possibilidades: ou remetemos o poder constituinte como fato social, e então deixamos o sistema aberto, fazendo o direito derivar do fato; ou ainda, para fechar o sistema, consideramos o poder constituinte autorizado por uma norma fundamental, a qual estabelece que todos os cidadãos devem obedecer às normas emanadas de tal poder, isto é, daquela força política capaz de pôr normas para toda a sociedade e de impor-lhes a observância. É esta última alternativa eleita por Kelsen, e que o conduziu à concepção de norma fundamental.”<sup>52</sup>*

E tal solução, que BOBBIO destaca imediatamente, foi sujeita a críticas e não sem fundamento, pois em última instância, não há resposta à indagação “*em que se fundamenta a norma fundamental?*”. Pois, ou se está diante de um *recursus ad infinitum* ou se faz compreender que a teoria da norma fundamental faz depender o direito do fato<sup>53</sup>.

Sem ingressar na polêmica discussão sobre norma fundamental como norma-base do ordenamento kelseniano, pois algumas considerações serão realizadas posteriormente, passar-

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 201.

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, idem.

<sup>53</sup> Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 201-202.



se-á ao que havia sido precisado como objetos de uma necessária abordagem mais detalhada, ainda a título de elucidação da terminologia, em linhas gerais, a ser abordada nos capítulos seguintes, a “construção escalonada” ou “escalonamento” e a “hierarquia”.

Construção escalonada ou escalonamento do ordenamento jurídico e de alguma estrutura normativa resulta eminentemente de uma concepção lógica. Considerando a quantidade de normas produzidas pelo Estado há necessidade de destacar qual vale, prioritariamente sempre que houver contradição entre normas ou dúvida quanto à aplicação de pelo menos duas normas com sentido diverso ou contraditório. Este problema ficou sumariamente resolvido com o advento da constituição escrita, pois um dos aspectos de qualquer constituição é que ela é norma sobre norma, está acima das normas e define, no mínimo processualmente, aspectos da criação de outras normas. Como nem toda matéria é pertinente a qualquer constituição, é consentâneo que ao estabelecer uma Constituição definasse pelo menos algumas matérias reservadas à lei, como, por exemplo, alguma matéria penal e tributária.

Por conseguinte, não convém que qualquer matéria seja objeto de lei, mesmo porque a lei não pode abarcar toda e qualquer matéria ou qualquer conteúdo que esteja abrangido nas relações sociais, inclusive, a regra é que tais conteúdos sejam definidos apenas em linhas gerais. Assim, criou-se um campo aberto que se preenche com o que deve ser objeto de leis e do que pode ser objeto de leis, a critério do legislador e também sob fundamento na necessidade de regulamentação legal. O que resta como não obrigatório ou não regulamentado por lei, pode ser regulado, em caráter geral e abstrato, por outros atos normativos<sup>54</sup>.

Em decorrência disto, tem-se uma construção escalonada ou escalonamento de normas jurídicas, considerando-se aqui somente as normas de caráter geral e abstrato. Assim, consoante a concepção positivista, têm-se três escalões, escalas ou graus de normas no plano teórico de normas gerais e abstratas: primeiro, formado pelas normas constitucionais; o segundo, formado por leis e; o terceiro, composto de atos normativos.

Todavia, ante a possibilidade de existirem leis ou atos normativos contrários à Constituição, ou ainda, atos normativos contrários à leis, é de se estabelecer qual têm prevalência sobre qual. Assim, KELSEN considera em sua doutrina o escalonamento e adota

---

<sup>54</sup> Como exemplo, podem ser citados os atos normativos de órgãos técnicos, agências e institutos, ANEEL, ANATEL, IBGE, INMETRO, etc, ou conselhos como o CONTRAN, em que podem ser adotados conceitos ou procedimentos ou outras expressões jurídicas sem a devida cautela adotada na prescrição legal. A própria adoção de dispositivos legais que permitem a algum órgão estabelecer infrações e multas (ex.: consoante previsto na normatização do Inmetro) é algo positivado, incoerente e inconstitucional.

como regra a hierarquia de normas para consideração de superioridade consoante escalonado, justificando o expurgo de normas hierarquicamente inferiores que contrariem normas hierarquicamente superiores.

Mas, mesmo que não seja objeto deste Capítulo elucidar as relações de hierarquia estabelecidas na concepção kelseniana, cumpre tecer algumas considerações sobre o conceito de hierarquia.

A palavra hierarquia designa especificamente uma relação em que, num primeiro momento é estabelecida uma ordem, são apresentadas classes, escalas, ou seja, é posta a composição de elementos de uma estrutura e, num segundo momento, são definidas as relações, em geral de subordinação, existentes nas várias categorias que compõem a ordem, classes ou escalões estabelecidos na estrutura. Esta graduação apresenta-se como série contínua de graus ou escalões, em ordem crescente ou decrescente, o que varia conforme a ordem adotada para verificação. No direito, esta graduação geralmente é de autoridade.

Duas locuções interessam diretamente ao tema: hierarquia de normas e hierarquia de leis.

Hierarquia de normas pode ser compreendida como o escalonamento e a relação de subordinação entre categorias apresentado na teoria do direito, particularmente assim se compreende do estudo da Teoria Pura do Direito, de Kelsen, e da Teoria do Ordenamento Jurídico, de Bobbio, ambas elaboradas sob égide do positivismo jurídico, consoante será abordado oportunamente.

Hierarquia de leis é a relação de subordinação do escalonamento existente entre as leis vigentes em determinado país. O termo “hierarquia de leis”, neste caso, refere-se única e exclusivamente às espécies normativas decorrentes de um processo legislativo constitucionalmente definido <sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> As leis referidas na locução “hierarquia de leis” designa o conjunto de espécies normativas consoante o sentido médio da expressão. A abrangência do termo lei envolve pelo menos quatro graus percebidos em doutrina. Primeiro, em sentido amplíssimo, em que são consideradas leis quaisquer normas gerais de caráter geral e abstrato, individual e concreto, esta expressão é adotada por Kelsen para definir a composição da estrutura escalonada e, conseqüentemente, a hierarquia de normas. Segundo, em sentido amplo, somente considerando as normas de caráter geral e abstrato, ou seja, Constituição, leis previstas constitucionalmente e atos normativos. Terceiro, em sentido restrito, para definir apenas a Constituição e as espécies normativas previstas na Constituição, com processo legislativo específico, excluindo os atos normativos, também de caráter geral e abstrato. Quarto, em sentido restritíssimo, para designar somente a espécie normativa lei ordinária.

Cumpra, ainda, salientar alguma ressalva tanto quanto ao escalonamento quanto à hierarquia. Inicialmente, o escalonamento é resultante de obra doutrinária, pois não há, pelos menos no direito positivo brasileiro, inclusive na Constituição Federal de 1988, dispositivo que diga sobre o escalonamento. Tanto é assim que a doutrina brasileira diverge enfaticamente sobre alguns aspectos em relação ao escalonamento, como, por exemplo, se a lei complementar é superior à lei ordinária, ou, melhor explicitando, se a lei complementar foi posicionada pela Constituição brasileira como superior à lei ordinária.

Relativamente à hierarquia, a ressalva é mais branda mas não deixa de refletir tanto na interpretação como na aplicação de normas. A concepção de hierarquia resulta da incorporação da idéia de absolutismo, ou seja, da Idade Média, quando todos os poderes (característicos do chefe de poder e do chefe do Estado) eram concentrados na mão de uma única pessoa, o rei, o imperador, o monarca absoluto, o chefe supremo das forças militares.

Sobre essa concepção de hierarquia FERRAZ Jr. apresenta duas considerações elucidativas, na primeira, o autor refere à positivação do direito ocorrida entre os Séculos XVI e XVIII, diz: “(...) o fenômeno da recepção do direito romano veio propiciar o surgimento de hierarquização de fontes (leis, costumes, direito romano)”<sup>56</sup>. A segunda observação de interesse sobre hierarquia, citada por FERRAZ Jr. é que “(...) a complexidade da arte da guerra aumenta as exigências de organização e eficiência (razão pela qual até mesmo as organizações administrativas civis se orientam sempre e largamente pela técnica das organizações militares e sua hierarquia)”<sup>57</sup>.

Em decorrência disto, verificam-se dois aspectos de duvidosa cientificidade, que serão objeto deste estudo em abordagem posterior. Primeiro, que o escalonamento é resultado de uma simplificação teórica, muito próxima da lógica formal. Justifica-se esta compreensão porque Kelsen e Bobbio, pois em geral encontram-se somente referências às suas obras quando se escreve sobre a construção escalonada do ordenamento jurídico, trabalham o escalonamento

---

Todavia, cumpre observar que o conteúdo das expressões (sentido ampliíssimo, amplo, restrito e restritíssimo) é geralmente simplificados na doutrina jurídica geral para definir duas escalas de leis ou normas: em sentido amplo, considerando quaisquer normas, de caráter geral e abstrato, individual e concreto e, em sentido restrito, para referir apenas às leis ordinárias.

Embora haja referência deste aspecto em doutrina geral, os três conceitos operacionais referidos (hierarquia, hierarquia de normas e hierarquia de leis) foram elaborados a partir da leitura de termos e locuções no Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, do Vocabulário Jurídico, de De Plácido e Silva, e da leitura das obras de Hans Kelsen, da Teoria Pura do Direito, e de Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico e Positivismo Jurídico), todas referidas bibliograficamente no final do estudo.

<sup>56</sup> FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 73.

com o fundamento de validade do ordenamento através de um raciocínio indutivo, ou seja, a validade de norma a norma, até culminar na norma fundamental que validaria todas as normas. Isto pode ser aplicado no plano teórico mas não necessariamente em algum plano positivo. Na mesma forma, se for invertido o procedimento de indutivo para dedutivo, ou seja, adotada uma hipotética norma fundamental que sustente a validade de uma Constituição, esta não necessariamente poderia ser utilizada para sustentar a validade de certas normas que lhe fossem subordinadas ou complementares, inclusive da própria Constituição.

Aparte isto, o segundo aspecto de duvidosa cientificidade refere-se à hierarquização, pois resulta de uma simplificação imediatista, sequer tendo sido trabalhada no plano da teoria jurídica para justificar a adoção do termo e verificação de suas conseqüências. Consoante retro exposto, ante uma necessidade de reordenação e adequação desta, promovidas após todas as mudanças ocorridas em período sesquicentenário, particularmente entre a promulgação da primeira Constituição escrita, a norte americana, após 1770, e a primeira edição da Teoria Pura do Direito, de KELSEN, por volta de 1920, alguns resquícios de abolutismo ou concepções absolutas<sup>58</sup> ainda restaram presentes e, não necessariamente, mas em certo sentido sim, influíram concepções teóricas importantes e reflexas em ordenamentos específicos. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro guarda, ainda, reflexos desta concepção hierárquica citada anteriormente como influência histórica por FERRAZ Jr., mesmo que não seja o que está presente nas obras de KELSEN e BOBBIO.

Outrossim, os termos jurídicos “escalonamento” aliado a “hierarquia” serão objeto principal do estudo dos capítulos seguintes e, desde já, apresenta-se o seu mais significativo reflexo negativo, que diz respeito, inegavelmente, ao ensino do direito constitucional brasileiro, pois pressupõe subordinação, submissão, ineficiência, inconsistência e incoerência governamentais e justificam omissões e discriminações sob o título de política.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 177.

<sup>58</sup> As concepções absolutas, assim consideradas neste estudo, são o conjunto de preconceitos consolidados até o término do absolutismo, são desprovidas de fundamento racional no aspecto isonômico. Por estas concepções, os brancos eram hierarquicamente superiores aos negros (que eram *res*, coisa; os homens às mulheres; os pais aos filhos; a igreja aos súditos).

<sup>59</sup> Alguma parcela do direito constitucional é lecionado como dogma que distingue o aspecto jurídico do aspecto político, consoante adiante ver-se-á. Sob a designação de *política* é designada uma área de atuação que é considerada reservada a certos órgãos decisórios constitucionalmente estabelecidos, cujas restrições e determinações constitucionais quanto à ação são prescritas sob definições vagas, como, por exemplo, a hierarquia da União brasileira sobre Estados e Municípios da Federação.

### 1.3 A ESTRUTURAÇÃO NORMATIVA E OS SISTEMAS DE DIREITO

A percepção de direito enquanto ordem, ordenação ou organização, considerando os elementos que o compõem e as formas de relacionamento das expressões do direito estão presentes desde as primeiras sociedades politicamente organizadas. Entretanto, conquanto seja uma compreensão moderna o estudo do ordenamento jurídico, consoante já referido por BOBBIO, verifica-se que mesmo sendo relatado historicamente o estudo do Direito a partir das normas que o compunham, há uma ordem no sentido de composição e escalonamento ou hierarquização nitidamente definida originária de um certo sentido do que seja direito.

Mas, uma das definições mais difíceis de precisar é a de “direito”, exatamente, pela variabilidade de significados inerente ao seu próprio conteúdo. Todavia, conquanto esta dificuldade seja real, é possível a adoção de uma definição aproximada ou direcionada em vista do conteúdo que se pretenda abordar. Assim, várias definições de direito existem na literatura jurídica e são adotadas consoante um conjunto de premissas, pressupostos ou postulados singulares, quanto ao objeto.

Já em relação à origem da palavra “direito” é elucidativa a lição colhida de Sebastião Cruz por FERRAZ JR.<sup>60</sup> que, embora não defina a origem exata, apresenta indícios dignos de referência. Neste aspecto, juntamente com *jus*, do latim clássico, surgiu *derectum*, inicialmente *rectum*. Desta derivaram *recht* e *right* e de *derectum* derivaram direito, *derecho*, *diritto*, *droit*.

Mas, independente disto, direito guarda um sentido amplo em que tem-se englobado em seu significado pelo menos a definição de instituições que exercem o poder e regulamentação abstrata da conduta humana. Em quaisquer dos aspectos sempre houve certa consideração de valores morais como inerentes ao direito.

Assim, para uma definição mínima de sociedade ou agregação humana é necessário definir os dois aspectos citados e, evidentemente, aí estará o direito. Em decorrência disto, como o objeto do presente estudo é uma comparação entre teoria e direito posto, os aspectos necessários para contextualização são exatamente os citados e não há necessidade de adoção de uma definição precisa de direito.

Todavia, o conceito de direito é historicamente vinculado ao conceito de norma e foi, por muito tempo, considerado direito o que está na norma. Mas o conceito de norma também

---

<sup>60</sup> Neste sentido, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 32.

é polissêmico enquanto forma de expressão do direito. Assim, são normas tanto as emanadas do Estado, de caráter geral e abstrato, como as decisões judiciais. Mas, em vista desta dicotomia que tangencia norma e decisão, cumpre referir a algumas considerações históricas relevantes que terão reflexo posteriormente no estudo da estrutura normativa brasileira.

O primeiro aspecto a ser considerado está presente em duas obras de ARISTÓTELES “A Política”<sup>61</sup> e “Ética a Nicômacos”<sup>62</sup>. A primeira obra apresenta elementos da Teoria e Ciência Política de várias Cidades-Estados da antiga Grécia. Embora sem qualquer referência sobre data de publicação, é razoável estimar que tenha sido escrita entre 340 a 330 a. C.

No Livro Sexto da “Política” o autor apresenta a constituição real como a lei das leis e o faz estabelecendo a relação entre a constituição [real] e as leis, da seguinte forma:

*“(...) é preciso examinar com a mesma circunspeção as leis perfeitas em si mesmas, e as que convêm a cada constituição; porque as leis devem ser feitas para as constituições, como as fazem todos os legisladores, e não as constituições para as leis. Com efeito, a constituição é a ordem estabelecida no Estado quanto às diferentes magistraturas, e à sua distribuição. Ela determina o que é a soberania do Estado, e qual é o objetivo de cada associação política. As leis, ao contrário, são distintas dos princípios fundamentais da constituição, elas são a regra pela qual os magistrados devem exercer o poder, e submeter aqueles que estejam prontos a infringi-lo.”*<sup>63</sup>

Preliminarmente, impõe-se esclarecer que o termo constituição adotado por Aristóteles refere-se à concepção de constituição em sentido real<sup>64</sup>, e não em sentido material ou formal. Estes conceitos somente foram elaborados a partir do constitucionalismo, Séc. XVIII, como adiante ver-se-á.

Do exposto, é possível tecer algumas considerações: primeira, há um ordenamento jurídico ou uma estrutura normativa rudimentar, mas em sentido amplo, composta de *constituição, leis e decisões da magistratura*, isto é, há um conjunto de normas, gerais e abstratas, concretas e individuais, emanadas do Estado, conexas à idéia do positivismo jurídico que considera o Direito posto pelo Estado.

<sup>61</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Tecnoprint, s/d. 386 p.

<sup>62</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: UnB, 1992.

<sup>63</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Tecnoprint, s/d, p. 227.

<sup>64</sup> Em síntese, quando Aristóteles refere-se à Constituição ele designa um conceito de constituição diferente aos percebidos hodiernamente. A constituição real é justamente a composição política e social da sociedade que se estava referindo. Assim, engloba tudo que interessava ao poder, quem o detinha e como o exercia, quais as instituições componentes ou integrantes do governo e como se realizava a justiça.

Segunda, que as leis devem ser feitas para as constituições, ou seja, é cogente à elaboração legislativa a conexão entre seu produto e a realidade, a constituição real. Qualquer lei (ou decisão da magistratura) nada mais é que complemento da constituição.

Terceira, cada constituição define as leis que lhe convém. Em uma interpretação aberta, as leis que convém a cada constituição são as úteis, oportunas e aplicáveis atendendo ao objetivo político da associação estabelecida pela constituição.

Quarta, a aplicação das leis é condicionada ao objetivo da associação, conforme estatuído na constituição real.

Quinta, que as constituições são compostas também de princípios valores.

No § 6º, Aristóteles prossegue:

*“Evidentemente disso se depreende que, mesmo para elaborar simples leis, é preciso conhecer o número e as diversidades de constituições. Pois não é possível que as mesmas leis se adaptem a todas as oligarquias e a todas as democracias, se é verdade que existem para a democracia, tanto como para a oligarquia, várias espécies, e não uma só.”*<sup>65</sup>.

Neste ponto fica presente, pela indicação da impossibilidade de que as leis se adaptem a todas as constituições, conforme o autor: *“(...) a todas as oligarquias e a todas as democracias”*, que há um indicativo de compatibilidade entre lei e constituição, não simplesmente uma compatibilidade vertical, mas, além disto, uma compatibilidade de caráter institucional, funcional, teleológica ou de identidade.

O aspecto hierárquico também fica redimensionado, nos termos aristotélicos, quando se constata a concepção de equidade, ou seja, a possibilidade de decisão contrária à lei se a aplicação desta lei resultar injustiça<sup>66</sup>.

Outro ponto que se destaca relevante ao conhecimento da teoria do ordenamento jurídico e à elaboração de uma estrutura normativa particular é *o conhecimento do número e diversidade de constituições*, mais abstrato e preciso, pois é a consequência de nem toda lei ser conveniente a uma Constituição. Esta consideração remete a estruturação normativa à gnoseologia jurídica, à teoria do direito e à teoria constitucional e, indubitavelmente, a um Direito Constitucional Positivo, isto é, à estrutura normativa posta por uma Constituição particular.

---

<sup>65</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Tecnoprint, s/d, p. 227.

<sup>66</sup> Neste sentido: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 2 ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, c1985, 1992, Livro VI.

Mas, ARISTÓTELES não restringiu suas observações sobre leis à obra “A Política”, pelo contrário, além de referir-se expressamente aos valores contidos nas constituições, apresenta um enfoque mais elaborado na “Ética a Nicômacos”. Como aspectos principais pertinentes ao presente estudo estão: a) a concepção de justiça, b) a idéia de que a lei é, enquanto direito positivo, juntamente com os direitos naturais, aspecto da justiça, c) que na lei há consideração de valores, d) que há possibilidade de a aplicação de lei resultar em injustiça e e) que a equidade é a forma de correção de injustiças por aplicação da lei.

Embora seja mais clara a relação entre normas estabelecida na Política, pois tem alguma pertinência com o direito posto, os aspectos contidos na Ética a Nicômacos traduzem uma concepção mais abstrata, mas não irrelevante, pois quando se verte a uma juridicização, os valores, os direitos naturais sobre o conteúdo, independente da forma expressa, pois tem relação direta com o direito posto, seja como limite explícito, seja como limite implícito, tal qual se compreende na idéia de sistema de jurídico, pois, queira ou não, Aristóteles é claro ao apreciar a possibilidade de não ser aplicada lei se valores, particularmente, a justiça, enquanto igualdade, for desvirtuada.

Neste aspecto, em Ética a Nicômacos, Aristóteles aborda as concepções de justiça distributiva, contida na lei e de caráter geral e abstrato e justiça corretiva, aplicada por magistrados, seja conforme ou contrária à lei. Esta acepção de justiça corretiva é verificável na seguinte passagem:

*“A justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. E nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. (...) De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da*



*pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica”.*<sup>67</sup>

Esta concepção de abrangência entre lei e valores presente na obra de Aristóteles sintetiza uma primeira diferença da dicotomia direito natural versus direito positivo, referida por BOBBIO com caracteres historicamente situados também no pensamento clássico. BOBBIO apresenta alguns critérios distintivos de direito natural e direito positivo da seguinte forma:

*“a) o primeiro se baseia na antítese universalidade / particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao direito positivo, que vale apenas em alguns lugares (...); e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Grócio);”*<sup>68</sup>

Este aspecto embrionário de ordenação jurídica presente na Antiga Grécia trazem à reflexão algo que é inerente, em certo sentido, com o estudo e a utilidade da norma ou, mais especificamente, do conjunto de normas. Os elementos de reflexão são: primeiro, o complexo de normas ou sistema; o segundo, de formulação geral ou teorização das normas consoante uma lógica (formal aristotélica); e terceiro, a teorização para aplicação ou utilidade prática.

O terceiro elemento de reflexão, único ainda não abordado, está presente na seguinte citação: *“(...) é preciso examinar com a mesma circunspeção as leis perfeitas em si mesmas, e as que convém a cada constituição; porque as leis devem ser feitas para as constituições, como as fazem todos os legisladores, e não as constituições para as leis...”*<sup>69</sup>. Este caráter de conveniência citado por ARISTÓTELES apresenta-se como utilidade, uma característica própria do direito positivo<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 2 ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, c1985, 1992, p. 109-110.

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 22-23.

<sup>69</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Tecnoprint, s/d, p. 227.

<sup>70</sup> Conforme lição de BOBBIO, o último critério de distinção entre direito natural e positivo é *“... a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil”*. In BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 23.

Um segundo aspecto histórico relevante ao estudo do ordenamento jurídico, particularmente da estrutura normativa brasileira, é resultado de um estudo comparativo sobre sistemas de direito e que permitiu a caracterização e conseqüente classificação do direito em “famílias”, com elementos mais ou menos precisos ou definidos mas com algumas variações no aspecto interno. Propriamente, não é um aspecto histórico, mas sim o resultado da conexão de elementos históricos que culminaram em identificação de unidades jurídicas. Entretanto, preliminarmente, cumpre aqui destacar a observação de DAVID que diz respeito à dificuldade do estudo do direito comparado, justamente no parágrafo que aborda a “estrutura do direito”:

*“Os diferentes direitos comportam cada um deles, conceitos à sombra dos quais exprimem as suas regras, categorias no interior das quais eles as ordenam; a própria regra de direito é concebida por eles de um certo modo. Ainda neste triplo aspecto existem, entre os direitos diferenças, e o estudo de um dado direito implica uma tomada de consciência das diferenças de estrutura que podem existir entre este direito e o nosso.*

*“O equilíbrio entre interesses opostos e a regulamentação da justiça que o direito se propõe realizar podem, em direitos diferentes, ser obtidos por vias diversas. A proteção dos cidadãos contra a administração pode ser confiada, num país, a organismos jurisdicionais, em outros ser assegurada pelos mecanismos internos da administração, ou ainda resultar da supervisão exercida pelas comissões parlamentares ou por um mediador.*

*“A ausência de correspondência entre as noções, e mesmo entre as categorias jurídicas admitidas nos diversos países, constitui uma das maiores dificuldades com que se depara o jurista desejoso de estabelecer uma comparação entre os diversos direitos. Espera-se, na verdade, encontrar regras de conteúdo diferente; mas haverá uma certa desorientação, quando não se encontrar em um direito estrangeiro um modo de classificar as regras que nos parecem pertencer à própria natureza das coisas. É, porém, necessário, considerar esta realidade: a ciência do direito desenvolveu-se de modo independente no seio das diferentes famílias do direito, e as categorias e noções que parecem mais elementares a um jurista francês são freqüentemente estranhas ao jurista inglês, e mais ainda ao jurista muçulmano (...)”<sup>71</sup>*

Esta extensa citação apresenta a posição de um estudioso de direitos nacionais e importa em destacar as variações citadas quanto ao conteúdo de sistemas diversos. Mais que

---

<sup>71</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3 ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 12-13.

isto, destaca a necessidade de observância pela ciência jurídica de concepções jurídicas adotadas em caráter nacional, particulares, distintas de quaisquer outras.

Este aspecto da variabilidade é ressaltado por DAVID na abordagem dos elementos variáveis e constantes de direitos diversos. O autor cita:

*“(...) Na verdade é um aspecto superficial e falso ver no direito simplesmente um conjunto de normas [próprias do país]. O direito pode realmente concretizar-se, numa época e num dado país, num certo número de regras. Porém, o fenômeno jurídico é mais complexo. Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega certo vocabulário, corresponde a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para interpretar; está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito.”<sup>72</sup>*

Mais adiante, o autor contextualiza a importância dos elementos variáveis e constantes do direito da seguinte forma:

*“(...) O ensino do direito, porém, só é possível porque o direito é feito de outra coisa, distinta das regras mutáveis. O que se exige, ou se deveria exigir, ao estudante não é aprender de cor e pormenorizadamente as regras atualmente em vigor; para que lhe serviria isso, dez anos mais tarde, no exercício de uma profissão que provavelmente não terá relação com a imensa maioria dessas regras? O que importa ao estudante aprender é o quadro no qual são ordenadas as regras, é a significação dos termos que elas utilizam, são os métodos usados para fixar o seu sentido e para as harmonizar entre si.”<sup>73</sup>*

Mas, mesmo diante da presença de elementos variáveis, há caracterização de famílias de direito ou grandes sistemas jurídicos que é resultado de uma agregação de institutos no decorrer de séculos. Em linhas gerais, na caracterização de famílias, *“(...) a diversidade dos direitos é apreciável, se se considerar o teor e o conteúdo das suas regras, porém, ela é bem menor quando se consideram os elementos, mais fundamentais e estáveis, com a ajuda dos quais se pode descobrir as regras, interpretá-las e determinar o seu valor”<sup>74</sup>*. Todavia, mesmo sendo possível um agrupamento de direitos em família, com vistas à *“compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo”*, cumpre ressaltar que *“não há concordância*

<sup>72</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3 ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 15.

<sup>73</sup> DAVID, René. *Ibidem*, p. 16.

<sup>74</sup> DAVID, René. *Ibidem*, *idem*.

sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve por conseguinte reconhecer”<sup>75</sup>.

Particularmente, interessam os sistemas de direito abrangidos nas “famílias” romano-germânica e *common law*. Mas, deste processo de identificação de sistemas ou famílias, o direito brasileiro faz parte da família romano germânica. As características gerais da família romano-germânica pertinentes ao estudo são as seguintes:

*“(...) agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por esta tarefa, a ‘doutrina’ pouco se interessa pela aplicação do direito que é assunto para os práticos do direito e da administração. A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de ‘códigos’.*

*“Uma outra característica dos direitos da família romano-germânica reside no fato destes direitos terem sido elaborados, antes de tudo, por razões históricas, visando regular as relações entre os cidadãos; os outros ramos do direito só mais tardiamente e menos perfeitamente foram desenvolvidos, partindo dos princípios do ‘direito civil’, que continua a ser o centro por excelência da ciência do direito.”<sup>76</sup>*

Diante da origem européia da família romano-germânica, verifica-se que no processo de expansão houveram variantes em aspectos particulares, não abordados no estudo de DAVID:

*“Os direitos que se ligam à família romano germânica fora da Europa devem ser colocados em grupos distintos. Num grande número de países foi possível ‘receber’ os direitos europeus. Mas nestes países existia, antes de se verificar esta recepção, uma civilização autóctone, que comportava certas concepções de agir e viver e certas instituições. A recepção foi freqüentemente, nestas condições, parcial, com diversos setores das relações jurídicas (notadamente o ‘estatuto pessoal’) permanecendo pelos princípios tradicionais; independentemente disto, os antigos modos de ver e de se conduzir podem ter levado a uma aplicação do novo direito em termos bastante diferentes daqueles que constituem a sua aplicação na Europa.”<sup>77</sup>*

<sup>75</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3 ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 17.

<sup>76</sup> DAVID, René. *Ibidem*, p. 17-18.

<sup>77</sup> DAVID, René. *Ibidem*, p. 18-19.

Neste sentido, compreendendo a possibilidade de o direito brasileiro ter assimilado parcialmente institutos de ambas famílias, oriundos da Europa e América do Norte e aplicado os de alguma forma diversa da originária ou de adaptação resta que, em algum aspecto, os institutos adotados são próprios e não de qualquer das famílias. As instituições jurídicas que melhor exemplificam este aspecto são o *habeas corpus* (de origem inglesa), o federalismo e o controle de constitucionalidade (de origem norte americana). O quanto de originalidade é algo não mensurável.

Por outro lado, este fato de haver uma certa abertura entre os sistemas importa na necessidade de verificação das características família anglo-saxônica ou da *common law*, mormente pelo formação do sistema brasileiro com institutos de ambas as famílias. Assim, as principais características da família da *common law*, muito diferentes da romano-germânica, são:

*“(...) A common law foi formada pelos juizes, que tinham de resolver litigios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem. A regra de direito da common law, menos abstrata que a regra de direito da familia romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro. As regras respeitantes à administração da justiça, ao processo, à prova, e as relativas à execução das decisões de justiça têm aos olhos dos common lawyers um interesse semelhante, e mesmo superior, às regras respeitantes ao fundo do direito, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade. A common law está, pela sua origem, ligada ao poder real; desenvolveu-se nos casos em que a paz do reino estava ameaçada, ou quando qualquer outra consideração importante exigia ou justificava a intervenção do poder real; surge como tendo sido, na sua origem, essencialmente um direito público, só podendo as questões particulares serem submetidas aos tribunais da common law na medida em que pusessem em jogo o interesse da coroa ou do reino. Na formação e no desenvolvimento da common law, direito público resultante do processo, a ciência dos romanistas, fundada sobre o direito civil, desempenhou uma função muito restrita: as divisões da common law, os conceitos que ela utiliza e o vocabulário dos common lawyers são inteiramente diferentes das divisões, conceitos e vocabulário dos juristas da familia de direito romano-germânica.”<sup>78</sup>*

Sobre a expansão da *common law*, DAVID observa que elementos próprios podem influir na recepção e aplicação e cita:

*“(...) em países da common law acontece, como nos Estados Unidos ou no Canadá, que se formou uma civilização muito diferente, em múltiplos aspectos, da civilização inglesa; o direito destes países pode, por esse fato, reivindicar uma larga autonomia no seio da família da common law.”*<sup>79</sup>

Neste sentido, diante da caracterização da diversidade evolutiva do direito enquanto sistemas, bem como da sua expansão e influências reais e potenciais, importa que a consideração de variantes de ordenamentos jurídicos é elemento real e, mesmo que não seja propriamente uma teoria, traduz reflexos particulares, e justamente, no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, a adoção irrefletida de conceitos teóricos, como adiante ver-se-á.

Apresentadas em linhas gerais sistematizações jurídicas formadas historicamente, importa ao presente estudo, ainda, a pré-formação do constitucionalismo com a adoção teórica da separação de poderes e o resultado do constitucionalismo em relação a dois aspectos: primeiro, a adoção da constituição escrita e o seu conteúdo; segundo, o federalismo dos EUA.

Os elementos do Estado são o território, a população e o poder soberano. Uma definição singela de poder soberano refere-o como a aptidão de dizer o direito e aplicá-lo em determinado território, em relação a uma determinada população. Em uma idéia atual, o exercício do poder soberano envolve um complexo sistema, em geral, em que a população diretamente ou através de representantes diz o direito e através de órgãos e agentes do Estado realiza o direito. Assim, os órgãos máximos que realizam o exercício do poder soberano envolvem um conjunto de funções próprias deste poder e com este nome estão, na maioria das vezes, referidos. Por exemplo, o Poder Legislativo ou o poder-função de legislar é atribuído a algum ou alguns órgãos específicos. A Constituição brasileira adota a tripartição de poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Todavia, a transição histórica (informação oral)<sup>80</sup> à tripartição de poderes-função não pode ser olvidada neste estudo, mormente pelas particularidades presentes no estudo do ordenamento jurídico e na estrutura normativa brasileira. Originariamente, inexistia partição de funções e o Estado era dito absoluto, pois todas as funções com possibilidade de ter caráter orgânico estavam centradas em um único sujeito ou órgão que as realizava, o monarca. Este

---

<sup>78</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3 ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 19.

<sup>79</sup> DAVID, René. *Ibidem*, p. 20.

<sup>80</sup> Parte significativa dos aspectos históricos citados neste Capítulo sobre a adaptação da separação de poderes às exigências sociais são da exposição do Professor César Saldanha de Souza Júnior, apresentados por este em

período do século XVI é definido historicamente pelo sistema de governo absolutista, centrava em um monarca as funções de administrar, governar, julgar e legislar.

O advento do Estado liberal clássico no século XVIII determinou uma bipartição de poderes e juntamente com o monarca, passou a existir o Poder Legislativo como órgão constituído, com a função de legislar. As demais funções permaneceram com o monarca.

Uma outra revolução na separação de poderes-função ocorreu no século XVIII através da proposição de Montesquieu que contemplava uma autoridade mínima do Estado, aprimorando o liberalismo e combatendo a concentração absolutista francesa. A proposta de Montesquieu teve repercussão mundial e adotada em muitos países. A concepção era original pois os poderes-função passavam a três, Legislativo, Executivo e Judiciário, todos realizando suas atribuições com independência e harmonia, numa ótica de “o poder controla o poder”.

Este aspecto tem pertinência peculiar no direito brasileiro que com o advento da primeira Constituição brasileira, após a Independência em 1822, foram constituídos quatro poderes-função em três conjuntos de órgãos: o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Moderador, estes dois realizáveis pelo monarca <sup>81</sup>.

Com o advento da República brasileira em 1989, foi suprimido o Poder Moderador, realizada a descentralização e restaram três poderes, como persiste até o momento.

Mas, a adaptação do Estado às alterações sociais, mudanças nesta seara determinaram outras adequações na separação de poderes na Europa. Os fatos sociais que mais se destacam

palestra realizada em Santa Rosa, RS, no Fórum de Direito Constitucional, em 12 de maio de 2001, cujo tema era a Separação de Poderes.

<sup>81</sup> Nesse sentido, BONAVIDES leciona:

*“O primeiro período da história constitucional do Brasil se estende de 1822, ano da proclamação da Independência, até 1889, ano em que as instituições imperiais da monarquia entram em colapso, ocorrendo então o advento da república, obra do golpe de Estado desferido em 15 de novembro de 1889 por militares hostis ao sistema centralizador da organização imperial.*

(...)

*“A Constituição do Império, aquela que resultou do ato de outorga, não se arredou do círculo doutrinário das influências francesas no campo teórico, mas ao aplicar-se viu paralelamente prosperar, por obra do costume constitucional, uma forma de governo parlamentar, um tanto híbrido e primitivo.*

*“Todavia, do ponto de vista doutrinário e fático, essa modalidade se assemelhava ao modelo inglês. A Constituição real, desprezando a constituição formal, decerto fora inspirar-se ali.*

*“Dominada pelas sugestões constitucionais provenientes da França, a Constituição Imperial do Brasil foi a única do mundo, salvo notícia em contrário, que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional de poderes, ou seja, trocou o modelo de Montesquieu pelo de Benjamin Constant, embora de modo mais quantitativo e formal do que qualitativo e material.*

*“Com efeito, ao Executivo, Legislativo e Judiciário, acrescentou o Poder Moderador, de que era titular o Imperador e que compunha a chave de toda a organização política do Império. Em rigor, como redundou de sua aplicação constitucional, era ele o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização de Governo e de Estado na época imperial. Disso resultou, pela carência de autonomia provincial suficiente e pela ausência de poderes descentralizados, a funesta desintegração política do regime*

são: a revolução industrial, o êxodo rural, o surgimento da classe de operários, os novos problemas da vida coletiva, a complexização da economia e das finanças públicas, o advento de conflitos bélicos de caráter mundial e a formação do caráter social do Estado. Estes fatos têm significado na medida que ocorreram em período sesquicentenário e determinaram uma revolução para adaptação de novas atribuições aos poderes-função, principalmente à executiva que tinha uma atribuição mais genérica que as demais.

O resultado desta seqüência histórica é que atualmente encontram-se referências sobre pelo menos seis poderes-função constituídos. Aparte o Legislativo que basicamente não sofreu alteração, o Judiciário sofreu partição para criação de Tribunal Constitucional como poder constituído e o Executivo tripartiu-se em função de direção política (governo), de administração (em geral federal, ou função de execução) e Chefia do Estado (com duplo aspecto, de representação externa e de poder moderador ou de última instância).

Evidentemente, esta transformação foi gradativa, ocorreu particularmente no século XX e principalmente na Europa em face da constante exigência de adaptação à complexização do mundo atual.

Mas a passagem da concepção de limitação do poder pelo poder não foi elemento isolado das necessidades do século XVIII, tanto é assim que a separação de poderes integrava um movimento de caráter político-jurídico designado como constitucionalismo. Sobre este conceito, FERREIRA FILHO cita: *“Esse conceito polêmico é que alimenta o movimento político e jurídico, chamado constitucionalismo. Esse visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”*.<sup>82</sup>

O centro ou núcleo do constitucionalismo era a Constituição, pois esta:

*“Ao surgir, ligada que estava a essa doutrina liberal, a idéia de Constituição escrita tinha um caráter polêmico. Não designava qualquer organização fundamental, mas apenas a que desse ao Estado uma estrutura conforme aos princípios do liberalismo.*

*“Era, pois, uma arma ideológica contra o Ancien Regime, contra o absolutismo, contra a confusão entre o Monarca e o Estado, contra uma organização acusada de ser irracional. Propunha substituir tudo isso por um governo moderado, incapaz de abusos, zeloso defensor das liberdades individuais.”*<sup>83</sup>

---

*monárquico, substituído em 1889 pelo sistema republicano de governo.”* In BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 328-329.

<sup>82</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 7.

<sup>83</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ibidem*, p. 6.



E o constitucionalismo sofreu adaptações em vista da incorporação de soluções às necessidades diversas das que inicialmente lhe tinham originado, Assim, FERREIRA FILHO destaca:

*“A Primeira Guerra Mundial, embora não marque o fim do constitucionalismo, assinala uma profunda mudança em seu caráter.*

*“Por um lado, o após-guerra, ao mesmo tempo em que gerava novos Estados que adotaram Constituições escritas, o dissocia do liberalismo. Os partidos socialistas e cristãos, cujo peso se faz então acentuadamente sentir, impõem às novas Constituições uma preocupação com o econômico e com o social. (...)”*

*“Por outro lado, a ciência jurídica impõe às novas Constituições o resultado de suas elucubrações de gabinete. Sutis mecanismos jurídicos vêm nos novos textos racionalizar o poder.*

*“A racionalização do poder, nome pelo qual essa tendência a incorporar nas Constituições as sutilezas do jurista veio a ser conhecida, prolonga de certo o constitucionalismo. De fato, a idéia de racionalizar a vida política já estava presente neste movimento, embora mais atenuada. Da mesma forma a pretensão de enquadrar pela lei inteiramente a vida política, que se desvenda na racionalização, não passa de um exagero do desejo inerente ao constitucionalismo de fixar por meio de regras escritas os lineamentos fundamentais da existência política.”<sup>84</sup>*

Ao introduzir a caracterização do conceito de direito constitucional, BONAVIDES refere o constitucionalismo do Estado liberal como marco no conceito desta disciplina. Assim, o autor destaca o *“(...) triunfo político e doutrinário de alguns princípios ideológicos na organização do Estado moderno. Impuseram-se tais princípios desde a Revolução Francesa, entrando a inspirar as formas políticas do chamado Estado liberal, Estado de direito ou Estado Constitucional”<sup>85</sup>.*

O autor ainda sintetiza a idéia fundamental do constitucionalismo na limitação da autoridade governativa, *“(...) tal limitação se lograria tecnicamente mediante a separação de*

<sup>84</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 7-8.

Em seguida, o autor apresenta as reflexos e causas da derrocada da racionalização:

*“Viú-se o desmoronamento de todas as democracias que seguiram o ideal de racionalização (...)*

*“Em todos os Estados faltavam as condições mínimas para que um poder democrático pudesse subsistir (...) Ora, não é possível suprimir por regras jurídicas a ausência do substrato econômico e social próprio a cada regime. A racionalização tentou obviar essa lacuna mas, empenhando-se em tarefa impossível, não podia ter êxito, como não teve.*

*“Todavia, essa tendência não morreu. Estando na linha de desenvolvimento do constitucionalismo, ressurgiu no após-guerra, impondo suas soluções às Constituições elaboradas a partir de então. Diminuída a confiança em suas virtudes, nem por isso os constituintes desistiram do intento de racionalizar ao máximo as leis fundamentais.”*

<sup>85</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22.

*poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos”*<sup>86</sup>.

Esse conflito de concepções sobre limitações do poder na ótica de um constitucionalismo liberal redundava em que o poder:

*“(...) deveria mover-se, por conseguinte, em órbita específica, a ser traçada pela Constituição. Com o emprego do instrumento constitucional, aquela concepção restritiva da competência dos órgãos estatais se fez dominante. Ingressou, assim, o termo Constituição na linguagem jurídica para exprimir uma técnica de organização do poder aparentemente neutra. No entanto, encobria ela, em profundidades invisíveis, desde o início, a idéia-força de sua legitimidade, que eram os valores ideológicos, políticos, doutrinários ou filosóficos do pensamento liberal”*<sup>87</sup>.

A proposta de constitucionalismo que combatia a concepção liberal pela adoção de declaração de direitos viu-se esvaziada pelo racionalismo. BONAVIDES assim refere:

*“O liberalismo fez, assim, com o conceito de Constituição aquilo que já fizera com o conceito de soberania nacional: um expediente teórico e abstrato de universalização, nascida de seus princípios e dominada da historicidade de seus interesses concretos. De sorte que, exteriormente, a doutrina liberal não buscava inculcar a sua Constituição, mas o artefato racional e lógico, aquele que a vontade do constituinte legislava como conceito absolutamente válido de Constituição, aplicável a todo o gênero humano, porquanto iluminado pelas luzes da razão universal.”*<sup>88</sup>

Embora outras modificações alterando o constitucionalismo, conclui-se a referência ao fato histórico pertinente ao ordenamento jurídico na seguinte citação de BONAVIDES:

*“Aquela aceção de fundo racionalista e normativista, decorrente, historicamente, do domínio político da classe burguesa ao colher os primeiros frutos de sua vitória sobre os Estados da monarquia absoluta e sua respectiva organização de poder, cedeu lugar, hoje, a uma concepção mais ampla e verdadeira, muito menos tímida, aliás, aquela em que o Direito Constitucional é, conjuntamente, ‘técnica do poder’ e ‘técnica da liberdade’; um Direito Constitucional político, sem ser, porém, contra ou a favor das instituições que abrange ou encerra.*

*“Enfim, para chegar a esse conceito, teve ele, primeiro, que refletir, conforme vimos, o ocaso do constitucionalismo, com a queda*

<sup>86</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22.

<sup>87</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 22-23.

<sup>88</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 23.

*de um sistema de valores e a decomposição de uma doutrina arraigadamente individualista. Não foi de emergência fácil e suave, porquanto veio no torvelinho de uma crise, que hoje açoita principalmente o ordenamento jurídico dos países constitucionais em desenvolvimento.*

*“(...) O constitucionalismo do Estado de direito (bem entendido: o Estado de direito da sociedade liberal) cede lugar ao constitucionalismo político e social. Um constitucionalismo, não raro, amputador da ordem jurídica nas garantias fundamentais do cidadão, em proveito daquela segurança que a razão de Estado comanda, legisla e impõe, fazendo, todavia, inseguros, em termos de auferição de direitos, o cidadão e a sociedade.”<sup>89</sup>*

Por fim, o último elemento histórico que interessa ao presente estudo da estrutura normativa brasileira é pertinente ao federalismo como forma de descentralização e limitação de poder, particularmente, o federalismo dos Estados Unidos da América do Norte, o federalismo que foi adotado na primeira Constituição Republicana brasileira, de 1891.

O aspecto limitador é assim apresentado por FERREIRA FILHO:

*“Mas a descentralização é também uma fórmula de limitação do poder. É geradora de um sistema de freios e contrapesos propício à liberdade. Com efeito, diminui a probabilidade de opressão, dividindo o exercício do poder em muitos e diferentes órgãos. E também por aproximar os governantes dos governados, o que facilita a influência destes no processo de tomada de decisões.”<sup>90</sup>*

Mas, preliminarmente, cumpre observar que a federação consiste em uma forma do Estado, ou, em abstração distinta, uma fórmula de conformação de poderes. FERREIRA FILHO diz que *“(...) em função da descentralização, distinguem-se os tipos de Estado. Um é o Estado unitário. Existe este sempre que a descentralização nele existente (administrativa, legislativa e/ou política) está à mercê do Poder Central. Este, por decisão sua (em geral por lei), pode suprimir essa descentralização, ampliá-la, restringi-la etc”<sup>91</sup>.*

Justamente, a forma de Estado que se opõe ao unitário é o Federal. Este autor apresenta-o como sendo aquele em que existe uma descentralização administrativa, legislativa e/ou política

*“(..) decorrente da Constituição (...) Nos Estados federais, a estrutura federativa é posta como intocável (...) Neles, sempre se dá a participação dos Estados-Membros no Poder Central por meio de uma Câmara que os representa (o Senado. Enfim, aos Estados-Membros se reconhece a auto-organização por um poder constituinte*

<sup>89</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25-26.

<sup>90</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 42.

<sup>91</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ibidem*, p. 42.

*próprio. Nesses dois últimos pontos está o cerne da autonomia dos Estados-Membros da Federação (...)*.<sup>92</sup>

Por fim, cumpre destacar a lição de BARACHO que cita, conforme Urbain Destree e Jean-Maurece Dehousse:

*“A existência da forma de Estado federal aparece pela reunião de três elementos (...): a) os poderes locais são dotados de personalidade e de competências distintas daquelas do poder central; b) uma ordem jurídica, que estrutura a regulamentação das competências entre os diversos poderes existentes; c) a ordem é estabelecida e assentada no pacto fundamental pela própria Constituição”*<sup>93</sup>.

Neste sentido, a ordem jurídica, determinadora da repartição de competências<sup>94</sup>, constitucionalmente posta é o núcleo de outra forma de partição de poder. Não similar, mas tão importante quanto à própria separação de poderes. E, justamente, neste aspecto ressalta a necessidade de compreensão da formação do federalismo norte americano, para, posteriormente, verificação do quanto houve influência direta deste no estabelecimento do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a fórmula adotada após a independência americana, depois de 1776, apresentou-se como inovadora ao criar a federação. Todavia, diante do processo belicoso da independência e o risco de nova investida inglesa para reassumir o controle das colônias, estas viram se forçadas a criar uma fórmula de unificação em algum aspecto, justamente para evitar o que lhes parecia um retrocesso. Nesse sentido, a lição de DAVID é elucidativa:

*“As 13 colônias, até a Guerra da Independência, tinham vivido de modo quase inteiramente independente umas das outras, e não tinham entre si, por assim dizer, nada de comum: nem no que respeita à sua origem, nem ao seu povoamento, nem às suas convicções religiosas, nem à sua estrutura e aos seus interesses econômicos. Não existia entre elas nenhum elo político, independentemente do seu elo comum com a metrópole, nenhuma instituição comum as reunia antes da Revolução.”*<sup>95</sup>

<sup>92</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43.

<sup>93</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 52.

<sup>94</sup> O conceito mais simples adotado em doutrina e inquestionado expressa-a com sendo a “delimitação do poder”. Sobre o termo competência legislativa, que interessa particularmente ao presente estudo, a definição lexicográfica adotada é “competência legislativa é o poder que se confere a uma instituição para que possa elaborar leis sobre determinados assuntos. Por ela, então, ficam traçados os limites, em razão da matéria, dentro dos quais podem ser elaboradas as leis e regulados os assuntos, a que se referem (...)”. In SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 473.

<sup>95</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3 ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 369.

Em vista disto, após DAVID ressaltar que “*a Inglaterra ignora a noção de direito federal*”, observa que este aspecto federativo, particularmente a questão de como definir a competência legislativa de um poder central, “*(...) é fácil de compreender para os juristas da família romano-germânica*”<sup>96</sup>.

Assim, da formulação norte americana que partia da dificuldade inicial de “*(...) atribuições respectivas das autoridades federais e dos Estados*”<sup>97</sup>, pode-se traçar breve comparativo ao federalismo adotado no Brasil, quando decorridos mais de seis décadas de Estado unitário com elementos de unidade social e jurídica significativa, com o advento da República viu-se adotando sistema jurídico originário de país com formação tão distinta. Neste sentido, BONAVIDES cita:

*“Com o advento da República, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história. Mudou-se o eixo de valores e princípios de organização formal do poder. Os novos influxos constitucionais colocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana (...) Converteu-se com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 num Estado que possuía a plenitude formal das instituições liberais, em alguns aspectos, deveras relevantes, transladadas literalmente da Constituição americana, debaixo da influência de Rui Barbosa, um jurista confessadamente admirador da organização política dos Estados Unidos (...)”*<sup>98</sup>

Em vista destes aspectos históricos tão distintos agregados cumpre inquirir “Qual a relevância destes fatos históricos à estrutura normativa brasileira?”

Inicialmente, tanto o escalonamento como a hierarquização de normas, consoante referidos por Aristóteles, são elementos muito antigos no direito. Em seguida, o elemento “unidade” está suficientemente presente na história quando expresso no termo Constituição, conforme Aristóteles, Constituição real. Neste aspecto, a concepção de constituição real é suficiente para determinar a verificação unitária. Vinculado a estes fatos, uma reserva de valores à Constituição e a possibilidade de inobservância da lei pelo juiz quando esta ou contrariar a Constituição ou quando não for adequada à solução do litígio implica que há uma flexibilidade inerente ao direito a permitir vislumbrar num direito particular (como no grego

<sup>96</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3 ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 368.

<sup>97</sup> DAVID, René. *Ibidem*, *idem*.

<sup>98</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 330.

houve) que existe uma certa flexibilidade utilitária no fundamento de validade das normas, pois pode fundamentar a decisão judicial desconsiderar a lei.

Todavia, a incorporação de novas instituições jurídico-políticas como a separação de poderes (poderes-função) e a federação, por mais variantes que tenham em sistemas jurídicos (famílias romano-germânica e *common law*) não só é possível como são compatíveis desde que preservada a mesma flexibilidade utilitária verificada nos ensinamentos aristotélicos.

Em vista disto, passar-se-á ao exame dos aspectos metodológicos do ordenamento jurídico presentes nas teorias de KELSEN e de BOBBIO, para, nos capítulos terceiro e quarto, compará-los ao ordenamento jurídico brasileiro circunscrito no conceito operacional precisado como estrutura normativa.

## **CAPÍTULO 2 — A TEORIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

### **2.1 A NORMA ESTRUTURADA COMO OBJETO DO POSITIVISMO JURÍDICO, DA CIÊNCIA JURÍDICA E DA POLÍTICA JURÍDICA**

#### **2.1.1 A norma e o positivismo jurídico**

Estando a teoria do ordenamento jurídica vinculada a uma certa concepção de perceber o direito, a escola do Direito positivo ou juspositivismo jurídico, cumpre apresentá-lo vestibularmente.

Uma definição simples de positivismo jurídico é a apresentada por SIDOU. Para este autor, “positivismo jurídico” pode ser definido como a: *“escola jurídica, contraposta à do jusnaturalismo, que só entende por direito o que é formalizado pela lei”*<sup>99</sup>. A idéia em certo sentido é exata na sua sinteticidade pois o positivismo jurídico é uma escola, isto é, um conjunto de conhecimento produzido a partir de certos pressupostos, que demarcou-se em período histórico razoavelmente preciso e tem, ainda, expressão que o caracteriza.

Mas BOBBIO apresenta uma definição provisória de positivismo jurídico como *“(…) aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”* e, após uma análise histórica, define direito positivo como *“direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como ‘lei’*. De imediato, o autor destaca a propensão do positivismo jurídico que: *“(…) nasce do impulso histórico para a legislação, se*

*realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva — ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente — do direito (...)”*<sup>100</sup>.

Este impulso para a legislação “(...) nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção social”. BOBBIO acresce que o impulso para a legislação “(...) não é um fato limitado e contingente, mas um movimento histórico universal e irreversível, indissoluvelmente ligado à formação do Estado Moderno”<sup>101</sup>. Por fim, o autor cita Pluncknett para reforçar a relevância da legislação:

*“No presente o mais poderoso instrumento de mudança jurídica nas mãos do Estado é a legislação (...) Poucos temas de história do direito são mais interessantes que o surgimento e o progresso da legislação, o desenvolvimento de órgãos especiais destinados a criar o direito legislativo e o comportamento dos tribunais na interpretação dos resultados da atividade desses órgãos”*<sup>102</sup>.

Assim, o positivismo jurídico tem seu objeto, de alguma forma, como delimitado sobre normas gerais, legislação. Mas, mesmo considerando este objeto, o positivismo jurídico pode ser percebido como teoria, ideologia ou método<sup>103</sup>.

Por evidente, o positivismo como método é, antes de tudo, um pressuposto das concepções de positivismo como ideologia e teoria.

Dizer positivismo jurídico como método<sup>104</sup> significa apresentar o direito partindo *do direito que é, do direito posto ou positivado pelo Estado*<sup>105</sup>, sem buscar causas, conseqüências ou realizar valoração. Neste aspecto, nasceu do “(...) esforço para transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”<sup>106</sup>.

Desta forma, o positivismo jurídico como método é uma abordagem avalorativa do direito<sup>107</sup>. Sendo avalorativa, somente considera o *juízo de fato*, o que é próprio do campo

<sup>99</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 606.

<sup>100</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 119.

<sup>101</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 120.

<sup>102</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 120-121.

<sup>103</sup> Uma abordagem introdutória das concepções do Positivismo Jurídico é apresentada sucintamente por BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 132 a 134 e 233 a 238.

<sup>104</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 135 e ss.

<sup>105</sup> BOBBIO cita que “o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que (...) ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor (...)”. In BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 136.

<sup>106</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 135.

<sup>107</sup> Para maiores informações sobre o tema, em sub-título quase sinônimo, ver BOBBIO, Norberto, *Ibidem*, Parte II, Capítulo I - “O positivismo jurídico como abordagem avalorativa do direito”, p. 135 e ss.



científico: “(...) o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação...”. O juízo de fato contrapõe-se ao juízo de valor, que: “(...) representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas”<sup>108</sup>.

Este caráter científico buscado pelo positivismo jurídico pode ser explicado no que ensina BOBBIO: “A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade”<sup>109</sup>.

Nesse sentido, o direito é produzido formalmente pelo Estado e por isso é válido e obrigatório. Em decorrência, o objeto da ciência jurídica é apenas o direito posto pelo Estado e o que se perquire no positivismo jurídico como método são a existência e a validade do direito.

O positivismo jurídico como teoria, num plano cognoscitivo, corresponde à atitude assumida perante certa realidade e é constituída por juízos de fato com a finalidade de informar sobre tal realidade. Nesse aspecto, o positivismo jurídico como teoria é composto de seis concepções teóricas elementares. As teorias do positivismo jurídico podem ser divididas em dois grupos: primeiro, as teorias *coativa, legislativa e imperativa* do direito. Segundo, as teorias da *coerência* e da *completitude* do ordenamento jurídico e a teoria da *interpretação lógica ou mecanicista do direito*. Evidentemente, nem todas as teorias do positivismo jurídico interessam ao presente estudo.

Do primeiro grupo de teorias, interessa apenas a teoria legislativa do direito que pode ser sintetizada como a legislação do Estado como fonte preeminente do direito, isto é, considera o direito *sub specie legis*<sup>110</sup>.

Do segundo grupo de teorias do juspositivismo interessam as teorias da coerência e da completitude do ordenamento jurídico que, basicamente, integram a *Teoria do Ordenamento Jurídico* de BOBBIO, juntamente com a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico.

<sup>108</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.

<sup>109</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, idem.

<sup>110</sup> Neste sentido, BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 132.

Como o presente estudo aborda justamente o exame de elementos destas três teorias em confronto com a Constituição Federal brasileira de 1988, os elementos destas teorias serão examinados com maior detalhamento na continuidade do presente capítulo.

Já o positivismo jurídico como ideologia <sup>111</sup> corresponde à definição, em um plano valorativo, em que são emitidos juízos de valor com o escopo de influir e mudar a realidade. No positivismo ético extremista ou radical é concebido como o dever absoluto ou incondicionado de obedecer à lei enquanto tal. No positivismo moderado não há este condão de dever absoluto e incondicionado pois existe, em certa medida, resguardo de um plano ético.

Por evidente, os aspectos do positivismo jurídico como ideologia são desprovidos de pertinência em face da temática abordada. Por este motivo não serão objeto de maior desenvolvimento.

Assim, apresentadas as concepções de positivismo jurídico, cumpre aprofundar de alguma forma sobre a ciência jurídica, particularmente, tendo em vista uma mais clara definição do objeto de estudo desta pelo positivismo jurídico como método. Ademais, este, pela sua própria afeição à existência e à validade do direito posto, será necessário à compreensão dos aspectos teóricos e práticos confrontados.

### 2.1.2 A amplitude da norma objeto da ciência jurídica

A expressão ciência jurídica, embora não seja unívoca, é apresentada por FERRAZ JR. <sup>112</sup> sobre três enfoques: primeiro, como teoria da norma; segundo, como teoria da interpretação; e, terceiro, como teoria da decisão.

Enquanto teoria da interpretação, parte-se do pressuposto de que: *“É hoje postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação”* <sup>113</sup>.

Este aspecto é relevante porque numa tensão entre interpretação sobre normatização posta e com liberalidade maior resulta que: *“(...) não apenas estamos obrigados a interpretar (não há norma sem sentido nem sentido sem interpretação), como também deve haver uma*

<sup>111</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 235-236.

<sup>112</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

*interpretação e um sentido que preponderem ponham um fim (prático) à cadeia de múltiplas possibilidades interpretativos”* <sup>114</sup>. Neste enfoque: *“A Ciência do Direito, de modelo hermenêutico, tem por tarefa interpretar textos e suas intenções, tendo em vista uma finalidade prática. Esta finalidade prática domina a tarefa interpretativa”* <sup>115</sup>.

Na modalidade teoria da decisão, FERRAZ JR. parte do termo decisão para relacioná-la com *“aos processos deliberativos”* <sup>116</sup> e define decisão como *“(...) correlato ao conflito, que é entendido como conjunto de alternativas que surgem da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade das condições de avaliação etc, que não prevêem, em princípio, parâmetros qualificados de solução, exigindo, por isso mesmo, decisão”* <sup>117</sup>.

Esta concepção de ciência jurídica enquanto teoria da decisão é vinculada principalmente a questões conflitivas e ao controle de comportamento, particularmente jurisdicional. Consoante FERRAZ JR.:

*“(...) o desenvolvimento da Ciência Jurídica como teoria de sistemas de controle (jurídico) do comportamento é, no fundo, uma concepção ampliada do problema de decisão, pois vislumbra nos fenômenos de direito um momento de domínio e de estratégia de domínio, caracterizado pela possibilidade, num sistema de interações, de decisões fortalecidas, capazes de promover, evitar, contornar, autorizar, proibir, etc. certas reações.”* <sup>118</sup>

Neste aspecto, enquanto teoria da decisão, a ciência jurídica está vinculada ao aspecto jurisdicional e não é objeto de maiores considerações neste estudo.

Como teoria da norma primazia o modelo analítico, que *“(...) se propõe, inicialmente, a questão do método, tendo em vista a noção de norma como núcleo teórico”* <sup>119</sup>, cuja análise principia por *“(...) um processo de decomposição em que se parte de um todo, separando-o e especificando-o nas suas partes”* <sup>120</sup>.

Partindo a ciência jurídica como teoria da norma da própria norma, reconhece FERRAZ JR. que: *“Não há (...) acordo sobre o conceito de norma jurídica. Na verdade, com*

<sup>113</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 68.

<sup>114</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 73.

<sup>115</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibidem*, *idem*.

<sup>116</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 88.

<sup>117</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 89.

<sup>118</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 102.

<sup>119</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 52.

*ele pretendemos, às vezes, abarcar situações tão diversas que é difícil dizer-se se podemos falar dela como gênero, ao qual pertenceriam as espécies de lei, regulamento, decreto, sentença etc”*<sup>121</sup>.

Após uma percuciente abordagem sobre vários óbices encontrados pela Ciência Jurídica como teoria da norma, inclusive sobre a hierarquização de normas, o autor traduz algo que além de impreciso é contundente ao presente estudo:

*“A construção analítica (...) oscila entre esforços mais ou menos engenhosos para reduzir toda uma gama de fenômenos normativos, normas ou conceitos a elas ligados, a tipos genéricos e básicos, e a necessidade de uma diferenciação contínua, que acaba por frustrar, às vezes, sua intenção de erigir todo o saber jurídico na forma de um sistema único e abarcante. Revela-se assim, como um empreendimento programático que faz frente a uma gama de atividades de regulamentação cada vez mais complexa.”*<sup>122</sup>

Consoante visto, as concepções de ciência jurídica, aparte tanto o método quanto outros aspectos como a consideração objetiva, encontrava-se diante de teorias formuladas a partir de certas concepções abstratas. Tanto é assim que quando FERRAZ JR. busca uma inicial precisão do termo ciência apresenta uma equivocidade, à qual refere, mas, todavia, destaca:

*“O termo ciência não é unívoco: se é verdade que com ele designamos um tipo específico de conhecimento, não há, entretanto, um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento: os diferentes critérios têm fundamentos filosóficos que ultrapassam a prática científica, mesmo quando esta prática pretende ser ela própria usada como critério.”*<sup>123</sup>.

Ainda sobre a dificuldade de conceituação de ciência, aparte quaisquer outras considerações sobre métodos, FERRAZ JR. apresenta outros aspectos de relevo, entre os quais *“(...) que a diversas ciências têm práticas metódicas que lhes são próprias e, eventualmente, exclusivas (...)”*<sup>124</sup>.

Aqui é inserto o positivismo jurídico como método, partindo da norma jurídica como fato, direito posto, direito que é, e promovendo ou tentando promover uma abordagem avalorativa do direito.

<sup>120</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 53.

<sup>121</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 57.

<sup>122</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 66.

<sup>123</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibidem*, p. 9.

<sup>124</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibidem*, *idem*.

Não circunscrevendo a definição de ciência do direito ao juspositivismo como método, é possível aceitar o objeto da ciência jurídica conforme apresentado por KELSEN: “*Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação — menos evidente — de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica (...)*”<sup>125</sup>.

Este aspecto apresentado por KELSEN é complementado do seguinte modo: “*A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica*”<sup>126</sup>.

Todavia, sendo o objeto da ciência do direito a norma jurídica, cumpre destacar que a amplitude continua significativa, pois dizer norma jurídica significa referir a uma gama significativa de atos ou fatos.

Neste estudo, há necessariamente uma redução da concepção de norma jurídica para considerá-la somente aqueles atos normativos gerais e abstratos resultantes de um processo de elaboração por órgão legiferante.

Esta redução não é destituída de fundamento e pode tanto servir à apreensão do ‘direito que é’ como do ‘direito que deve ser’. Aqui tem-se presente um mesmo objeto, a norma jurídica, como objeto de estudo de duas áreas do conhecimento jurídico. Este aspecto do estudo da norma jurídica como ‘direito que deve ser’ refere-se ao estudo da norma jurídica a partir de alguns elementos pertinentes aos seus fatos geradores, ou seja, da política jurídica.

### **2.1.3 A política jurídica e a estruturação normativa**

Sem intentar uma definição mas somente apresentando uma idéia do que significa política jurídica para fins de contextualização do seu objeto, é possível precisá-la a partir dos ensinamentos de Osvaldo Ferreira de Melo, presentes na obra *Fundamentos da Política Jurídica*, particularmente na apresentação dos aspectos conceituais utilizados por este autor.

Assim, identifica-se a política jurídica como uma disciplina autônoma, vinculada à concepção de instrumento de ação à transformação social, cujo objeto é o direito que deve ser e a valoração de normas para fins de existência ou reforma, considerando a adequação entre os

<sup>125</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 79.

<sup>126</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, *idem*.

meios e os fins e outros aspectos práticos, de interesse e utilidade sociais e da consciência jurídica.

A finalidade da política jurídica é alcançar normas que além de eficazes ao bem comum, sejam socialmente desejadas e por isso justas e úteis para responderem adequadamente às demandas sociais.

A importância da consciência jurídica está presente na valoração da conduta humana através da compreensão das experiências e expectativas da sociedade. Os valores político-jurídicos são percebidos como intencionalidade historicamente objetivada, como ação possível e realizável, compreendendo sua natureza e verificando, a partir daí, o balizamento da norma.

O estudo de MELO <sup>127</sup> sobre política jurídica analisa elementos apresentados por Kelsen com vistas à caracterização de alguns elementos conceituais da política jurídica. Assim, na busca do objeto do conceito de Política Jurídica MELO apresenta a concepção de Kelsen sobre Política Jurídica usando como referência a exclusão do objeto da ciência do direito fornecida em alguns tópicos principais das obras *Teoria Pura do Direito* e *Teoria Geral das Normas* de Kelsen.

MELO refere que no normativismo de Kelsen, verifica-se, em uma primeira abordagem a caracterização de objetos da Ciência do Direito (tratar do Direito que é) e da Política Jurídica (o direito que deve ser e como deva ser feito), particularizando o objeto dessa especificamente como o Direito que deve ser. O “Direito que deve ser” refere-se à Política Jurídica e “como deve ser feito o Direito” diz respeito à tecnologia jurídica, assim compreendida a técnica legislativa.

Uma segunda caracterização também polariza a Ciência do Direito e a Política Jurídica, sendo presente naquela o agnosticismo axiológico (não conhecimento de valores) e nesta o conhecimento de valores, tanto é assim que os valores são fundamentais na política jurídica enquanto estratégia para alcançar o bem comum através do aperfeiçoamento de normas.

O terceiro aspecto que Kelsen fornece é o reconhecimento da Política Jurídica como disciplina autônoma, pelas suas próprias características distintas da Ciência do Direito.

O quarto aspecto considerado por Kelsen verifica-se em relação ao objeto da Ciência do Direito valorar o objeto de normas ou querer reformá-las é Política do Direito. O objeto da

---

<sup>127</sup> As considerações a seguir referidas sobre caracterização da política jurídica a partir da obra de KELSEN são resultantes do estudo do tópico *O normativismo de Kelsen*, p. 29-39, In MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

Ciência do Direito é o Direito; o direito que deve ser, o direito desejável ou justo não pode existir para o Direito, pois tal objeto existe para a Política do Direito.

Assim, consoante MELO, a caracterização da política jurídica na obra de Kelsen quanto ao objeto e quanto à autonomia estão bem definidas e distintas em relação à Ciência do Direito.

Esta caracterização da política jurídica permite constatar que seu objeto, o direito que deve ser, está apartado do objeto da ciência jurídica apresentada por Kelsen. Um argumento apresentado por MELO para esta distinção está na oposição à abordagem avaliativa do direito, pois *“A natureza humana é incompatível com um direito rígido, cristalizado, insuscetível de ser valorado ou submetido a estratégias de aperfeiçoamento”*<sup>128</sup>.

Além de contraposição ao direito posto, a política jurídica situa-se como um plano de valoração em que são adotadas estratégia de aperfeiçoamento e, para tanto, há de considerar também o direito posto.

Assim, o direito posto apresenta-se como objeto de estudo tanto para a ciência jurídica como para a política jurídica.

Diante da possibilidade de estudar o direito consoante os enfoques apresentados, na razoável vastidão da Ciência Jurídica, com pelo menos três objetos de estudo, a norma, a interpretação e a decisão, ou, na ótica de uma política jurídica enquanto valoração ou estratégia, percebe-se que o estudo teórico do ordenamento jurídico é necessário e imprescindível ao desenvolvimento da política jurídica e, particularmente, à aproximação da política jurídica a algum ordenamento jurídico específico.

Desta forma, presentes os aspectos mínimos para permitir perquirir sobre como está teorizado o ordenamento jurídico, comparando a teoria com a realidade, isto é, com o direito que é em espaço e tempo determinados, é possível apresentar algumas considerações sobre aspectos a serem estudados para melhor precisão tanto na ciência jurídica como no aperfeiçoamento jurídico.

Assim posto, cumpre examinar aspectos ou elementos da teorização do ordenamento jurídico, o que será realizado nas próximas duas partes deste capítulo, para, nos capítulos terceiro e quarto, comparar aqueles aspectos ou elementos à estrutura normativa conceituada no capítulo inicial e contextualizar a política jurídica neste conceito.

---

<sup>128</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 31.

## 2.2 OS ELEMENTOS TEÓRICOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO: A CONSTRUÇÃO ESCALONADA E A HIERARQUIZAÇÃO

Sobre a teorização do ordenamento jurídico já foram traçadas algumas linhas gerais no primeiro capítulo, com intuito eminentemente introdutório. O tema é objeto deste capítulo com grau maior de profundidade principalmente para destaque dos aspectos que impõem o isolamento de planos de normas como objetos distintos de relações hierárquicas.

Em vista de o presente estudo tematizar uma comparação entre elementos da Teoria do Ordenamento Jurídico, de Norberto Bobbio, estabelecidos com base na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, estas segunda e terceira parte do presente capítulo tem por base, quase que integralmente, referências a estas obras.

A teoria do ordenamento jurídico é composta de três partes: primeira, a da unidade do ordenamento jurídico; segunda, a da coerência do ordenamento jurídico; terceira, a da completitude do ordenamento jurídico. O exame da teoria do ordenamento jurídico a partir deste segmento é dividido em duas partes: primeira, a unidade do ordenamento jurídico, em que serão verificadas a composição, o escalonamento e a hierarquia. Segunda, em que são abordados a coerência e a completitude do ordenamento jurídico. A justificativa desta divisão está na complexidade atribuída pelos próprios teóricos citados, conforme adiante ver-se-á.

### 2.2.1 Normas sobre produção de normas

**A unidade.** Sobre a unidade do ordenamento jurídico há referência no capítulo introdutório em que KELSEN define “ordem” vinculada ao direito, isto é, ordem jurídica, como “(...) *um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade*”<sup>129</sup>, e, por conseguinte, diz o fundamento de validade como

---

<sup>129</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 33.



“(…) *uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem*”<sup>130</sup>.

Como a delimitação de unidade remete ao fundamento de validade e este ao de norma fundamental, esta é definida da seguinte forma: “(…) *a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas*”<sup>131</sup>.

O fato de definir uma única norma como fundamento de todas as demais é deveras complexo e, por este motivo, apresentar-se-á inicialmente algumas considerações sobre as normas que compõem um ordenamento jurídico, para, no decorrer da continuidade do presente capítulo, explicitar os aspectos referentes ao fundamento de validade e à norma fundamental.

**Composição.** Sobre a composição do ordenamento jurídico, teórico ou real, não há uma definição precisa de quais normas estejam inclusas. BOBBIO apresenta a seguinte consideração: “*Quantas são as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico italiano? [ou brasileiro]. Ninguém sabe*”. O autor refere, ainda, que, “(…) *Na realidade os ordenamentos são compostos por uma infinidade de normas, que, como as estrelas no céu, jamais alguém consegue contar*”<sup>132</sup>.

Isto é deveras, por si, algo complexo, pois, consoante afirma BOBBIO sobre as espécies de normas que compõem o ordenamento jurídico: “*Os juristas queixam-se que são muitas; mas assim mesmo criam-se sempre novas, e não se pode deixar de criá-las para satisfazer todas as necessidades da sempre mais variada e intrincada vida social*”<sup>133</sup>.

Conforme BOBBIO, a dificuldade de precisão da quantidade ou qualidade de normas que compõem um ordenamento reside na origem ou fonte do direito: “*A dificuldade de rastrear todas as normas que constituem um ordenamento depende do fato de geralmente essas normas não derivarem de uma única fonte. Podemos distinguir os ordenamentos jurídicos em simples e complexos, conforme as normas que os compõem derivem de uma só fonte ou de mais de uma fonte*”<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 33.

<sup>131</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 228.

<sup>132</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 37.

<sup>133</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

BOBBIO define fontes do direito como: “*aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas*”<sup>135</sup>.

Os ordenamentos jurídicos simples são ou ficção ou exceção, consoante ensina o próprio autor citado: “*A imagem de um ordenamento, composto somente por dois personagens, o legislador que coloca as normas e os súditos que as recebem, é puramente escolástica*”. No testemunho de BOBBIO: “*Os ordenamentos jurídicos, que constituem a nossa experiência de historiadores e de juristas, são complexos*”<sup>136</sup>.

Em vista destas considerações, verifica-se que é possível concordar que, em regra, os ordenamentos são complexos e, com certa precisão, as espécies de normas que compõem um ordenamento jurídico não são precisas em plano teórico. Aliás, consoante a referência de BOBBIO sobre o ordenamento italiano e de FERRAZ JÚNIOR<sup>137</sup> sobre o ordenamento brasileiro, o grau de dificuldade de definição da composição de algum ordenamento jurídico, ressaltadas exceções ou ficções, parece realmente difícil.

Mas, indagando sobre o que torna complexo um ordenamento jurídico a demandar várias fontes para torná-lo impreciso, BOBBIO explica: “*A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho*”<sup>138</sup>. Como conseqüência, o autor entende que “*A complexidade de um ordenamento jurídico deriva portanto da multiplicidade das fontes das quais afluem regras de conduta, em última análise, do fato de que essas regras são de proveniências diversas e chegam à existência (adquirem validade) partindo de pontos os mais diferentes*”<sup>139</sup>.

Com base nestes elementos, é possível adentrar nas fontes do ordenamento jurídico, particularmente, se é possível remontar a uma fonte específica, motivo pelo qual estaria definida, ao menos, uma unidade de fonte do direito. A unidade do ordenamento jurídico a partir de uma fonte do direito máxima pode não definir a composição do ordenamento jurídico, mas, certamente, pode definir o direito a partir de uma única referência de origem.

<sup>135</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 45.

<sup>136</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 37.

<sup>137</sup> A referência ao ordenamento jurídico brasileiro é realizada por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, que apresenta a *Teoria do Ordenamento Jurídico*, de NORBERTO BOBBIO.

<sup>138</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 37.

<sup>139</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 38.

**As fontes do ordenamento jurídico.** Em virtude da impossibilidade de existência de fonte única do direito, BOBBIO alega que:

*“(...) o poder supremo recorre geralmente a dois expedientes:*

*1) A recepção de normas já feitas, produzidas por ordenamentos diversos e precedentes.*

*2) A delegação do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores.*

*Por essas razões, em cada ordenamento, ao lado da fonte direta temos fontes indiretas que podem ser distinguidas nestas duas classes: fontes reconhecidas e fontes delegadas.”*<sup>140</sup>

Este aspecto merece destaque. Assim, esta necessidade do *poder supremo*, além de determinar a adoção de outras normas já produzidas, através de recepção, delega ou transfere poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores.

Como exemplo de fonte delegada, o autor cita o regulamento em relação à Lei. A explicação é deveras simples:

*“Os regulamentos são, como as leis, normas gerais e abstratas, mas, à diferença das leis, a sua produção é confiada geralmente ao Poder Executivo por delegação do Poder Legislativo, e uma de suas funções é a de integrar leis muito genéricas, que contêm somente diretrizes de princípio e não poderiam ser aplicadas sem serem ulteriormente especificadas. É impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se então a formular normas genéricas, que contêm somente diretrizes, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exequíveis.”*<sup>141</sup>

Da mesma forma, BOBBIO cita que a relação estabelecida entre regulamento e lei também ocorre entre normas constitucionais e leis ordinárias:

*“A mesma relação existe entre normas constitucionais e leis ordinárias, as quais podem às vezes ser consideradas como os regulamentos executivos das diretrizes de princípio contidas na Constituição. Conforme se vai subindo na hierarquia das fontes, as normas tornam-se cada vez menos numerosas e mais genéricas; descendo, ao contrário, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e mais específicas.”*<sup>142</sup>

Uma última consideração introdutória sobre as fontes do direito está ainda na distinção entre fontes reconhecidas e delegadas, diz respeito à concepção geral de formação e estrutura de um ordenamento jurídico.

<sup>140</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 38.

<sup>141</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 39-40.

<sup>142</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 40.

**A formação de um ordenamento jurídico.** BOBBIO cita que o último ponto de referência de normas de algum ordenamento jurídico é o poder originário: “(...) *o poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico. Esse ponto de referência é necessário, além de tudo, para fundar a unidade do ordenamento*”.<sup>143</sup>

Considerando a complexidade de um ordenamento real, em que somente algumas normas derivam diretamente do poder originário, o autor cita que o fato de várias fontes promoverem a formação de um ordenamento resulta de duas razões, ambas distintas das espécies de fontes citadas anteriormente e ambas componentes do processo de formação do ordenamento jurídico<sup>144</sup>. Observando tanto alguma parcela de normatização ou ordenação na sociedade civil e a sucessão de ordenamentos no tempo, somente considera como poder originário aquele estabelecido no aspecto jurídico. Assim, fica estabelecido como limite externo ao poder soberano o fato de o poder originário ser jurídico, algo que assimile uma concepção de ordenamento não jurídico preexistente.

A segunda razão de formação do ordenamento jurídico complexo está na possibilidade de produção jurídica atribuída pelo poder originário:

*“(...) para satisfazer a necessidade de uma normatização sempre atualizada, novas centrais de produção jurídica, atribuindo a órgãos executivos o poder de estabelecer normas integradoras subordinadas às legislativas (os regulamentos); a entidades territoriais autônomas o poder de estabelecer normas adaptadas às necessidades locais (o poder normativo das regiões, das províncias, dos municípios).”*<sup>145</sup>

Esta atribuição ou multiplicação de fontes jurídicas resulta em limitação proveniente do próprio poder soberano, é uma autolimitação, pois esta fonte subtrai de si parcela de poder normativo que transfere a outros órgãos. Desta forma, o poder originário cria para si um limite interno de seu poder normativo.

Este duplo processo de formação de um ordenamento jurídico complexo, afirmado por BOBBIO, que se dá “(...) *através da absorção de um direito preexistente e da criação de um direito novo, e a conseqüente problemática da limitação externa e da limitação interna do*

<sup>143</sup> BOBBIO, Norberto. *Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 41.

<sup>144</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 41-42.

<sup>145</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 42.

*poder originário*”<sup>146</sup>, cuja absorção refere-se a fontes reconhecidas e delegadas, foi acolhida e reunida pelo autor na teoria unitária do ordenamento jurídico<sup>147</sup>.

Embora BOBBIO afirme que *“O conhecimento de um ordenamento jurídico (e também de um setor particular desse ordenamento) começa sempre pela enumeração de suas fontes”*, o autor destaca a relativa importância desta enumeração das fontes na definição de uma teoria geral do ordenamento jurídico: *“O que nos interessa notar numa teoria geral do ordenamento jurídico não é tanto quantas e quais sejam as fontes do Direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de que, no mesmo momento em que se reconhece existirem atos ou fatos dos quais se faz depender a produção de normas jurídicas (as fontes de direito) (...)”*. Pois o que releva em uma teoria do ordenamento jurídico, não é a fonte, é o fato de que o ordenamento jurídico *“(...) além de regular o comportamento das pessoas, regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras”*<sup>148</sup>.

Como um ordenamento jurídico regula *“(...) a própria produção normativa”*, existindo *“normas de comportamento ao lado de normas de estrutura”*, estas são consideradas como *“normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica”*<sup>149</sup>.

Considerando um ordenamento jurídico estatal: *“Em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a conduta das pessoas e normas destinadas a regular a produção de outras normas”*. Assim, as normas de estrutura: *“não estabelecem nada a respeito das pessoas, limitando-se a estabelecer a maneira pela qual outras normas dirigidas às pessoas poderão ser emanadas”*<sup>150</sup>.

Por fim, cumpre destacar, em relação a estas normas que regulam a produção de outras normas *“(...) é a presença e frequência dessas normas que constituem a complexidade do ordenamento jurídico; e somente o estudo do ordenamento jurídico nos faz entender a natureza e a importância dessas normas”*<sup>151</sup>. Assim, a definição de complexidade do ordenamento jurídico está mais próxima de relações estabelecidas entre normas de produção que qualquer outro aspecto.

<sup>146</sup> BOBBIO, Norberto. *Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 42-43.

<sup>147</sup> Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 44.

<sup>148</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 45.

<sup>149</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>150</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 46.

<sup>151</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 47.

### 2.2.2 A construção escalonada

Presentes no estudo os elementos introdutórios da composição do ordenamento jurídico, as fontes e as normas de produção de normas, verificar-se-ão as proposições básicas da teoria do ordenamento jurídico.

A proposição inicial é que o ordenamento é composto de normas de várias espécies e que estas não estão em um só plano, mas em mais de um plano, ou seja, estão escalonadas.

A segunda proposição diz respeito a uma certa ordem entre os planos e nesta ordenação interna há uma hierarquia entre os planos de normas de produção.

A construção escalonada do ordenamento jurídico tem o condão de explicar o ordenamento jurídico complexo, pois se o ordenamento for simples, isto é, se houver apenas uma fonte de que se originem normas jurídicas a unidade é facilmente compreensível<sup>152</sup>. BOBBIO aceita a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, de Kelsen, descrevendo-a da seguinte forma:

*“Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado ‘ordenamento’”<sup>153</sup>.*

Assim, a construção escalonada não está dissociada da hierarquização, pelo contrário, tem-na como elemento cogente ou racionalmente necessário, senão como pressuposto. Os elementos deste escalonamento são os diferentes planos, a hierarquia, a norma fundamental no vértice e os atos executivos na base.

<sup>152</sup> Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 48.

<sup>153</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 48-49.

KELSEN expressamente refere à construção escalonada partindo do fato de o direito regular sua própria criação e assim restringe esta regulação de sua própria criação através do processo pelo qual outra norma é produzida. “(...) *por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida*”<sup>154</sup>.

Mais, ainda, além de o direito regular o processo de produção normativa: “(...) *também é possível que seja determinado ainda — em certa medida — o conteúdo da norma a produzir*”<sup>155</sup>. Este aspecto é importante na referência de BOBBIO pelo estabelecimento de limites de dois tipos pelo poder superior: os relativos ao conteúdo (materiais) e os relativos à forma (formais)<sup>156</sup>.

Por fim, KELSEN justifica a validade da norma jurídica, inerente à dinâmica do direito, na medida em que uma norma foi produzida de acordo com a prescrição de outra norma. Assim, esta norma que regrava a produção é o fundamento de validade da norma produzida. O autor assim diz: “(...) *como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela*”<sup>157</sup>.

As normas que regulam a produção e as normas que são produzidas conforme regulado, no plano de validade estão posicionadas, conclui KELSEN, em relação de super infra-ordenação, na qual a norma que regula a produção é a superior e a norma produzida consoante a superior é a norma inferior<sup>158</sup>. Daí resulta para o autor que as normas de produção e as normas produzidas estejam em planos diferentes e que o ordenamento jurídico “*não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas*”<sup>159</sup>.

A unidade do ordenamento jurídico, consoante compreendido no pensamento de KELSEN, é resultante da “conexão de dependência”, no fato de a validade de uma norma existir porque esta norma foi produzida conforme determinado em outra e que esta, a norma

<sup>154</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 246.

<sup>155</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, idem.

<sup>156</sup> Os limites formais referem-se “*ao modo ou ao processo pelo qual a norma inferior deve ser emanada*”. Outrossim, os limites são positivos quando há imposição e negativos quando há proibição. Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 53-55.

<sup>157</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 246.

<sup>158</sup> Neste sentido: KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 246-247.

de produção, também ter sido produzida da maneira prevista em outra norma de produção e assim sucessivamente até que a última norma de produção seja a *norma fundamental*. O autor assim descreve este processo:

*“A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental — pressuposta. A norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.”*<sup>160</sup>

Por fim, nesta introdutória verificação do escalonamento cumpre destacar a adjetivação da norma fundamental como pressuposta e hipotética, pois a definição e a adjetivação que lhe foram dadas por KELSEN serão objeto de exame logo adiante, após o exame dos planos de normas.

**Os planos de normas.** Os planos de normas componentes do escalonamento são postos ou posicionados inicialmente não a partir do caráter geral e abstrato ou individual e concreto, mas sim de uma dicotomia entre a) normas produtoras ou de produção e b) norma / ato de execução ou executivo.

BOBBIO conjuga três espécies de normas para explicar introdutoriamente os planos normativos que compõem a construção escalonada do ordenamento jurídico, o *ato executivo*, as *normas produtoras* e a *Constituição*. O *ato executivo* é aquele que foi produzido e é executado em cumprimento às normas legislativas (*normas produtoras*) que o disciplinam. As normas legislativas ou normas produtoras “(...) foram formuladas segundo as regras estabelecidas pelas leis constitucionais para a formulação das leis”<sup>161</sup>.

Desta forma, BOBBIO adota o mesmo vínculo que Kelsen tinha estabelecido no escalonamento: “(...) Se observarmos melhor a estrutura hierárquica do ordenamento, perceberemos que os termos execução e produção são relativos, porque a mesma norma pode ser considerada, ao mesmo tempo, executiva e produtiva. Executiva com respeito à norma superior, produtiva com respeito à norma inferior”<sup>162</sup>

BOBBIO assim estabelece esta relação:

<sup>159</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 247.

<sup>160</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 247.

<sup>161</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 50.

<sup>162</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.



*“Podemos dizer que, como Fulano executa o contrato, assim Fulano e Sicrano, estipulando o contrato, executaram as normas sobre os contratos, e os órgãos legislativos, estabelecendo as leis sobre os contratos, executaram a Constituição. Por outro lado, se é verdade que as normas constitucionais produzem as leis ordinárias, é também verdade que as leis ordinárias produzem as normas sobre os contratos, e aqueles que estipulam um contrato produzem o ato executivo de Fulano.*

*“As leis ordinárias executam a Constituição e produzem os regulamentos. Os regulamentos executam as leis ordinárias e produzem os comportamentos a eles conformes. Todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, à exceção da fase de grau mais alto e da fase de grau mais baixo. O grau mais baixo é constituído pelos atos executivos: esses atos são meramente executivos e não produtivos. O grau mais alto é constituído pela norma fundamental: essa é somente produtiva e não executiva.”<sup>163</sup>*

Esta relação estabelecida entre normas de produção e normas de execução permite constatar que as relações entre as duas categorias, em plano teórico, não são formuladas sem um critério ou requisito lógico-normativo de sustentação. Assim percebido, estudar-se-á a seguir o escalonamento normativo, principiando pela norma fundamental.

**A norma fundamental.** Assim, considerado o grau ou plano mais alto ser composto pela norma fundamental, sobre ela inicia-se o estudo dos planos do escalonamento do ordenamento jurídico. O ápice desta hierarquia está na norma fundamental, já com o caráter de supremacia e que dá a unidade a todas as outras normas e é assim que na construção escalonada do ordenamento jurídico, KELSEN posiciona as normas do ordenamento jurídico unificadas a partir da norma hipotética fundamental.

Mas KELSEN principia a explicação do que seja norma fundamental a partir de duas indagações: *“O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem?”* E, relacionado com esta: *“Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?”*<sup>164</sup>

Esta questão do fundamento de validade é deveras significativa. Embora unidade e validade não sejam a mesma coisa, há, em certo sentido, uma confusão entre fundamento de unidade e fundamento de validade na concepção kelseniana em que este adota a norma fundamental como fundamento de validade. O fundamento de unidade é o elemento político-

<sup>163</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 50-51.

jurídico que sustenta todo o conjunto de normas que compõem o ordenamento jurídico, independentemente do aspecto material ou formal considerado, tanto em relação ao *direito que é* como tangente ao *direito que deve ser*. Assim, se alguma norma pode ser considerada fundamento de unidade, há de ser necessariamente de carácter político-jurídico e não quer dizer que assuma, tal norma, a função de fundamento de validade.

Na mesma esteira, dizer que uma norma é o fundamento de validade de uma ou algum conjunto de normas não é o mesmo que descrever uma norma como fundamento de validade de todo ordenamento jurídico.

É neste sentido que KELSEN explica: *“O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”*<sup>165</sup>. Mas o fato de uma norma encontrar o fundamento de validade noutra norma não significa que se possa buscar o fundamento de validade da norma superior em outra superior *ad infinitum*: *“Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável”*<sup>166</sup>.

Desta forma, diante da indeterminabilidade da busca de um fundamento de validade da norma diante de uma máxima norma posta KELSEN intui um recurso extra ou pré jurídico à definir a última instância de validade que lhe permite qualificá-la como última e como elemento de unidade do ordenamento jurídico. Esta norma é chamada pelo autor como norma fundamental:

*“Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito.”*<sup>167</sup>

<sup>164</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 215.

<sup>165</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, *idem*.

<sup>166</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 217.

<sup>167</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, *idem*.

Embora KELSEN afirme que “(...) *Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa*” não há justificativa para tal consideração haja vista que as normas apóiam sua validade sobre norma de produção, exceto a última norma de produção. Pelo menos assim é compreensível de BOBBIO quando assevera que “*todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, à exceção da fase de grau mais alto*”<sup>168</sup>.

Desta forma, verifica-se que também não detém consistência a afirmativa de KELSEN que: *A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum*”<sup>169</sup>. Isto se dá pelo fato de que as normas tem sua fonte noutras normas, exceto a norma que tenha como norma de produção na norma fundamental, mesmo porque, não há conteúdo nesta norma fundamental que lhe permita ser considerada como fonte comum. Se assim for, a fonte do direito não é a lei, é a norma fundamental, uma pressuposição.

Mas, KELSEN dá os contornos exatos da norma fundamental como elemento metodológico para transposição de um obstáculo que acompanhou e acompanha estudiosos do direito há séculos. KELSEN define a norma fundamental como recurso metajurídico para definição do fundamento de validade último do escalonamento do ordenamento jurídico. Esta posição não é de difícil constatação se forem verificados três aspectos, primeiro, KELSEN justifica porque usa como fundamento de validade uma norma: “*Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma (...)*”<sup>170</sup>.

Segundo, KELSEN destaca o limite das normas positivadas e perquire o problema da subjetividade da interpretação: “*a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?*”<sup>171</sup> KELSEN responde à indagação adotando-a como recurso teórico e justificando como válida a subjetividade da interpretação do pensamento do constituinte: “*A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a*

<sup>168</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 50-51.

<sup>169</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 217.

<sup>170</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 224.

<sup>171</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 225.

*Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição”* <sup>172</sup>.

Terceiro, KELSEN firma seu recurso como válido pelo uso comum:

*“Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem — quase sempre inconscientemente — quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica — quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade supra-ordenada à autoridade jurídica — ; quando concebem o Direito exclusivamente como Direito positivo.”* <sup>173</sup>

Assim, a conclusão de KELSEN apresentava-se em consonância com o que se propunha: *“A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado”* <sup>174</sup>.

A compreensão de KELSEN no que se refere à teoria da norma fundamental foi preservada por BOBBIO no estudo da teoria do ordenamento jurídico. Assim, BOBBIO também refere que norma fundamental como *“o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico”* e, além disto, ressalta que *“sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento”*. O autor conclui que por mais numerosas as fontes de um ordenamento complexo, *“tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma”* <sup>175</sup>.

Entretanto, segundo lecionado pelo próprio KELSEN, *“se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”* <sup>176</sup> e, em vista de a norma fundamental ser um recurso teórico e epistemológico, inclusive porque contradiz o direito positivo enquanto método, pois não parte de direito posto pelo Estado, ou seja, não parte de um direito que é, de um direito como fato, mas parte de uma pressuposição de direito que nos próprios argumentos kelsenianos pode

<sup>172</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, idem.

<sup>173</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 228.

<sup>174</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 228.

<sup>175</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p.49.

assumir variantes consoante o teórico que lhe recorre epistemologicamente, será desconsiderada a norma fundamental como primeiro escalão. Desta forma, somente serão apresentados os escalões de normas produzidas pelo estado, conforme o plano teórico kelseniano e seguido por BOBBIO na teorização do ordenamento jurídico.

**O 1º escalão: a Constituição.** Excluída a norma fundamental da composição do ordenamento jurídico e assim considerando somente o direito posto pelo Estado, a que compõe o primeiro escalão enquanto norma geral é a Constituição: *“Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”*<sup>177</sup>.

Mas a concepção Kelseniana do primeiro escalão, o mais elevado do direito positivo, considerando apenas a ordem jurídica estatal, não é tão singela quanto parece, pois o autor não adota aqui a Constituição definida em sentido formal, mas sim a Constituição em sentido material: *“(...) A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”*.<sup>178</sup>

A distinção entre Constituição em sentido material e formal é expressa também por KELSEN:

*“(...) A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente (...) Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como ‘Constituição’ que — como Constituição escrita — não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos.”*<sup>179</sup>

Estabelecida esta distinção, constata-se que quando KELSEN diz que *a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado*, Constituição material, está admitindo a possibilidade de adotar também direito não escrito, direito consuetudinário, não

<sup>176</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 248.

<sup>177</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, *idem*.

<sup>178</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 247.

necessariamente positivo ou positivado, não legislado. Esta consideração, consoante visto no aspecto da historicidade<sup>180</sup> não é própria da família romano-germânica, que considera o direito particularmente o produzido pelo Estado através de órgão legiferante e que, como tendência que se foi consolidando historicamente, restringiu o papel do costume e primaziou o direito positivo..

Além da dissintonia<sup>181</sup> citada sobre o sentido de constituição adotado, o positivismo jurídico como método também influencia na consideração do escalão de Direito positivo mais elevado pois o juspositivismo como método adota o direito como fato. Como consequência, a consideração da Constituição em sentido material como primeiro escalão perde objetividade e pode resultar em imprecisão maior pois a adoção da Constituição em sentido formal prescreve como constitucional tudo o que é posto na Constituição escrita, definindo através de documento escrito sua amplitude e nisto detém vantagem sobre a imprecisão da Constituição em sentido material.

Como terceiro aspecto de dissintonia na adoção da Constituição em sentido material como primeiro escalão do ordenamento jurídico está na própria obra de KELSEN. Após apresentar a definição de Constituição em sentido formal, retro citada, o autor faz a seguinte explanação: *“Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual.”*<sup>182</sup>

Desta caracterização parece claro que KELSEN, em primeiro momento, considera direito como fato o conteúdo de Constituição material, positivado ou não. Então, o autor flexibiliza o positivismo jurídico como método de forma a enquadrar o direito fato não positivado, não normatizado, não posto pelo Estado, haja vista que a Constituição em sentido material não é nem positivada nem posta pelo Estado. Em um segundo momento KELSEN apresenta que, conforme a última citação, a Constituição em sentido formal pode assumir qualquer conteúdo e serve primeiramente a estabilização das normas da Constituição em sentido material.

---

<sup>179</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 247-248.

<sup>180</sup> A palavra historicidade é utilizada neste estudo para designar aquela incorporação gradual de valores e métodos na construção do direito. No que diz respeito às famílias jurídicas, o critério distintivo refere-se à preponderância da aceitação social ou da imposição estatal.

<sup>181</sup> O termo dissintonia é utilizado neste estudo para designar divergência, contradição ou conflito, particularmente resultante da não especificação de qual sentido é utilizada alguma palavra ou locução.

<sup>182</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 248.

O que não fica claro, e realmente induz a dúvidas, está ao final da citação transcrita: *e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual*. Se o que é fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica é a Constituição em sentido material estar-se-á dando primazia ao conceito de Constituição para o qual é irrelevante que esteja escrito ou não.

Todavia, se o que é fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica é a Constituição em sentido formal, existem duas variantes, pois pode ser desconsiderada a total dissintonia, ou seja, quando as Constituições em sentido material e formal tem integral diferença ou não estão em sintonia de conteúdo e, então, não há possibilidade real de estabilidade ou estabilização.

Primeira, as Constituições em sentido material e formal não tem diferença ou dissintonia, mas a Constituição em sentido formal reproduz parcialmente o conteúdo da Constituição em sentido material, é omissa em algum aspecto e, neste caso, embora haja estabilidade ou estabilização não há garantia de continuidade em elementos somente jurídicos, sendo aí introduzidos outros como a tradição, a índole do povo, etc, mas que determinam uma estabilização não necessariamente permanente.

Segunda, as Constituições em sentido material e formal não tem diferença ou dissintonia e a Constituição em sentido formal positiva reproduz integralmente a Constituição em sentido formal. Nesta circunstância há univocidade à locução Constituição em sentido material e formal e, em vista disto, há real possibilidade de estabilização sob a égide de uma lei positiva maior.

Aparte reflexões sobre o sentido de Constituição adotado por Kelsen na definição do primeiro escalão de normas do ordenamento jurídico, cumpre verificar os demais escalões para posteriormente firmar posição sobre estes aspectos em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, particularmente quanto à estrutura normativa brasileira.

**O 2º escalão: as normas gerais.** Sendo o primeiro escalão a Constituição ou as normas constitucionais, o escalão seguinte ou segundo escalão é “*constituído pelas normas gerais criadas pela legislação ou pelo costume*”<sup>183</sup>. Como o costume não emana do Estado como direito positivo nem enquadra-se ao atual estágio do direito brasileiro, fica excluído desde já, pois a pertinência do tema diz respeito ao direito emanado do Estado através de

---

<sup>183</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 250.

órgão legiferante. A justificativa do segundo escalão ser o de outras normas gerais que não a Constituição é apresentada por KELSEN em seguida: *“As Constituições dos Estados modernos instituem sempre especiais órgãos legislativos que são competentes para a produção das normas gerais a aplicar pelos tribunais e autoridades administrativas, por forma tal que, ao escalão da produção constitucional, se segue o escalão legislativo e, a este, o escalão do processo judicial e administrativo”*.<sup>184</sup>

Assim, ao escalão de produção constitucional segue imediatamente o de produção legislativa. Este escalonamento também é justificado por KELSEN na composição do órgão legiferante:

*“A composição do órgão legislativo é um dos mais importantes fatores que determinam a chamada forma do Estado (...) se é a assembléia de todo o povo ou um parlamento eleito pelo povo, temos uma democracia. Somente no caso de legislação democrática são necessárias determinações que regulem o processo legiferante, quer dizer: a participação na assembléia do povo ou na eleição do parlamento, o número dos seus membros, o processo das suas deliberações, etc.”*<sup>185</sup>

Embora KELSEN apresente, consoante a transcrição anterior, que ao escalão legislativo segue-se o de processo judicial e administrativo, é importante salientar que antes de mudar o tema objeto de abordagem, no escalonamento, KELSEN apresenta um terceiro escalão de normas gerais, formado por normas não oriundas de um órgão legiferante, mas normatizador, que produz normas de escalão inferior aos atos oriundos de órgãos do Poder Legislativo.

**O 3º escalão. normas gerais – lei e decreto.** Aparte a Constituição que forma o primeiro escalão, KELSEN compreende os segundo e terceiro escalões compostos por normas gerais conforme regido pela Constituição: *“O escalão da produção de normas gerais — regulada pela Constituição — é por sua vez geralmente subdividido, na conformação positiva das ordens jurídicas estaduais, em dois ou mais escalões”*<sup>186</sup>.

Na subdivisão em segundo e terceiro escalões de normas gerais, o critério adotado é o da origem da norma geral; se do legislativo, estar-se-á diante do segundo, se a norma geral é

<sup>184</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 250.

<sup>185</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, *idem*.

<sup>186</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 255.



originária de outro órgão que não o parlamento, estar-se-á diante do outro. KELSEN sintetiza a explicação da seguinte forma:

*“Aqui poremos em destaque apenas a distinção entre lei e decreto, que é de particular importância onde a Constituição atribua fundamentalmente a produção das normas jurídicas gerais a um parlamento eleito pelo povo, permitindo, porém, a elaboração mais pormenorizada das leis por meio de normas gerais que são editadas por certos órgãos da administração, ou onde, para certos casos excepcionais, dê ao governo competência para, no lugar do parlamento, editar todas as normas gerais necessárias ou apenas certas normas gerais. As normas gerais que provêm não do parlamento, mas de uma autoridade administrativa, são designadas como decretos, que podem ser decretos regulamentares ou decretos-leis. Estes últimos são também chamados decretos com força de lei.”<sup>187</sup>*

Por fim, à guisa de exame dos planos do escalonamento do ordenamento jurídico em plano teórico, será abordada uma particularidade que diz respeito, ainda, à Constituição em sentido material e às normas gerais pertinentes à matéria constitucional que está posta em legislação especial, que não a Constituição formal nem legislação comum.

KELSEN apresenta como escalão máximo do ordenamento jurídico a Constituição em sentido material, após definir o que seja este sentido apresenta a possibilidade de questões pertinentes à constituição em sentido material estarem positivadas não no texto constitucional, mas por simples leis e explica: *“(...) todos estes preceitos pertencem à Constituição em sentido material, embora nem sempre apareçam na forma constitucional, mas também como simples lei”*<sup>188</sup>

A formulação desta concepção kelseniana é bem centrada, pois parte da possibilidade de existência de dois órgãos legiferantes, um constitucional e outro normal e, em decorrência disto, o escalão constitucional em sentido material tem um desdobramento em dois escalões:

*“Se, ao lado do órgão legiferante normal, existe um órgão constituinte distinto e se, através de uma lei constitucional estabelecida por este último órgão — por exemplo, através de uma lei que modifique o processo legislativo — se confere competência ao órgão legiferante normal para fixar por simples lei uma regulamentação eleitoral, então o escalão da Constituição material desdobra-se em dois escalões”.*<sup>189</sup>

<sup>187</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 255.

<sup>188</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 250.

Todavia, sendo difícil de enquadrar alguma situação ou circunstância nesta situação é de razoável facilidade a atribuição a este caso como excepcional e portanto desconsiderá-lo do presente estudo. O que de fato não deixa de ser verdadeiro. Mas, a título de encerramento do tópico, diante de Constituição em sentido formal há uma explicação para inexistência deste fenômeno “*embora o escalão de constituição material desdobre-se em dois escalões, a constituição formal não desdobra-se, logo, perante a constituição formal permanece um escalão somente, as normas do segundo escalão formal são desconsideradas ante o positivismo jurídico que determina neste sentido*”<sup>190</sup>.

**Síntese do escalonamento teorizado.** Em síntese, na construção escalonada do ordenamento jurídico positivo de normas gerais e abstratas, consoante a concepção kelseniana, verifica-se que o primeiro escalão é formado pela Constituição em sentido material, o segundo escalão é composto por normas gerais oriundas do órgão legislativo e o terceiro escalão é constituído por normas gerais que a Constituição determina como originárias de certos órgãos que não o órgão legislativo.

Não se pode olvidar que as normas pertinentes ao presente estudo somente tem como consideração as categorizadas como de caráter geral e abstrato, não sendo assim as decisões judiciais e administrativas consideradas normas. De fato, KELSEN efetivamente apresenta tais decisões de caráter individual como normas e componentes do escalonamento normativo: “*As Constituições dos Estados modernos instituem sempre especiais órgãos legislativos que são competentes para a produção das normas gerais a aplicar pelos tribunais e autoridades administrativas, por forma tal que, ao escalão da produção constitucional, se segue o escalão legislativo e, a este, o escalão do processo judicial e administrativo*”<sup>191</sup>.

Todavia, como as características das normas individuais tem peculiaridades próprias e não são oriundas do poder legislativo ou legiferante, como as normas componentes do conceito de estrutura normativa apresentado no primeiro capítulo, exclui-se tais normas que não tenham o caráter de generalidade por impertinência temática. Quanto às decisões judiciais pertinentes a interesses difusos e as pertinentes ao controle de constitucionalidade em abstrato,

---

<sup>189</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 250.

<sup>190</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, *idem*.

<sup>191</sup> KELSEN, Hans. *Ibidem*, *idem*. Assim, o escalão de produção legislativa segue imediatamente o escalão de produção constitucional. Este escalonamento também é justificado por KELSEN na composição do órgão legiferante, consoante verificado anteriormente.

que poderiam ser categorizadas como gerais, estão expurgadas do presente estudo pelo fato de não serem resultantes de órgão legislativo.

Outro aspecto relevante da construção escalonada do ordenamento jurídico está na seguinte afirmação de BOBBIO: *“Não é difícil apresentar um exemplo de ordenamentos com um plano a mais: são os estados federais, nos quais, além do Poder Legislativo do Estado federal, há também um Poder Legislativo, a ele subordinado, dos estados-membros”*<sup>192</sup>.

Esta assertiva, tal qual a apresentada por KELSEN sobre centralização e descentralização nas formas de Estado unitário e federal, consoante visto no primeiro capítulo, permite compreender que KELSEN elabora todo o escalonamento partindo do direito positivo do Estado, produzido por órgão legiferante, sem estabelecer qualquer distinção entre formas de Estado enquanto discorre sobre o escalonamento. Neste caso, a construção escalonada em plano teórico é perfeitamente válida se, e somente se, a aplicação da teoria for invariável a ambas as formas de Estado. Em relação às particularidades das formas de Estado, também já abordadas e que serão objeto de contextualização no capítulo seguinte, há de ser observado como está exposto numa Constituição federal a competência para produção de normas de caráter geral.

Por conseguinte, passar-se-á a um brevemente exame da hierarquia estabelecida na teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico. Após, serão abordados os elementos coerência e completitude que compõem a teoria do ordenamento jurídico.

### **2.2.3 A hierarquia formal.**

**A pirâmide de Kelsen.** A disposição de normas em planos para apresentação da construção escalonada é conhecida como Pirâmide de Kelsen. Sob esta figura é visualizada a hierarquia de normas de forma que no ápice da pirâmide está a norma fundamental, em seguida, a Constituição, logo após, as normas gerais oriundas de órgão legiferante. Após estas, há uma dúvida sobre qual o escalão que segue, se o de normas gerais oriundas de órgão não legiferante ou se decisões judiciais e administrativas. Como Kelsen apresentou as normas

---

<sup>192</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 53.

gerais oriundas de órgão não legiferante como desdobramento do escalão normas gerais, estas estão acima das decisões judiciais e administrativas. Por fim, segue-se o escalão de decisões judiciais e administrativas, de caráter individual e concreto. Por evidente, aqui somente são referidos os atos emanados do Estado.

Esta referência que o escalonamento (composição planejada) implica estruturação hierárquica (estabelecimento de subordinação) é encontrada em BOBBIO: *“Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica.”*<sup>193</sup>

Em relação à figura adotada para visualização, o autor explicita: *“Normalmente representa-se a estrutura hierárquica de um ordenamento através de uma pirâmide, donde se falar também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico”*<sup>194</sup>. Em seguida, apresenta a posição ocupada pelos escalões e o vínculo que se estabelece entre estas normas de produção e de execução, às quais designa como processo, haja vista sua existência sequencial:

*“Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se a olharmos de cima para baixo, veremos uma série de processos de produção jurídica; se a olharmos de baixo para cima veremos, ao contrário, uma série de processos de execução jurídica. Nos graus intermediários, estão juntas a produção e a execução; nos graus extremos, ou só produção (norma fundamental) ou só execução (atos executivos)”*.<sup>195</sup>

BOBBIO refere ainda que esta visualização na pirâmide representativa do ordenamento jurídico, de cima para baixo e de baixo para cima, detém uma relação de sucessividade: *“(…) do momento em que poder e obrigação são dois termos correlativos, se a considerarmos de cima para baixo, veremos uma série de poderes sucessivos (…) se a considerarmos de baixo para cima, veremos uma série de obrigações que se sucedem (…)”*<sup>196</sup>

E indica os *poderes sucessivos* que, considerando normas oriundas do Estado, são: *“o poder constitucional, o legislativo ordinário, o regulamentar, o jurisdicional (…)”*; e as *obrigações sucessivas* são: *“(…) a obrigação do magistrado de ater-se às leis ordinárias; a obrigação do legislador de não violar a Constituição”*<sup>197</sup>.

<sup>193</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 49.

<sup>194</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p.51.

<sup>195</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>196</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 52.

<sup>197</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

Ainda sobre a pirâmide, BOBBIO tece uma derradeira afirmação: “(...) *embora todos os ordenamentos tenham a forma de pirâmide, nem todas as pirâmides têm o mesmo número de andares*”<sup>198</sup>. O próprio autor explica destacando espécies de ordenamentos jurídicos ou elementos que lhes dão identidade especial, não necessariamente referidos no seu estudo: “(...) *Há ordenamentos nos quais não existe diferença entre leis constitucionais e leis ordinárias (...) Pode-se imaginar até um ordenamento no qual seja abolido também o plano das leis ordinárias*”<sup>199</sup>.

No desfecho desta exposição, BOBBIO indica como percebe o escalonamento normativo em um Estado federal: “*Mas não existem somente exemplos de ordenamentos com um número de planos normativos menor que o normal. Não é difícil apresentar um exemplo de ordenamentos com um plano a mais: são os estados federais, nos quais, além do Poder Legislativo do Estado federal, há também um Poder Legislativo, a ele subordinado, dos estados-membros*”<sup>200</sup>. Desta forma, está expressa na posição deste autor, tal qual ocorrerá na visão Kelseniana quando aborda a descentralização, a subordinação do Poder Legislativo de estados-membros ao Poder Legislativo do Estado federal. Sobre este aspecto, que não é possível concordar, apresentar-se-ão argumentos quando for examinada a estrutura normativa brasileira, nos capítulos terceiro e quarto.

Mas, conforme já referido, a importância da hierarquização no escalonamento teórico está diretamente relacionada à coerência do ordenamento jurídico, particularmente no exame das antinomias, ou seja da existência de normas contraditórias ou contrárias entre si num mesmo ordenamento jurídico<sup>201</sup>.

Vistos estes aspectos, noutras considerações deste estudo retomar-se-á o exame da hierarquia, perfunctoriamente abordado no capítulo inicial.

---

<sup>198</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 52.

<sup>199</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 52-53.

<sup>200</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 53.

<sup>201</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 49.

## 2.3 A COERÊNCIA E A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

### 2.3.1 A coerência e as antinomias

Após lembrar que “(...) *unidade somente se se pressupõe como base do ordenamento uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento*”<sup>202</sup>, BOBBIO inicia a abordagem do ordenamento jurídico a partir de sua concepção de sistema “*se um ordenamento jurídico, além de uma unidade, constitui também um sistema (...) se é uma unidade sistemática*”<sup>203</sup>. Desta forma, o autor apresenta uma definição de sistema como “*uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem*” e destaca: “*Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si*”<sup>204</sup>. Por fim, BOBBIO refere que: “*Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação*”<sup>205</sup>.

Para explicar a concepção de sistema, BOBBIO adota a designação de Kelsen distinguindo ordenamentos normativos em sistema estático e sistema dinâmico. Sistema estático “*é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico*”<sup>206</sup>. Assim, todas as leis, sendo deduzidas de uma primeira, formam um sistema. Sobre este sistema estático, BOBBIO afirma: “*Pode-se dizer, em outras palavras, que num sistema desse gênero as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu conteúdo*”<sup>207</sup>.

BOBBIO cita sistema dinâmico como:

<sup>202</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 71.

<sup>203</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>204</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>205</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 71.

<sup>206</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 71-72.

<sup>207</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 72.

*“(...) aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou; uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si. Pode-se dizer que a relação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas formal.”*<sup>208</sup>

A explicação desta distinção é referida pelo autor na justificativa da ordem, se é na dedução ou na autoridade:

*“A distinção entre os dois tipos de relação entre normas, a material e a formal, é constatável na experiência diária, quando, encontrando-nos na situação de ter que justificar uma ordem (e a justificação é feita inserindo-a num sistema), abrimos dois caminhos, ou seja, o de justificá-la deduzindo-a de uma ordem de abrangência mais geral ou o de atribuí-la a uma autoridade indiscutível”*<sup>209</sup>.

Após indicar que KELSEN afirma que os ordenamentos jurídicos são sistemas dinâmicos, assevera: *“O ordenamento jurídico é um ordenamento no qual o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo (...)”*<sup>210</sup>.

**Limite da coerência.** Em vista disto, KELSEN sustenta que sendo o ordenamento jurídico um sistema dinâmico, cujas normas derivam umas das outras em sucessivas relações de poder, em que as normas são justificadas a partir de uma autoridade indiscutível, pois a relação entre as normas é formal, é categórico em afirmar:

*“Num ordenamento jurídico complexo, como aquele que temos sempre sob as vistas, caracterizado pela pluralidade das fontes, parece não haver dúvida que possam existir normas produzidas por uma fonte em contraste com normas produzidas por outra. Ora, atendo-se à definição de sistema dinâmico como o sistema no qual o critério do enquadramento das normas é puramente formal, deve-se concluir que num sistema dinâmico duas normas em oposição são perfeitamente legítimas.”*<sup>211</sup>

Todavia, BOBBIO não exclui a coerência quanto ao conteúdo: *“E de fato, para julgar a oposição de duas normas é necessário examinar o seu conteúdo; não basta referir-se à autoridade da qual emanaram”*<sup>212</sup>.

<sup>208</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 72.

<sup>209</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 73.

<sup>210</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>211</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 74.

<sup>212</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p.74.

Mas, questiona o autor, havendo oposição entre normas de um mesmo ordenamento é possível designá-lo como sistema? A resposta é apresentada a partir do sentido de sistema normativo, BOBBIO elucida que:

*“Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, ‘sistema’ equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.”*<sup>213</sup>

Uma idéia sem definição do que seja compatibilidade na concepção de BOBBIO é traduzida como exclusão de partes que não possam ser consideradas compatíveis. Esta idéia é apresentada da seguinte forma:

*“Note-se porém que dizer que as normas devam ser compatíveis não quer dizer que se encaixem umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito. (...) o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, (...) é um sistema num sentido menos incisivo, se se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade das suas partes simples”*<sup>214</sup>.

Nesta concepção de compatibilidade parcial, BOBBIO afirma que: *“Portanto, não é exato falar (...) de coerência do ordenamento jurídico, no seu conjunto; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples”*<sup>215</sup>.

No ensinamento de BOBBIO, a razão da coerência do ordenamento jurídico residir nesta compatibilidade parcial está no sistema considerado. Um sistema dedutivo ruirá diante de uma contradição: *“Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou no máximo das duas”*<sup>216</sup>.

Confrontando um sistema dedutivo com um sistema normativo dinâmico, BOBBIO assevera que:

*“se se admitir o princípio de compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será*

<sup>213</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 80.

<sup>214</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>215</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>216</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 80.



*necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras.”* <sup>217</sup>

Esta concepção é deveras importante porque destaca a possibilidade de haver compatibilidade da fonte e não implicar diretamente na compatibilidade de conteúdo.

Em vista disto, algumas conclusões podem ser extraídas deste breve exame da coerência na teorização do ordenamento jurídico preconizada em Bobbio. Primeira, o autor firma entendimento de coerência em sentido restrito, a partir da concepção de validade, própria da hierarquização existente no escalonamento, como apresentado por Kelsen. Segunda, a compatibilidade delimitadora da coerência refere-se ao confronto entre partes de um ordenamento jurídico, e nada é mais óbvio pois integralidade não opõe-se à integralidade. Terceira, a compatibilidade detém dois enfoques, um quanto à validade, que pode ser perquirida e solucionada na teorização do ordenamento jurídico, e, outro enfoque, que diz respeito ao conteúdo, ao qual a teoria do ordenamento jurídico, à época da sua elaboração não havia incorporado e que diz respeito à compatibilidade de conteúdo, mais sutil e de mais difícil precisão.

Mas, sem olvidar os aspectos referidos, cumpre destacar que o próprio BOBBIO reconheceu, após a teorização do ordenamento jurídico, os limites da validade e compatibilidade na coerência do ordenamento jurídico em considerações sobre o positivismo jurídico enquanto teoria, ao considerar crítica de opositores como pertinente e, de certa forma, irretorquível:

*“(...) um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas (a compatibilidade não é um critério de validade); b) um ordenamento jurídico não é necessariamente completo, porque a completitude deriva da norma geral exclusiva, ou norma de clausura, que na maior parte dos casos – excluído o direito penal – não existe; c) a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar.”* <sup>218</sup>

Assim, na coerência do ordenamento jurídico verifica-se a distinção entre compatibilidade, em sentido amplo, que envolve tanto o aspecto formal ou de validade quanto

<sup>217</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 80.

o aspecto do conteúdo, e coerência em sentido mais restrito, quando, então, a compatibilidade restringe-se a um dos aspectos, no caso, à validade, ao sentido formal e mais restrito que quando compõe a compatibilidade.

Percebida a coerência do ordenamento jurídico consoante exposto por BOBBIO, pode-se perguntar se há dever de coerência em uma ordenação ou num ordenamento jurídico. BOBBIO apresenta uma resposta à indagação, mas não sem abordar as antinomias. Mas, antes de passar ao exame das antinomias, cumpre apresentar um conceito de coerência, conforme o autor citado: *“Podemos de fato definir a coerência como aquela propriedade pela qual nunca se dá o caso em que se possa demonstrar a pertinência a um sistema e de uma certa norma e da norma contraditória”*. Assim, consoante o autor, *“diremos ‘incoerente’ um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite”*<sup>219</sup>.

**As antinomias.** Antinomia, definida como a situação de incompatibilidade de normas entre si. BOBBIO conceitua-a:

*“Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas)”*<sup>220</sup>.

BOBBIO realça a antinomia como *“(...) uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos (...)”*<sup>221</sup>. Assim visto, o autor recorre ao que pode ser resumido como três regras de conduta fundamentais de direito para explicar as antinomias: a) se a norma diz que é obrigatório, é obrigatório; b) se a norma diz que é proibido, é proibido; c) se a norma não diz que é obrigatório nem diz que é proibido, é permitido<sup>222</sup>.

<sup>218</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 237.

<sup>219</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 116.

<sup>220</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 91.

<sup>221</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 81.

<sup>222</sup> Desta forma, após análise dedutiva, BOBBIO apresenta antinomias ou incompatibilidades existem em três casos: *“1) entre uma norma que ordena fazer algo e uma norma que proíbe fazê-lo (contrariedade); 2) entre uma norma que ordena fazer e uma que permite não fazer (contraditoriedade); 3) entre uma norma que proíbe fazer e uma que permite fazer (contraditoriedade)”*. BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 85. Todavia, cumpre observar que a permissão referida pelo autor, diz respeito aos aspectos positivo e negativo, cujo desdobramento é irrelevante ao estudo desenvolvido.

Então, BOBBIO apresenta uma definição parcial de antinomia que consiste naquela “situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”<sup>223</sup>. Tal definição de antinomia é parcial porque o autor refere-a como incompleta, pois alega existirem ainda duas condições necessárias para considerar como existente alguma antinomia: primeira: “As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento” e, segunda, “as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade”<sup>224</sup>. Quanto à primeira condição inexistem qualquer empecilho a que se lhe use, todavia, em relação à segunda condição, o próprio BOBBIO explica: “Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: temporal, espacial, pessoal e material”<sup>225</sup>.

Em vista disto, o autor apresenta três tipos diferentes de antinomias:

*“1) Se as duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade (...) 2) Se as duas normas incompatíveis têm âmbito de validade em parte igual e em parte diferente, a antinomia subsiste somente para a parte comum (...) 3) Se, de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou, em outras palavras, se o seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira (...)”*<sup>226</sup>.

Embora tenha expressamente referido aos três tipos de antinomias que assume como um problema clássico de antinomias jurídicas, BOBBIO apresenta considerações que permitem compreender que a questão das antinomias não está ainda superada na teoria do direito. Este aspecto também se verifica na indicação de outras três espécies de antinomias, designadas como *antinomias impróprias*, às quais BOBBIO refere que:

*“Ao lado do significado aqui exposto de antinomia como situação produzida pelo encontro de duas normas incompatíveis, fala-se, na linguagem jurídica, de antinomias com referência também a outras situações. Limitamo-nos a enumerar outros significados de antinomia, lembrando porém que o problema clássico das antinomias jurídicas é aquele que temos explanado até aqui. Para distingui-las vamos chamá-las de antinomias impróprias”*.<sup>227</sup>

<sup>223</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 86.

<sup>224</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 87.

<sup>225</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 87.

<sup>226</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 88-89.

<sup>227</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 89-90.

Dos casos de antinomias impróprias são de interesse ao tema as antinomias de princípios e a antinomia teleológica.

BOBBIO indica que antinomia de princípio é vinculada a *valores contrapostos*, mais especificamente ideologias opostas. Então, consoante o autor:

*“Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias) (...) Nesse caso, pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio.”*<sup>228</sup>

Todavia, cumpre salientar que normas podem ser produzidas diante de determinadas ideologias ou valores considerados contraditórios. Neste caso, em vista das antinomias clássicas retro referidas, se tais valores compuserem o direito posto, o direito legislado, não de ser consideradas antinomias próprias.

O segundo caso referido por BOBBIO é o da *antinomia de avaliação*:

*“(...) que se verifica no caso em que uma norma pune um delito menor com uma pena mais grave do que a infligida a um delito maior. (...) Não se deve falar de antinomia nesse caso, mas de injustiça. O que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que pede uma correção: mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz incerteza, a injustiça produz desigualdade, e portanto a correção obedece nos dois casos a diferentes valores, lá ao valor da ordem, aqui ao da igualdade.”*<sup>229</sup>

Embora tenha alguma pertinência com o tema se houver contraposição na aplicação de normas produzidas pelo Estado, está deslocada para a aplicação normativa, sendo, portanto, antinomia voltada, em regra, para normas individuais e concretas. Entretanto, esta antinomia de avaliação pode ser considerada antinomia própria diante da legislação ou de valores ou princípios constitucionais. O fato de inexistir aprofundamento deste estudo nesta seara não permite desconsiderá-lo como inaplicável, somente será afastado diante das particularidades que lhes são próprias, pois estão diretamente vinculados ao confronto lei e decisão.

O terceiro caso é o das *antinomias teleológicas*. BOBBIO explica-as como as:

*“(...) que têm lugar quando existe uma oposição entre a norma que prescreve o meio para alcançar o fim e a que prescreve o fim. De modo que, se aplico a norma que prevê o meio, não estou em*

<sup>228</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 90.

<sup>229</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 90-91.

*condições de alcançar o fim, e vice-versa. Aqui a oposição nasce, na maioria das vezes, da insuficiência do meio: mas, então, trata-se, mais que de antinomia, de lacuna.*”<sup>230</sup>

Tal qual as antinomias de princípio, as teleológicas interessam ao estudo na medida que estão postas no ordenamento jurídico e condicionantes como normas a serem observadas como requisitos constitucionais. Assim, as antinomias teleológicas são, considerando o direito positivo, antinomias próprias. Ao que parece, têm relação direta com a política jurídica.

Em vista das três antinomias próprias referidas, BOBBIO apresenta os critérios de solução de antinomias com o intuito de elucidar qual das normas ou se ambas devem ser eliminadas. O autor destaca que: “*é necessário passar da determinação das antinomias à solução das antinomias*”<sup>231</sup>.

Os critérios são para solução de antinomias<sup>232</sup> são: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério da especialidade.

O primeiro critério, o cronológico: “*(...) chamado também de lex posterior, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: lex posterior derogat priori. (...) Existe uma regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente (...)*”; é um critério lógico, pois “*se devesse prevalecer a norma precedente, a lei sucessiva seria um ato inútil e sem finalidade*”<sup>233</sup>, ou seja, qualquer lei editada seria imutável por norma posterior. Por fim, BOBBIO elucidava que quando se aplica este critério, há geralmente total eliminação de uma das normas<sup>234</sup>.

O terceiro critério, o da especialidade, será abordado antes do critério hierárquico, por um questão de ordem lógica, haja vista que o critério da especialidade não apresenta-se controverso diante do temática abordada. Este critério da especialidade pode ser resumido nas palavras de BOBBIO ao seguinte: “*(...) dito justamente da lex specialis, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: lex specialis derogat general.*”<sup>235</sup>.

A razão deste critério está justamente no aprimoramento da justiça legal, no aperfeiçoamento da norma ao reger novas categorias. Nesse sentido, BOBBIO afirma que:

<sup>230</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 91.

<sup>231</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 92.

<sup>232</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>233</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 93.

<sup>234</sup> Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 97.

<sup>235</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 95-96.

*“Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo genus) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma species do genus) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do suum cuique tribuere (dar a cada um o que é seu).”*<sup>236</sup>

A antinomia verificada neste critério resulta na eliminação *“(...) somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial, a lei geral cai parcialmente”*<sup>237</sup>.

O critério derradeiro, o hierárquico, é apresentado por BOBBIO como o: *“(...) de lex superior, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: lex superior derogat inferiori”*<sup>238</sup>.

O autor refere ainda que não há dificuldade de compreender *“a razão desse critério” após o exame do ordenamento escalonado, em que as normas são postas em ordem hierárquica*<sup>239</sup>. O autor complementa seu raciocínio:

*“Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.”*<sup>240</sup>

A última afirmação de destaque contida em BOBBIO quanto ao critério hierárquico refere-se à eliminação total de uma norma pois, diferentemente do critério da especialidade, o

<sup>236</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 96.

<sup>237</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 97.

<sup>238</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 93.

<sup>239</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>240</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

critério hierárquico, tal qual o cronológico, implica obrigatoriamente que seja suscitada a situação antinômica <sup>241</sup>.

Estas, em linhas gerais, são as regras jurisprudenciais para a solução de antinomias: *“No curso de sua secular obra de interpretação das leis, a jurisprudência elaborou algumas regras para a solução das antinomias, que são comumente aceitas”* <sup>242</sup>.

Antes de adentrar nas considerações sobre o critério hierárquico, convém verificar os ensinamentos de BOBBIO sobre as antinomias solúveis e insolúveis e ao dever de coerência, pois também dizem respeito ao tema, somente não demandam maiores considerações como o critério hierárquico.

**As antinomias solúveis e insolúveis.** Mas BOBBIO diz, ainda, que os critérios ou *“as regras não servem para resolver todos os casos possíveis de antinomia”*, com o que apresenta que tais regras somente são adequadas para resolver *“antinomias solúveis”*, justamente, as já referidas, que são designadas como *“antinomias aparentes”* <sup>243</sup>.

O outro tipo de antinomias, *“as insolúveis”*, também designadas como antinomias *“reais”*: *“são aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre os critérios dados”* <sup>244</sup>.

Em síntese, BOBBIO compreende duas razões pelas quais nem todas antinomias sejam solúveis: primeira, pela impossibilidade de aplicar as regras de solução de antinomias e segunda, pela possibilidade de aplicação de duas ou mais regras, ao mesmo tempo, sendo estas normas conflitantes <sup>245</sup>.

Na existência de antinomias insolúveis, BOBBIO apresenta também a insuficiência dos critérios para solução de antinomias em três casos, quando a antinomia for *“entre duas normas: 1) contemporâneas; 2) do mesmo nível; 3) ambas gerais”* <sup>246</sup>.

Neste caso de inaplicabilidade dos critérios, a solução apresentada pelo autor é vinculada à construção jurisprudencial e resume-se ao seguinte:

*“Isso significa, em outras palavras, que, no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete; poderíamos*

<sup>241</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 97.

<sup>242</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 92.

<sup>243</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>244</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>245</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>246</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 97.

*quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra.”*<sup>247</sup>

Quanto ao questionamento se há dever de coerência em um ordenamento jurídico, tem em BOBBIO a seguinte consideração introdutória: *“Todo o discurso defendido (...) pressupõe que a incompatibilidade entre duas normas seja um mal a ser eliminado e, portanto, pressupõe uma regra de coerência, que poderia ser formulada assim: ‘Num ordenamento jurídico não devem existir antinomias’*”<sup>248</sup>.

Embora afirme que o dever de coerência não resulta de norma expressa, não é jurídica, mas de caráter moral, BOBBIO afirma que: *“Uma regra que se refere às normas de um ordenamento jurídico, como o é a proibição de antinomias, pode ser dirigida apenas àqueles que têm relação com a produção e aplicação das normas, em particular ao legislador, que é o produtor por excelência, e ao juiz, que é o aplicador por excelência”*<sup>249</sup>.

Por fim, é significativa a conclusão do autor quanto ao aspecto do dever de coerência em relação ao aspecto da validade da norma: *“A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento”*<sup>250</sup>. A justificativa presente na obra refere-se à segurança e à certeza do direito, pois:

*“É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade).”*<sup>251</sup>

Por fim, em relação à coerência do ordenamento jurídico, BOBBIO conclui que: *“pelo que diz respeito à coerência, nossa resposta foi a de que a coerência era uma exigência mas não uma necessidade, no sentido de que a total exclusão das antinomias não é uma condição*

<sup>247</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 100.

<sup>248</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 110.

<sup>249</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>250</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 113.

<sup>251</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.



*necessária para a existência de um ordenamento jurídico: um ordenamento jurídico pode tolerar em seu seio normas incompatíveis sem desmoronar-se”*<sup>252</sup>.

### 2.3.2 A completude do ordenamento jurídico

A definição de completude apresentada por BOBBIO é: *“Por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”*<sup>253</sup>.

Da mesma forma que a coerência é verificada através da existência de antinomias e não torna inválido um ordenamento jurídico, o autor especifica a definição de completude do ordenamento jurídico apresentando o vício da completude, a lacuna:

*“Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente ‘lacuna’ (num dos sentidos do termo ‘lacuna’), ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.”*<sup>254</sup>

A partir destas concepções, BOBBIO define o problema da completude em saber *“se e em que medida um ordenamento jurídico é completo”*<sup>255</sup>. A conclusão do autor é que *“a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras: 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema”*<sup>256</sup>. Assim, o autor apresenta a completude como fórmula de aplicação do direito, mais especificamente, na verificação da existência de normas que regulam o caso concreto ou sobre a aplicação de normas sobre casos que expressamente não estão regulados por normas jurídicas.

Aliás, o dogma da completude, isto é: *“o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade”*<sup>257</sup> expressamente relaciona a completude à atuação judicial. Da mesma forma, o dogma da

<sup>252</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 117.

<sup>253</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 115.

<sup>254</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>255</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 117.

<sup>256</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 118.

<sup>257</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 119.

completude, consoante destaca BOBBIO: “*Por alguns é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico*”<sup>258</sup>, tanto é assim que o dogma da completude está relacionado diretamente com o progressivo monopólio da produção jurídica pelo Estado:

*“Nos tempos modernos o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do Direito, isto é, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado. Na medida em que o Estado moderno crescia em potência, iam-se acabando todas as fontes de direito que não fossem a Lei ou o comando do soberano. A onipotência do Estado reverteu-se sobre o Direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro Direito senão aquele emanado direta ou indiretamente do soberano (...).”*<sup>259</sup>

Dentre os motivos que permitiram a contestação do dogma da completude, BOBBIO refere expressamente a insuficiência ou envelhecimento da codificação e as rápidas transformações sociais que aceleravam o processo natural de envelhecimento dos códigos<sup>260</sup>. Desta forma, o ordenamento jurídico estatal era insuficiente ou incompleto para solucionar qualquer caso que se apresentasse.

Nesse enfoque, ocorre uma alteração do conceito de lacuna, anteriormente percebido como “*falta de norma expressa*”, passa a ser percebido como “*falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada*”<sup>261</sup>, o que, invariavelmente remete a questão à decisão judicial.

Mas, o termo lacuna tem outro sentido, não somente ao que diz respeito a “*uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe*”<sup>262</sup>. Como esta solução buscada não está em um ordenamento posto, mas sim em um ordenamento ideal, é designada como “*lacuna ideológica*”, em oposição à lacuna presente em um ordenamento positivo, “*a lacuna real*”<sup>263</sup>.

<sup>258</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 119.

<sup>259</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 120.

<sup>260</sup> Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 123-126.

<sup>261</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 139.

<sup>262</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>263</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

Entretanto, o próprio autor refere que a lacuna ideológica, não fundada em um ordenamento jurídico positivo é irrelevante à consideração da completude, em que somente considera-se o ordenamento positivo <sup>264</sup>.

Uma referência de BOBBIO que tem pertinência à temática, está circunscrita na posição de BRUNETI. BOBBIO cita que este estudioso: *“sustenta que, para se poder falar de completude ou de incompletude de uma coisa qualquer, é necessário não considerar a coisa em si mesma, mas compará-la com alguma outra (...)”* <sup>265</sup>. Ao comparar *“a representação de uma coisa com a coisa representada (...)”* BRUNETI considera o *“ordenamento legislativo como representação da vontade do Estado”*, e pergunta se *“a lei contém ou não tudo aquilo que deve conter para poder ser considerada a manifestação tecnicamente perfeita da vontade do Estado”*. Partindo de uma resposta em que a completude ou incompletude refira-se unicamente ao ordenamento legislativo, e não ao ordenamento jurídico na sua totalidade, BOBBIO apresenta a resposta de BRUNETI como: *“o problema da completude (...) não tem sentido, porque o ordenamento jurídico em sua totalidade, em si mesmo considerado, não pertence à categoria das coisas das quais se possa predicar a completude ou incompletude, como não se pode predicar o azul ao triângulo ou à alma”* <sup>266</sup>.

Assim, na precisão de BRUNETI, o problema da completude ou incompletude do ordenamento jurídico é percebido em um sentido estrito, na forma de completude ou incompletude do ordenamento legislativo: *“(...) o problema de ser completo ou incompleto o ordenamento legislativo, considerado como parte de um todo e confrontado com o todo, isto é, com o ordenamento jurídico: esse problema tem sentido e é o único caso em que se pode falar de lacunas no sentido próprio da palavra”* <sup>267</sup>.

Em síntese, a questão particular da consideração de lacunas em sentido próprio, de lacunas jurídicas, está adstrita sobre dois elementos, primeiro, o ordenamento legislativo e, segundo, ao preenchimento de lacunas da lei na sua aplicação por órgãos jurisdicionais.

Tanto é assim que as lacunas são diferenciadas como próprias, as jurídicas, e impróprias, as não jurídicas ou ideológicas:

---

<sup>264</sup> Neste sentido: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 140.

<sup>265</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 140-141.

<sup>266</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 142.

<sup>267</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 142-143.

*“O que as distingue é a forma pela qual podem ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas, e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis somente pelo legislador; as lacunas próprias são completáveis por obra do intérprete. Mas quando se diz que um sistema está incompleto, diz-se em relação às lacunas próprias, e não às impróprias. O problema da completude do ordenamento jurídico é se há e como podem ser eliminadas as lacunas próprias.”*<sup>268</sup>

Em relação aos motivos que geram lacunas, BOBBIO refere-se a dois tipos de lacunas, cada uma com motivos específicos:

*“Com respeito aos motivos que as provocaram, as lacunas distinguem-se em subjetivas e objetivas. Subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador, objetivas são aquelas que dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam um envelhecimento dos textos legislativos e que, portanto, são independentes da vontade do legislador.”*<sup>269</sup>

Uma última consideração de BOBBIO sobre lacunas ou incompletude diz respeito diretamente a alguma espécie de normas constitucionais:

*“Muitas normas constitucionais são, em relação ao legislador ordinário que as deverá aplicar, puras e simples diretrizes; aliás, algumas normas constitucionais de caráter geral não podem ser aplicadas se não forem integradas. O legislador que as colocou não ignorava que elas eram lacunosas, mas a sua função era justamente a de estabelecer uma diretriz geral que deveria ser integrada ou preenchida posteriormente por órgãos mais aptos a esse fim.”*<sup>270</sup>

Em vista das considerações sobre a completude do ordenamento jurídico, há de se perquirir qual a pertinência com o tema abordado? Qual relação entre completude e um ordenamento jurídico específico pode ser estabelecida?

A resposta a esta questão é apresentada pelo próprio BOBBIO, ao referir que: *“Cada ordenamento prevê os meios e os remédios aptos a penetrar nesta zona intermédia, a estender a esfera do regulamentado em confronto com a do não-regulamentado”*<sup>271</sup>. Ou seja, na

<sup>268</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 144.

<sup>269</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, *idem*.

<sup>270</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 144-145.

<sup>271</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 146.

consideração sobre a completitude de algum ordenamento jurídico específico, este ordenamento preverá e proverá, obrigatoriamente, os meios e remédios jurídicos aptos para solucionar questões nele não reguladas.

É da riqueza da complexidade da teorização do ordenamento jurídico que pode ser extraída a fórmula da estrutura normativa definida no primeiro capítulo e estabelecida uma comparação com a estrutura normativa brasileira, considerando como ponto de partida o direito positivado, ou seja, a estrutura definida na Constituição Federal brasileira de 1988.

Para tanto, a vinculação do aspecto dicotômico centralização / descentralização, Estado unitário / federal, impõe o exame da federação teorizada e da federação brasileira, objeto de abordagem do capítulo seguinte, para, posteriormente, verificar a complexidade e a compatibilidade da construção escalonada e hierarquização fundada somente em normas, objeto do capítulo quarto.

## **CAPÍTULO 3 — SOBRE O ESTADO FEDERAL**

### **3.1 ELEMENTOS DA TEORIA CONSTITUCIONAL: CONCEITO E CONTEÚDO DE CONSTITUIÇÃO**

Introduzido o estudo a partir do ordenamento jurídico em plano teórico e apresentados alguns elementos que influem no estabelecimento das relações entre normas, consoante o primeiro capítulo, para, no segmento seguinte, examinar os aspectos principais da teorização do ordenamento jurídico contido nas teorias pura do direito e do ordenamento jurídico, cumpre concluir a apresentação dos elementos pertinentes à seara constitucional para, ao final, estabelecer o confronto entre teoria do ordenamento jurídico e ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao conceito operacional designado como *estrutura normativa* no capítulo introdutório.

Para tanto, será segmentado este capítulo em três partes, a primeira, versando sobre elementos da teoria constitucional, no qual abordar-se-á o conceito e o conteúdo de Constituição e a tripartição de poderes; a segunda e a terceira, abordam a federação em plano teórico e algumas definições da federação brasileira, respectivamente. Neste caso, o exame é sobre os elementos contidos na Constituição Federal de 1988 que tem relação direta com a estrutura normativa consoante a linha de desenvolvimento deste estudo.

**Conceito de Constituição.** O conceito de constituição é polissêmico, admite várias concepções, desde a composição orgânica de algum elemento químico ou de um ser vivo até a composição do universo. Mas mesmo no universo ou mundo jurídico, teórico ou não, há um

designativo de constituição que se refere a alguma espécie de normatização, escrita ou não, sem precisar, evidentemente, a acepção do que seja normatização, todavia, concludente por ser peculiar das ciências sociais ou jurídicas, isto é, ser resultante da ação humana voltada ao ser humano em sociedade.

Neste sentido, podemos destacar três conceitos ou concepções<sup>272</sup> de Constituição que interessam ao tema: Constituição em sentidos material, substancial e formal. As definições de constituição em sentido material e formal foram já, no capítulo segundo, apresentados na concepção kelseniana, que não varia significativamente dos citados a seguir, mas os seguintes, além de contextualizarem melhor a teoria constitucional, diferem em algum aspecto das definições do capítulo anterior.

Assim, a definição de constituição em sentido material refere-se ao:

*“(...) conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc., que conforma a realidade de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser. Embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, esta realidade com ele não se confunde. (...) Ela se desvenda através de ciências próprias, tais como a sociologia, a economia, a política, que formulam regras ou princípios acerca do que existe, e não acerca do que deve existir como se dá com o direito.”<sup>273</sup>*

Uma primeira conclusão que se revela é que esta definição não é a mesma apresentada por Kelsen. Este conceito é, em verdade, não um conceito jurídico, mas um conceito sociológico de constituição. Não se refere a normas jurídicas, mas a forças reais que dão a configuração do poder em um determinado Estado. Mas esta definição não pode ser desconsiderada porque através dela é estabelecida o nexos entre as ciências sociais em geral com a ciência jurídica na particular influência que aquelas influem na política jurídica, ou seja, na formação ou correção do direito.

Uma segunda definição de Constituição que interessa ao estudo é a que pertence ao seu sentido substancial. Este conceito também é citado por BASTOS:

*“Define-se a Constituição em sentido substancial pelo conteúdo de suas normas. A Constituição nesta acepção procura reunir as normas que dão essência ou substância ao Estado. É dizer, aquelas que lhe conferem a estrutura, definem as competências dos seus órgãos superiores, traçam limites da ação do Estado, fazendo-o respeitar o mínimo de garantias individuais. Em suma, ela é definida*

<sup>272</sup> Sobre outras concepções de constituição: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 41.

<sup>273</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 43.

*a partir do objeto de suas normas, vale dizer, o assunto tratado por suas disposições normativas.”*<sup>274</sup>

Este conceito jurídico equivale, por assim dizer, ao conceito de constituição em sentido material adotado por Kelsen e apresentado no capítulo anterior. Por evidente, o destaque desta definição está na percepção de que o que vale como constitucional é o que diz respeito ao objeto normas que dão essência ou substância ao Estado.

No capítulo anterior, quando apresentado o conceito kelseniano, foi realizada alguma crítica, mais pela impossibilidade de contenção subjetiva do que por pertinência temática. O conteúdo da crítica foi, em síntese, a ausência de objetividade contida na concepção Constituição em sentido material, pois era, consoante exposto, razoavelmente desprovida de limites de interpretação.

Não é por coincidência que, após definir a Constituição em sentido substancial, BASTOS apresenta uma ressalva quando a adoção deste conceito pela consideração do seu conteúdo:

*“Esta separação é muito relativa porque a própria tarefa de encontrar o que seria substancialmente constitucional é muito ingrata, eis que as divergências sempre aparecem por interferências subjetivas de quem se lança a isso, assim também como pelo caráter ideológico que essa empreitada pode assumir. Por exemplo, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão ao dizer que não possui Constituição aquele Estado que não consagre a separação dos poderes e dos direitos individuais.”*<sup>275</sup>

Em virtude deste aspecto, verifica-se algum fundamento à crítica em conceituar a Constituição em sentido substancial, ou material kelseniano, a partir de suas normas. Todavia, a crítica apresentada por BASTOS não é restrita à subjetividade e à ideologicidade, pois o autor apresenta uma, apenas uma, exceção em que se percebe a possibilidade da adoção deste conceito:

*“Este conceito é importante em países, como a Inglaterra, que não tem uma constituição formal. É necessário escolher dentre usos e costumes quais aqueles que compõem o ordenamento jurídico fundamental do país. Este conceito implica na existência de uma essência constitucional, isto é, algo que permita identificar com clareza quais as normas que pela sua própria natureza ou matéria dizem respeito à Constituição do país.”*<sup>276</sup>

<sup>274</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 43.

<sup>275</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 45.

<sup>276</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 45.



Embora seja possível a adoção deste conceito em outros países, consoante JORGE MIRANDA, a situação da Inglaterra é absolutamente singular pelo fato de existir uma tradição democrática, historicamente construída, que, ao que parece, inexiste em qualquer outro lugar do mundo conhecido. Entretanto, este conceito não se refere a uma federação, nem tampouco à tradição jurídica romana.

Um terceiro conceito de Constituição é o que se refere ao seu sentido formal, que, para BASTOS:

*“(...) seria um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo dificultoso, vale dizer, um processo formativo mais árduo e mais solene. (...) Biscaretti ensina com acerto que as normas constitucionais não são emanadas dos órgãos legislativos normais, com seu ordinário método de trabalho, porém são formuladas por órgãos legislativos especiais, estabelecidos para essa missão, ou por órgãos legislativos normais, todavia, segundo procedimento distinto dos costumeiros, dando lugar, dessa forma, a uma contraposição entre Poder Legislativo ordinário e poder constituinte ou de revisão constitucional.”<sup>277</sup>*

Esta definição é, em medida exata, igual ao conceito de Constituição formal apresentado por Kelsen, partindo, inclusive, de uma Constituição posta pelo Estado, particularmente, consoante o positivismo jurídico como método, que considera o direito como fato *sub specie legis*. Este aspecto pertinente ao positivismo normativo é apresentado por BASTOS, da seguinte forma:

*“Portanto, a Constituição formal não procura apanhar a realidade do comportamento da sociedade, como vimos anteriormente com a material, mas leva em conta tão-somente a existência de um texto aprovado pela força soberana do Estado e que lhe confere a estrutura e define os direitos fundamentais dos cidadãos. Esta é uma realidade eminentemente normativa, é um conjunto de normas jurídicas. Por serem normas, não descrevem a real maneira de ser das coisas, mas sim instituem a maneira pela qual as coisas devem ser.”<sup>278</sup>*

Assim, o conceito de Constituição em sentido formal<sup>279</sup> é próprio do positivismo jurídico e, de alguma forma, estabelece uma unidade de conteúdo e objeto de suas normas, sob a forma escrita e com processo de modificação contido na própria constituição escrita<sup>280</sup>.

<sup>277</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 46.

<sup>278</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, *idem*.

<sup>279</sup> SILVA apresenta a constituição formal como: “o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e

Reforçando este aspecto metodológico e apresentado alguma consideração no que diz respeito à aplicação do conceito de Constituição em sentido material ou formal, BASTOS apresenta a seguinte ponderação sobre o critério mais relevante para o direito na conceituação da Constituição jurídica:

*“Dentre todas as conceituações de Constituição, a mais relevante para o direito é aquela calcada no critério formal. Isto porque as classificações, as categorizações ou as conceituações apenas apresentam relevância diante do direito, na medida em que a elas se faça corresponder um regime jurídico próprio, vale dizer, um feixe de normas pertinentes. Abandonado este princípio metodológico, nada nos impedirá de classificar os Textos Constitucionais em função dos mais abstrusos critérios (tamanho, cor, etc.). Tal atividade, entretanto, se por um lado pode apresentar-se como em si mesma espiritualmente gratificante, do ponto de vista prático nenhuma valia ofereceria, posto que em nada facilitaria o esclarecimento da funcionalidade do sistema.”*<sup>281</sup>

Destarte, sobre a aplicação de uma definição jurídica de Constituição ao Brasil, BASTOS pondera

*“Todavia, em países como o Brasil, cuja tradição jurídica romana é marcante, o mais importante é o conceito formal de Constituição, eis que tudo que consta da constituição formal recebe o mesmo tratamento jurídico, consistente na sua supremacia sobre toda a ordem jurídica. É dizer, são as leis hierarquicamente superiores e que dão validade e fundamento a todo o restante do ordenamento jurídico. Nestas Constituições torna-se ocioso demandar se todas as normas que lá-se encontram fazem parte também da Constituição substancial.”*<sup>282</sup>

Em vista disto, verifica-se que, primeiramente, em relação ao conceito jurídico de Constituição, a definição em sentido formal é superior ao significado circunscrito ao âmbito material. Uma segunda consideração pode ser verificada no que diz respeito ao Brasil, que lhe é melhor aplicável o conceito de Constituição em sentido formal que em sentido material.

Firmado este aspecto, cumpre desconsiderar a referência à constituição em sentido material, a sociológica, para preservar, na continuidade deste estudo, a sinonímia entre Constituição em sentido material apresentada por Kelsen e a Constituição em sentido

*formalidades especiais nela própria estabelecidos”*. In SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 e, rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 43.

<sup>280</sup> É classificada como rígida a Constituição: *“somente alterável mediante processos, solenidades e exigências especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares”*. SILVA, José Afonso. *Ibidem*, p. 44.

<sup>281</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 48.

substancial fornecida por Bastos. Nesse sentido, doravante, quando indicada a constituição em sentido material, estar-se-á a abordar as concepções jurídicas de Constituição em sentido material, kelseniana, e substancial, consoante referido por Bastos.

**O conteúdo da Constituição.** Apresentados os conceitos de constituição pertinentes ao tema, cumpre estabelecer, em linhas gerais, alguma especificação quanto ao conteúdo comum às constituições contemporâneas. Nessa ótica, SILVA elucida que se encontram “*normas que incidem sobre matérias de natureza e finalidades as mais diversas, sistematizadas num todo unitário e organizadas num todo coerentemente pela ação do poder constituinte que as teve como fundamentais para a coletividade estatal*”<sup>283</sup>.

Essas normas, consoante matéria, função e caracterização próprias, compõem ou delineiam os *elementos das constituições*. Embora haja divergência doutrinária na caracterização desses elementos, SILVA<sup>284</sup> compreende cinco categorias de elementos revelados pela estrutura normativa constitucional: a) *elementos orgânicos*, cujas normas regulam a estrutura do Estado e do poder; b) *elementos limitativos*, que limitam a ação dos poderes estatais, cujo objeto consiste em normas sobre direitos e garantias fundamentais, individuais, de nacionalidade e, ainda, direitos políticos e democráticos; c) *elementos sócio-ideológicos*, cujas normas abordam, de certa forma, o compromisso com alguma concepção do Estado (individualista, intervencionista, liberalista); d) *elementos de estabilização constitucional*, que prevêm mecanismos de adaptação e defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas assegurando alguma forma de solução de conflitos quanto a estes aspectos; e) *elementos formais de aplicabilidade*, que estabelecem princípios e regras de aplicação da constituição.

Todos estes elementos integram a concepção de sistema constitucional, mas, embora estejam no conceito de constituição, consoante BONAVIDES: “*a palavra Constituição não basta, hoje, no campo do Direito Constitucional, para exprimir toda a realidade pertinente à organização e funcionamento das estruturas básicas da sociedade política*”. Ainda, segundo o autor, “*tem-se recorrido ao vocábulo sistema, senão para remover uma crise semântica ao*

---

<sup>282</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 45.

<sup>283</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 e, rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 46.

<sup>284</sup> Nesse sentido: SILVA, José Afonso. *Ibidem*, p. 46-47.

*menos para indicar algo mais preciso e abrangente, mais próximo ao sentido daquilo que se pretende exprimir”*<sup>285</sup>.

Desta forma, BONAVIDES ressalva que:

*“O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia sistema constitucional não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa.”*<sup>286</sup>

Esta concepção de sistema constitucional é relevante porque destaca uma variante da interpretação jurídica, mesmo diante da afirmação de BONAVIDES, que assevera: *“Rigorosamente, não existe distinção de natureza entre a interpretação das normas constitucionais e a interpretação das demais normas do ordenamento jurídico, posto que haja distinções decorrentes da peculiaridade das regras básicas, de seu conteúdo ou aspecto material, mas que não devem afetar a essência jurídica da norma”*<sup>287</sup>.

Assim, embora o autor refira-se a distinções quanto ao caráter peculiaridades de regras básicas, conteúdo e aspecto material, verifica-se elemento suficiente para o estabelecimento de um sistema constitucional absolutamente distinto de um sistema jurídico, ao qual, somente algumas particularidades deste se lhe apliquem. Mesmo porque, só há uma norma fundamental, e é a Constituição, logo, por esse motivo, o conjunto de preceitos que determinam a unidade do ordenamento jurídico gera um sistema que não pode ser similar ao conteúdo de quaisquer espécies normativas embasadas na Constituição.

Tanto é assim que o próprio BONAVIDES expressa sobre as peculiaridades sobre o sistema constitucional quanto ao conteúdo da interpretação:

*“A interpretação das normas constitucionais, pelo caráter político de que se revestem em razão de seu conteúdo, se aparta, em importantíssimo ponto, da metodologia empregada para a fixação do sentido e alcance das outras normas jurídicas, cuja interpretação se move num círculo menos sujeito a incertezas e dificuldades como aquelas que aparecem tocante à norma constitucional.”*<sup>288</sup>

<sup>285</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 75.

<sup>286</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 77.

<sup>287</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 109.

Ou seja, o autor não só constata como também diz expressamente que a interpretação das normas constitucionais se aparta da metodologia das demais normas constitucionais. O motivo é apresentado a seguir:

*“A idéia de sistema inculca imediatamente outras, tais como as de unidade, totalidade e complexidade. Ora, a Constituição é basicamente, unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais — valores políticos ou ideológicos — senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, senão impossível.”*<sup>289</sup>

Assim, é indissociável da interpretação das normas constitucionais o critério valorativo, próprio dos princípios constitucionais. Ao menos é, ao que parece, nesse sentido que BONAVIDES assevera: *“A interpretação de todas as normas constitucionais vem portanto regida basicamente pelo critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema”*<sup>290</sup>.

A causa desta particularidade na interpretação constitucional é apresentada por BONAVIDES da seguinte forma:

*“Os insucessos resultantes do formalismo positivista, onde o sistema constitucional se esvazia de sentido e conteúdo, fizeram a reflexão de alguns constitucionalistas se volver para a necessidade de um novo sistema, compatível com aqueles valores materiais que pedem uma interpretação ‘justa’ da norma constitucional, cuja aplicação somente ocorre quando há problemas em busca de solução, isto é, de serem resolvidos interpretativamente e não raro escapam, rebeldes, aos critérios disponíveis de ordenação jurídica.”*<sup>291</sup>

Evidentemente, consoante BONAVIDES, ocorreu a inserção de algum novo método de interpretação, particularmente voltado ao sistema constitucional: *“o novo método é pluridimensional: abre-se aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo enfim que possa ser conteúdo e pressuposto da norma”*<sup>292</sup>. E, embora o autor assim não conclua, não é difícil verificar que o aspecto finalístico ou axiológico-teleológico contido na norma constitucional há de vincular, de alguma forma, a produção normativa.

<sup>288</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110.

<sup>289</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 110.

<sup>290</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 111.

<sup>291</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 115.

<sup>292</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, *idem*.

Neste sentido, o autor afirma, ainda, que: *“As ambições metodológicas da nova direção sistemática gravitam em torno daqueles pontos em que mais estrondoso tem sido o fracasso dos formalistas, nomeadamente os kelsenianos do Direito Constitucional, incapazes de interpretar o sentido da norma constitucional e descobrir a contemporaneidade de sentido da Constituição”*<sup>293</sup>. Desta forma, a alteração do enfoque metodológico transcende da seguinte forma: *“Com o sistema axiológico-teleológico transita-se da ultrapassada metodologia monista do sistema axiomático-dedutivo para uma metodologia pluralista no âmbito da interpretação constitucional, capaz de compor distintas formas de exame da norma e seu conteúdo material, formal imanentes à natureza mesma do objeto”*<sup>294</sup>.

Nesta inserção do método axiológico-teleológico: *“Os reparos mais graves que se fazem ao sistema axiológico-teleológico derivam da facilidade com que ele conduz o intérprete ao afrouxamento da normatividade sacrificada ao chamado ‘espírito da Constituição’, que nenhuma outra teoria constitucional é tão apta a determinar quanto aquela”*<sup>295</sup>.

Por fim, BONAVIDES elucida a impossibilidade de desconsideração do evolucionismo na interpretação constitucional:

*“A análise interpretativa da Constituição não pode, por conseguinte, prescindir do critério evolutivo, mediante o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema, bem como as variações de sentido que tanto se aplicam ao texto normativo, como à realidade que lhe serve de base — a chamada realidade constitucional, cuja mudança é, não raro, lenta e imperceptível ao observador comum.*

*“Esse critério, como elemento hermenêutico de extrema relevância, está todo impregnado de historicidade, a qual se comunica ao método de interpretação, não tanto para colher a Constituição jurídica ou a norma na sua origem senão, em primeiro lugar, para acompanhar a conseqüente evolução ou desdobramento que no seio do sistema constitucional ocorre com a norma codificada na Constituição e com a realidade que lhe imprime a eficácia, vida e conteúdo.”*<sup>296</sup>

Em virtude destas considerações, é infalseável a conclusão de BONAVIDES ao asseverar que *“(…) o sistema constitucional pede o emprego de métodos hermenêuticos que*

<sup>293</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115.

<sup>294</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 115-116.

<sup>295</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 117.

<sup>296</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 118.

*possam de perto acompanhar as variações dinâmicas da Constituição, presos atentamente ao critério evolutivo, sempre de fundamental importância para a análise interpretativa”*<sup>297</sup>.

Nessa linha de racionalização, a Constituição gera ou é, por si só, um sistema singular que introduz uma metodologia própria de interpretação, cujas técnicas e regras hermenêuticas traduzem significado, sentido e alcance das normas constitucionais de forma distinta do sistema jurídico propriamente dito. E isto é correto na medida que, conquanto um feixe de normas constitucionais embasam um ramo inteiro de normas, como os Códigos Penal, Civil ou Tributário, nada mais fazem que implementar o sistema constitucional posto.

Esse fator expoente da Constituição, definindo-se como unidade, é designado como princípio da supremacia da Constituição: *“significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”*<sup>298</sup>.

Todavia, conquanto se dita supremacia constitucional ou sistema constitucional, é imprescindível abordar os princípios constitucionais, que estão intrinsecamente conexos àqueles. Independente da correção ou não de alguma alusão que se possa fazer ao gênero princípios, como designadores das *verdades primeiras, porque estão ao princípio* ou porque constituem *verdades primeiras*<sup>299</sup>, é relevante que se encontrem concepções em que se refira à serventia dos princípios de um determinado Direito Positivo como *“critério de inspiração às leis ou normas concretas” desse Direito Positivo* ou, ainda, com fundamento de decisões que consideram *“como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico”*<sup>300</sup>.

De qualquer forma, também interessa apresentar a informação de BONAVIDES em que, consoante Betti, os princípios são: *“valores dos critérios diretivos para interpretação e dos critérios programáticos para o progresso da legislação”*<sup>301</sup> e, não é por coincidência, o

<sup>297</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 119.

<sup>298</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 e, rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 47.

<sup>299</sup> Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 228-229.

<sup>300</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 229-230. A decisão citada é oriunda da Corte Constitucional italiana, de 1956, cuja referência em nota de rodapé é “Giur. Constit., I, 1956, 593, *apud* Norberto Bobbio, “Principi generali di Diritto”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, Turim, 1957, p. 889.

<sup>301</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 243.

autor apresenta a concepção de hermenêutica dos princípios em que é estabelecida a composição das normas constitucionais em princípios constitucionais e regras constitucionais.

Sobre vários critérios, alegados até de inumeráveis, de distinção entre regras e princípios constitucionais<sup>302</sup>, sobressai como o mais comum o da generalidade, em que os princípios são dotados de alto grau de generalidade relativa, enquanto as regras têm grau relativamente baixo de generalidade<sup>303</sup>. Chega-se a ponto de, nesta distinção, estabelecer hierarquia entre princípios e regras constitucionais<sup>304</sup>.

Mais engenhosa que esta última posição é a solução encontrada quando houver incompatibilidade na aplicação de princípios constitucionais e no estabelecimento destes princípios das regras jurídicas. Assim, BONAVIDES cita:

*“Mas onde a distinção entre regras e princípios desponta em mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a colições e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirma Alexy: ‘Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (ungültig)’. Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas conseqüências jurídicas também valem.*

*“Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.*

*“Antes, quer dizer — elucida Alexy — que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.”<sup>305</sup>*

Esta concepção de ALEXY é complementada da seguinte forma:

<sup>302</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 240 e ss.

<sup>303</sup> Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 249.

<sup>304</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988. <http://jus.com.br/doutrina/hierarclf.htm>. Este autor cita que, consoante José Souto Maior Borges, os critérios de hierarquização entre princípios constitucionais deve partir da própria Constituição.

<sup>305</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 251. A obra de Alexy que embasa a transcrição do autor citado é: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.



*“Com isso — afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo — se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.*

*“Já, os conflitos de regras — assevera o eminente Jurista — se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que a colisão de princípios, visto que somente princípios válidos podem colidir, transcorre fora da dimensão validade, ou seja, da dimensão do peso, isto é, do valor.*

*“Da posição de Alexy se infere uma suposta contigüidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta. Se as regras têm que ver com a validade, os princípios têm muito que ver com os valores.”<sup>306</sup>*

Embora a concepção de Alexy pareça correta quanto à distinção entre princípios e regras e quanto à não exclusão do princípio inaplicado em casos concretos em que existe colisão de princípios, cumpre estabelecer alguma ressalva ou cautela sobre sua compreensão ou extensão desta teorização. Primeiramente, em se tratando de princípios e regras constitucionais é impossível realizar exclusão em quaisquer casos de conflitos, com exceção das normas constitucionais que forem alteradas. Assim, sendo inseridos novos princípios eles podem sofrer restrição interpretativa das regras constitucionais. Em segundo lugar, existem normas constitucionais que são como moedas, ou seja, têm cara e coroa, são princípios e regras, sendo por vezes difícil distinguir quando se interpreta o princípio ou a regra da norma inserta no texto constitucional.

**A separação de poderes.** Examinados, sumariamente, o sistema e os princípios constitucionais, cumpre verificar outro elemento da teoria constitucional, a tripartição de poderes. Este aspecto jurídico-político está inserto na teoria constitucional a partir da compreensão de poder. Neste sentido, ‘poder’ nada tem a ver com o fato de que *“Alguns usos do poder dependem de estar ele oculto, de não ser evidente a submissão dos que capitulam a ele”<sup>307</sup>*, ou ainda, com o conceito de poder, nem mesmo que o exame dos instrumentos ou fontes do poder real.

Considerando o poder como inerente ao Estado, como emanção da soberania, TEMER parte da consideração de que é do poder que *“surgem as normas de organização do*

<sup>306</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 251.

<sup>307</sup> GALBRAITH, John Kenneth. *A Anatomia do Poder*. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 3.

*Estado*”<sup>308</sup>. O autor refere-se, ainda, à variação que o termo detém a partir do *sentido que o constituinte lhe atribui* e apresenta os seguintes significados que a Constituição da República Federativa do Brasil atribui ao termo ‘poder’: “*É ele utilizado em três acepções: a) poder enquanto revelação da soberania (art. 1º, parágrafo único, da CF); b) poder enquanto órgão do Estado (art. 2º da CF); c) poder enquanto função (arts. 44, 76 e 92 da CF)*”<sup>309</sup>.

Mas TEMER ressalva que o poder é um só: “*Equivocam-se os que utilizam a expressão 'tripartição dos poderes'. É que o poder é uma unidade*”<sup>310</sup>, da mesma forma, BASTOS assim assevera:

*“(...) qualquer que seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder. Daí ser incorreto afirmar-se a tripartição de poderes estatais, a tomar essa expressão ao pé da letra. É que o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único que é próprio das organizações políticas estatais.”*<sup>311</sup>

A alusão que se faz à tripartição de poderes é ligada ao fato de que :

*“Foi observando as sociedades que os autores verificaram a existência de três funções básicas: uma, produtora de ato geral; outra, produtora do ato especial e uma terceira solucionadora de controvérsias. As duas últimas aplicavam o disposto no ato geral. Seus objetivos, porém, eram diversos; uma, visando a executar, administrar, a dar o disposto no ato geral para desenvolver a atividade estatal; outra, também aplicando ato geral, mas com vistas a solucionar controvérsias entre os súditos e o Estado ou entre os próprios súditos.”*<sup>312</sup>

Assim, consoante verificado no Capítulo 1, a concentração destas funções nas mãos de um soberano caracterizava o Estado Absoluto, cujas funções foram identificadas em todas as sociedades<sup>313</sup>.

A partir da “teoria de freios e contrapesos”, de Montesquieu, é estabelecida a composição orgânica do Estado para o desempenho das funções do Estado, através de órgãos independentes que, pela definição de suas atribuições passam a exercer, também controle e limites sobre a atuação dos demais órgãos<sup>314</sup>.

<sup>308</sup> Nesse sentido: TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 117.

<sup>309</sup> TEMER, Michel. *Ibidem*, p. 118.

<sup>310</sup> Nesse sentido: TEMER, Michel. *Ibidem*, p. 117.

<sup>311</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 339.

<sup>312</sup> TEMER, Michel. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>313</sup> Nesse sentido, TEMER, Michel. *Ibidem*, p. 118-119.

<sup>314</sup> No mesmo sentido, TEMER, Michel. *Ibidem*, p. 119.

No estabelecimento da distinção entre poder, função e órgãos, BASTOS elucida que:

*“(...) Tanto a função como o poder não podem confundir-se com os órgãos que atuam as competências públicas. Estes referem-se a pessoas isoladas, ou a um conjunto de indivíduos que, por estarem integrados no Estado, gozam da faculdade de agir em seu nome. Os órgãos são, em consequência, os instrumentos de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa.”*<sup>315</sup>

Mais que isto, BASTOS também elucida, a partir da teoria de Montesquieu, a existência de uma divisão funcional do poder como correspondente a uma divisão orgânica do poder: *“(...) para Montesquieu a divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica. Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem, segundo ele, ser os mesmos que executam, assim como nenhum destes pode ser encarregado de decidir as controvérsias”*. Complementando esta concepção, o autor refere que a designação Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) se refere à concepção orgânico-funcional, em que é priorizado o desempenho das funções com independência, isto é, sem subordinação entre uns e outros: *“Há de existir um órgão (usualmente denominado poder) incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome”*<sup>316</sup>.

Por evidente, que o poder é uno é inquestionável. Da mesma forma pode ser considerado quando se fala em poder enquanto função ou conjunto de atribuições exercidas por órgãos. Todavia, quando os autores abordam a tripartição de poderes, partem da premissa da unidade do Estado, isto é, abordam o poder do Estado como unidade e dessas unidades, Estado e poder, apresentam a tripartição funcional-orgânica.

No que diz respeito às formas de Estado, unitário ou federal, ou seja, sobre a abordagem do poder a partir da existência de um ou mais de um órgão legislante inexistente expressão neste segmento. O motivo, ao que parece, é relacionado à atribuição da concepção orgânico-funcional do poder em virtude do estabelecimento atuação geral em todo território do Estado e sobre toda a população deste Estado: Neste sentido, há, ao que parece, alguma omissão pela própria contradição com a teoria da tripartição de poderes, pois esta, formada para a concepção do Estado unitário, somente versa sobre três órgãos designados poderes, cada qual com atribuições que lhes são definidas, seja na Constituição material, seja na

<sup>315</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 340.

<sup>316</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 341-342.

Constituição formal. Todavia, em uma federação, há constitucionalmente a previsão de mais de um órgão legiferante, ou seja, mais de um órgão do Poder Legislativo, cada um com atuação delineada constitucionalmente.

Inobstante a teoria da separação de poderes ter sido um avanço significativo à racionalização do poder, ela não pode, de forma alguma, ser aplicada a Estados federais se não for examinada ou abordada juntamente com a teorização da federação, sob pena de se incorrer no exame do poder sem se considerar sua totalidade, ou sob pena de se estudar o poder orgânico-funcional sem estabelecer as relações necessárias enquanto unidade orgânico-funcional

Nesse sentido, abordar-se-á, a seguir, os elementos da teoria da federação, pois esta nada mais é que expressão do poder na forma de organização em que, distintamente do Estado unitário, há, em sua composição, embora tenha somente três poderes ou funções designadas como Poderes, mais órgãos com atribuição de exercício das funções.

**Forma de estado ou processo legislativo constitucional.** Para empreender uma comparação entre algum aspecto da teorização do ordenamento jurídico com a estrutura normativa brasileira, do conceito operacional adotado no capítulo inicial, há necessidade de verificar, além dos elementos de teoria constitucional retro apresentados, algumas particulares teóricas do Estado federal. Após isto, será possível verificar a Constituição Federal brasileira.

Não se pode olvidar que o presente estudo tem em vista algum aspecto do ordenamento jurídico, particularmente, a estruturação normativa ou, uma certa similaridade com a construção escalonada do ordenamento jurídico comparado nos planos teórico e prático. Logo, antes de empreender o estudo do elemento federação, é interessante destacar um aspecto silente no estudo do ordenamento jurídico ou na geral literatura jurídica sobre o ordenamento jurídico brasileiro. A questão é simples: após definida a unidade no ordenamento jurídico em uma Constituição, o estudo da construção escalonada de um ordenamento jurídico determinado deve iniciar pelas espécies normativas gerais e abstratas, oriundas do Poder legiferante, ou dos entes que detém parcela de Poder legiferante e que podem produzir aquelas espécies normativas? O estudo deve iniciar pela forma de Estado ou pelas normas legisladas?

Esta questão não é acadêmica. A teorização do ordenamento jurídico considera em primeiro plano as espécies normativas, relegando a uma posição de mero complemento constitucional a organização federativa. Se se iniciar o estudo pelas espécies normativas, é perfeitamente cabível a verificação do escalonamento a partir das espécies normativas que tem

o processo de criação previsto em uma determinada Constituição. Todavia, se assim se faz, a delimitação do poder designada como competência legislativa fica relegada à irrealdade, haja vista que as espécies normativas se sobrepõem a elas na construção escalonada. Da mesma forma, as espécies normativas estaduais (e municipais, no caso brasileiro) não estando previstas em uma Constituição Federal, não têm uma posição que se lhes atribua no escalonamento. O motivo é simples, a produção das espécies normativas dos entes federais Estados-membros e Municípios não estão previstas na Constituição Federal.

Assim, considerando que o aspecto inicial abordado pela teorização do ordenamento jurídico, a unidade, parece lógico introduzir o estudo constitucional pela forma de Estado, o Estado federal ou federação, pois a conjugação de forças no Estado gera a Constituição, que, por sua vez, estabelece a construção escalonada do seu ordenamento jurídico, na forma de espécies normativas repartidas entre os entes ou pessoas da federação com possibilidade de produzir normas por órgão detentor de Poder legiferante e mediante um processo legislativo específico.

De outra forma, a questão pertinente às fontes de produção jurídica também determina que se inicie o estudo a partir da federação, pois também aí se encontra a unidade de uma norma fundamental, a Constituição em sentido formal, que estabelece, antes das espécies normativas, a forma de Estado e sua composição, ou seja, estabelece os órgãos produtores de normas e os limites a esses órgãos.

Por fim, à compreensão das espécies normativas, é necessária a abordagem da repartição de competência entre os entes federais, também constitucionalmente anteposto às espécies.

### **3.2 DA FEDERAÇÃO**

**Unidade e federação.** Conforme examinado na teorização do ordenamento jurídico, quando se fala em ordenamento jurídico de um Estado, diz-se unidade ao que pode ser sintetizado, de alguma forma, a um só elemento substancial. A unidade de um ordenamento jurídico refere-se à possibilidade de encontrar, nesse ordenamento, uma norma que fundamente, em última instância, a produção de outras normas jurídicas. Considerando que essa unidade parte essencialmente de uma norma jurídica, é absolutamente irrelevante a forma

de Estado, se federal ou unitário, para referir-se a um ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico é uno porque uma, e somente uma, norma o fundamenta.

Quanto à complexidade do ordenamento jurídico em plano teórico, ou seja, quanto à quantidade de órgãos produtores de normas, este aspecto foi demonstrado irrelevante à questão da unidade do ordenamento jurídico em plano teórico. Já em relação à forma de Estado, assume particular importância diante da forma federativa, consoante será visto a seguir.

Alguma distinção ocorre em relação aos ordenamentos jurídicos de Estados federais e unitários e são referidas somente nos aspectos do escalonamento e da hierarquia. Todavia, para chegar ao escalonamento e à hierarquia, ou seja, ao aspecto da composição e das relações das normas jurídicas, há necessidade de verificar, ao menos em linhas gerais, sobre o que seja um Estado Federal, sua caracterização e composição, bem como, sobre estes mesmos aspectos do Estado Federal brasileiro.

**Conceito de Estado federal.** Quanto ao conceito de Estado federal, alguma dificuldade se apresenta e tal obstáculo é delineado pela doutrina, pois inexiste uma conceituação definida da locução ‘Estado federal’ e a definição clássica, outrora aceita pacificamente, pode não estar de acordo com alguma realidade específica.

ROCHA cita que:

*“O federalismo sempre constituiu um dos mais rumorosos temas tanto do Direito Constitucional quanto da Ciência Política. Suas implicações políticas e jurídicas sobre outros institutos, a forma que adota nos sistemas de Direito, sua aplicação nos diferentes Estados, além de outros de seus aspectos essenciais influenciaram significativamente os regimes adotados.”*

*“A constância dos debates sobre o tema não conduziu, ainda, à exaustão controvérsias sobre os seus elementos. Ao contrário. Aprofundaram-se as discussões, enriqueceu-se a matéria de novos argumentos, firmaram-se oposições e surgiram novas feições da disciplina.”*<sup>317</sup>

É nesse sentido que o próprio modelo nacional surge como obstáculo à conceituação do federalismo. Consoante ROCHA:

*“Mais amplo o questionamento sobre o tema e é certo ter-se ele feito também mais profundo. (...) A forma de estado não decorre mais, como já ocorreu, de sofisticadas criações de gabinetes,*

<sup>317</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 161.

*afastadas da história e das perspectivas do povo ao qual são elas postas a observar. Ciência dada a todos de que não basta a formalização de um bloco de disposições normativas, versando sobre federalismo e positivadas como texto constitucional, para que se tenha assegurada a sua aplicação, ocorre-se, hoje, em busca do conhecimento sobre a possibilidade e a adequação do modelo federativo à realidade nacional, para que se tenha a eficiência da adoção do princípio e a sua mais perfeita integração nacional.”<sup>318</sup>*

BARACHO complementa sobre este aspecto da identidade referindo que:

*“A multiplicidade e diversidade dos Estados federais dificulta uma classificação que pudesse apresentar pontos comuns que os colocasse dentro de determinada tipologia. Prélot afirma que o Estado federal cobre a maior parte do mundo. Nessas diversas latitudes, no seio de antigos e novos Estados, os princípios de autonomia e de participação não procedem de acordo com as mesmas características. Essas experiências federalistas engendram grande diversidade de soluções, que demonstram a capacidade de adaptação das fórmulas federativas.”<sup>319</sup>*

Entretanto, o que particulariza tradicionalmente um estado como federal, consoante a doutrina, está compreendido na definição de federalismo apresentada por SIDOU: *“Governo formado pela reunião de vários Estados em um só corpo político, de modo que a cada um deles caiba a autonomia em tudo que não diga respeito aos interesses comuns”<sup>320</sup>.*

Esta designação é apresentada por CARRAZA da seguinte forma:

*“(…) podemos dizer que Federação (de foedus, foedoris, aliança, pacto) é uma associação, uma união institucional de Estados, que dá lugar a um novo Estado (o Estado Federal), diverso dos que dele participam (Estados-membros). Nela, os Estados federados, sem perderem suas personalidades, despem-se de algumas tantas prerrogativas, em benefício da União de Estados. A mais relevante delas é a soberania.”<sup>321</sup>.*

Esta aliança ou pacto entre entes constitui-se no princípio federativo, cujo elemento informador é, consoante firmado por ROCHA: *“(…) a pluralidade consorciada e coordenada*

<sup>318</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 162.

<sup>319</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 147.

<sup>320</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 356

<sup>321</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 84.

*de mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território estatal, posta cada qual no âmbito de competências previamente definidas, a submeter um povo”*<sup>322</sup>.

A autora apresenta ainda que:

*“A idéia predominante no princípio federativo é a unidade na pluralidade, aqui considerada a unidade total da ordem jurídica nacional compondo-se, coordenando-se, harmonizando-se, sistematizando-se pela diversidade de ordens jurídicas internas (denominadas por Kelsen de parciais), que se acoplam e formam uma única e que mantêm, nessa unidade sistêmica nacional, um movimento equilibrado em sua aplicação (...)”*<sup>323</sup>.

Esta concepção está conjugada à teoria jurídica do Estado federal, pela qual, consoante BARACHO:

*“A forma de Estado federal implica, normalmente, a distribuição territorial do poder político, com a coexistência de esferas de governo, com competências definidas, possibilitando coordenação e independência. Dentro desse entendimento, no Estado federal não deve ocorrer um poder para regular todos os aspectos da atividade estatal, desde que o governo central surge legalmente limitado no exercício de algumas funções, ao passo que importantes esferas da atividade governamental são dirigidas às unidades locais.”*<sup>324</sup>

Por essa mesma teoria jurídica, *“Todos os elementos constitucionais do Estado reúnem-se no sistema federal da Constituição: território e população, como elementos físicos ou naturais, ao lado do exercício do poder político e jurídico, conforme afirma Bielsa”*<sup>325</sup>.

**A Constituição como fundamento jurídico do Estado federal.** Esta concepção federativa encontra-se como disposição constitucional. ROCHA assevera: *“A definição da adoção do princípio federativo, a modelar a forma de Estado, tem sede constitucional. É o poder constituinte que estabelece a forma de Estado e, acolhido o princípio federativo, é ele que elege o modo de institucionalizar-se a Federação e o seu feitio peculiar no sistema”*<sup>326</sup>.

<sup>322</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 171.

<sup>323</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 172.

<sup>324</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 21-22.

<sup>325</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Ibidem*, p. 26.

<sup>326</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 171.



Da mesma forma, ALMEIDA afirma que: “(...) a base jurídica da Federação é sempre uma Constituição comum a todas as entidades federadas, onde estão fixados os fundamentos essenciais de suas relações recíprocas”<sup>327</sup>. Esta autora cita ainda, ensinamento de LOEWENSTEIN, segundo o qual: “(...) nenhum Estado federal pode funcionar sem uma Constituição escrita, que é a encarnação do contrato sobre a ‘aliança eterna’ (...)”<sup>328</sup>. Compreensão em sentido similar é apresentada por BARACHO quando aborda a teoria constitucional da federação<sup>329</sup>.

Mais ainda, BARACHO elucida que o conteúdo da federação é, simultaneamente, o da Constituição Federal e da Constituição dos Estados-membros: “Seu conteúdo é, ao mesmo tempo, o da Constituição federal e um elemento da Constituição de cada um dos Estados membros. A Constituição federal expressa uma garantia da existência política de cada um de seus membros”<sup>330</sup>.

Além de a sede do princípio federativo ou federação estar em uma Constituição, há de se observar que esta Constituição será necessariamente uma Constituição rígida, ou seja, em regra escrita, com processo mais rigoroso para alterações de disposições constitucionais que para alteração de outras espécies normativas. Ou seja, o princípio federativo é objeto de uma Constituição em sentido formal: “O princípio federativo nasce de uma Constituição rígida, pois ausente tal qualidade constitucional poderia haver uma mutilação dos fundamentos da Federação ao sabor de decisões políticas momentâneas”<sup>331</sup>.

Assim, fica resguardada a federação de alguma alteração através de modificações constitucionais e, além disso, acresce-se como elemento de segurança uma imutabilidade constitucional quanto ao princípio federativo: “Por isso, aliás, além da rigidez constitucional do sistema que adota o princípio federativo como fundamento da organização política de um Estado, dota-se ele de uma condição especial em relação aos demais princípios que

<sup>327</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 29.

<sup>328</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Ibidem*, *idem*.

<sup>329</sup> BARACHO cita que: “No dizer de Schmitt, o pacto federal é um pacto de espécie singular, pelo que se trata de um pacto constitucional. É, por isso, um ato de Poder Constituinte.” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 32.

<sup>330</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Ibidem*, *idem*.

<sup>331</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 178.

*informam a Constituição: a da imutabilidade absoluta pelo poder constituinte reformador (...)*<sup>332</sup>.

Mas o princípio federativo pode ser desmembrado, pois resguarda outros aspectos ou sub-princípios que lhe são inerentes:

*“O princípio federativo compõe-se, pois, pelos princípios: a) da soberania nacional e autonomias locais das entidades componentes do Estado; b) pela repartição de competências entre essas entidades, o que assegura a sua personalização política e o âmbito de competência autônômica exclusiva de cada qual; e c) pela participação de todas elas na formação da vontade nacional.”*<sup>333</sup>

**A soberania e a autonomia.** Esta percepção da Federação como fenômeno de Direito interno é presente tanto na concepção da autonomia quanto da soberania. CARRAZA afirma que: *“A soberania é a faculdade que, num dado ordenamento jurídico, aparece como suprema. Tem soberania quem possui o poder supremo, absoluto e incontestável, que não reconhece, acima de si, nenhum outro poder. Bem por isso, ele sobrepõe toda e qualquer autoridade (daí: supra, supramus, soberano, soberania)”*<sup>334</sup>.

Mas o fato de haver um poder soberano não impede a existência ou o reconhecimento de outros ordenamentos. CARRAZA assevera, ainda, que:

*“Atualmente, o Estado é a única instituição soberana, porquanto superiorem non recognoscens. De fato, dentre as várias pessoas que convivem no território estatal, apenas ele detém a faculdade de reconhecer outros ordenamentos e de disciplinar as relações com eles, sejam em posição de igualdade (na comunidade internacional), seja em posição de ascendência (por exemplo, em relação às entidades financeiras), seja, até, em posição de franco antagonismo (v.g.) com as associações subversivas.”*<sup>335</sup>

O autor conclui que: *“o Estado distingue-se das demais pessoas pela soberania que lhe é inerente. Só ele detém a faculdade de autodeterminar-se, demarcando, sponte propria, seu campo de atuação”*<sup>336</sup>.

Na formação do Estado Federal, na realização do pacto ou associação constitucional, distingue-se a soberania da autonomia. Consoante CARRAZA, quando os estados-membros

<sup>332</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 173.

<sup>333</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ibidem*, idem.

<sup>334</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 84.

<sup>335</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Ibidem*, p. 85.

<sup>336</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Ibidem*, p. 86.

estabelecem a associação, “(...) os Estados federados, sem perderem suas personalidades, despem-se de algumas tantas prerrogativas, em benefício da União de Estados. A mais relevante delas é a soberania.”<sup>337</sup>

Da mesma forma, ROCHA leciona: “As entidades federadas não se qualificam pela soberania, característica exclusiva da entidade nacional. Sem soberania, elas carecem do poder de secessão, ficando restritas ao exercício de suas competências, cuja descrição é constitucionalmente estabelecida (...)”<sup>338</sup>

É admissível, neste enfoque, a adoção da teoria das três entidades estatais, segundo a qual:

*“O Estado é portador de um poder supremo, sem limites. Nem a Federação, nem os Estados membros apresentam características que individualizam a noção de Estado. O Estado federal deve ser a síntese orgânica das duas entidades, de onde provém a denominação de teoria do terceiro termo, na expressão de García Pelayo.*

*“Os membros limitam suas competências sob o aspecto material e deixam um âmbito livre ao Estado central, que tem caráter jurídico-político. O Estado federal está junto aos Estados membros, pois tão soberano é um como os outros, pelo que não estão em relações de supra e subordinação, mas de coordenação.”<sup>339</sup>*

O primeiro destes sub-princípios, o da autonomia, considerado fundamental ou inerente ao princípio federativo:

*“Tomado o termo em sua etimologia, tem-se autonomia como a faculdade conferida ou reconhecida a uma entidade de criar as suas próprias normas. Daí o entendimento mais comumente aceito no Direito de constituir autonomia a capacidade política de uma entidade para governar-se a si mesma segundo leis próprias, criadas em esfera de competência definida por um poder soberano.”<sup>340</sup>*

Assim, consoante ROCHA: “A autonomia das entidades federadas é garantida pela existência de competências próprias e exclusivas, que podem ser postas ao lado de outras complementares ou comuns, mas que asseguram um espaço de criação de Direito por elas”

<sup>337</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 84.

<sup>338</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 176.

<sup>339</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 42-43.

<sup>340</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 180-181.

<sup>341</sup>. De forma que a noção de autonomia é indissociável do “*sistema de repartição de competências que determina a eficácia do próprio princípio federativo*” <sup>342</sup>. Este aspecto da repartição de competência será abordada adiante.

Todavia, em sua exposição sobre vários enfoques dados ao Estado Federal em teorias sobre o tema, BARACHO ensina que na teoria que concebe o Estado Federal como forma avançada de descentralização, com nítida influência Kelseniana:

*“O Estado federal é considerado, inclusive por Kelsen, como forma do mais alto grau de descentralização, que só se distingue quantitativamente de outros tipos da mesma. (...) O Estado federal é um Estado que se caracteriza por sua descentralização de forma especial e grau mais elevado, compondo-se de unidades membros dominadas por ele, mas possuem autonomia constitucional e participam da formação da vontade federal, distinguindo-se de outras coletividades públicas menores.”* <sup>343</sup>

Em consonância a este aspecto, BARACHO elogia a teorização kelseniana por destacar aspecto essencial para a construção jurídica do Estado Federal <sup>344</sup>.

Mas, consoante ROCHA, a autonomia consiste em um sistema integrado de uma ordem jurídica total conjugada com peculiaridades de realidades diversas <sup>345</sup>.

Ainda, conforme ROCHA, é vinculada à autonomia o objetivo da federação, que consistem em: “*alcançar a eficácia do exercício do poder no plano interno de um Estado, resguardando-se a sua integridade pela garantia de atendimento das condições autônomas dos diferentes grupos que compõem o seu povo e assegurando-se, assim, a legitimidade do poder e a eficiência de sua ação*” <sup>346</sup>.

Esta concepção é suficiente para asseverar que a Federação é, antes de qualquer coisa, um fenômeno interno. Neste sentido, ROCHA assevera:

*“A Federação é fenômeno de Direito interno, fundamentalmente de Direito Constitucional, caracterizando-se pela*

<sup>341</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 181.

<sup>342</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 181.

<sup>343</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 43.

<sup>344</sup> O autor afirma que: “*A teoria da descentralização de Kelsen, além dos seus aspectos de originalidade, tem o grande mérito de insistir na importância da idéia da descentralização para a construção jurídica do Estado federal.*” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Ibidem*, p. 43.

<sup>345</sup> Neste sentido: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 171-172.

<sup>346</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 171.

*existência de uma organização política nacional sobreposta a todas as ordens que, setorialmente, conciliam-se e aplicam-se em condomínio jurídico no Estado. As entidades federadas não se qualificam pela soberania, característica exclusiva da entidade nacional. Sem soberania, elas carecem do poder de secessão, ficando restritas ao exercício de suas competências, cuja descrição é constitucionalmente estabelecida (...)"*<sup>347</sup>

**A hierarquia entre os entes federados.** Assim, sendo a federação fenômeno interno, constituindo-se seus componentes como autônomos, verifica-se a inexistência de hierarquia entre os entes federados. Nesse sentido encontram-se a posição de CARRAZA e Souto Maior Borges:

*"Vimos que o Brasil é um Estado Federal, em que a União e os Estados Membros ocupam, juridicamente, o mesmo plano hierárquico. Daí por que devem receber tratamento jurídico-formal isonômico.*

*"Esta igualdade jurídica - como bem o demonstrou Souto Maior Borges - não significa que a União e os Estados se confundem, mas, apenas, que suas atribuições, conquanto diversas, correspondem a feixes de competência postos em atuação mediante princípios e normas estatuídos na Lex Major. As diferenças entre eles não estão, repetimos, nos níveis hierárquicos que ocupam; estão, sim, nas competências distintas que receberam da própria Constituição."*<sup>348</sup>

Razão apresentada com consistência sobre a tal hierarquia é oriunda de Dalmo de Abreu Dallari, e consiste no seguinte: *"Se um governo puder determinar o que outro deve fazer, ou mesmo o que deve fazer em primeiro lugar, desaparecem todas as vantagens da organização federativa"*<sup>349</sup>.

Verificados os aspectos gerais quanto à autonomia e à soberania, cumpre verificar a repartição de competências e os limites aos entes federativos, para, posteriormente, aprofundar no exame destes aspectos no direito constitucional brasileiro.

<sup>347</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 176.

<sup>348</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 96.

<sup>349</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Ibidem*, p. 97.

**Repartição de competências.** No Estado Federal, seja recepcionada a compreensão de autonomia como “*a faculdade conferida ou reconhecida a uma entidade de criar as suas próprias normas*”, consoante enunciado anteriormente por ROCHA, seja na definição apresentada por SILVA, como “*a capacidade de agir dentro de círculo preestabelecido, (...) respeitados os princípios estabelecidos na Constituição*”<sup>350</sup>, a concepção de autonomia é indissociável da repartição de competências.

Mas, da mesma forma que se verifica a indissociabilidade entre autonomia do ente federado e repartição de competências, cumpre apresentar o conceito de competência. SILVA apresenta-o como: “*a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões*”<sup>351</sup>. Circunscrito ao poder juridicamente exercido, o autor apresenta, ainda conformação genérica do mesmo conceito: “*Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções*”<sup>352</sup>. A definição de competência apresentada por ROCHA está em consonância com as anteriores<sup>353</sup>.

SILVA cita que conforme Raul Machado Horta: “*A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa*”<sup>354</sup>.

Inclusive, a repartição de competências é, consoante apresentado por ROCHA, a garantia da autonomia das entidades federadas: “*A autonomia das entidades federadas é garantida pela existência de competências próprias e exclusivas, que podem ser postas ao lado de outras complementares ou comuns, mas que asseguram um espaço de criação de Direito por elas.*”<sup>355</sup>

Neste sentido, a repartição de competências está em perfeita ordem e sintonia ao que leciona BARACHO:

<sup>350</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 483.

<sup>351</sup> SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 477.

<sup>352</sup> SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, *idem*.

<sup>353</sup> “*Competência é a medida de capacidade de ação política ou administrativa, legitimamente conferida a um órgão, agente ou poder, nos termos juridicamente definidos.*” ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 181.

<sup>354</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 477.

<sup>355</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 181.

*“A existência da forma de Estado federal aparece pela reunião de três elementos (...): a) os poderes locais são dotados de personalidade e de competências distintas daquelas do poder central; b) uma ordem jurídica, que estrutura a regulamentação das competências entre os diversos poderes existentes; c) a ordem é estabelecida e assentada no pacto fundamental pela própria Constituição.”*<sup>356</sup>

Da mesma forma, segundo GROTTI: *“A repartição de competências constitui o núcleo da idéia de Federação. Por isso a preocupação maior de todos os que defendem a causa federalista está em encontrar um equilíbrio satisfatório nas relações federativas para possibilitar maior eficiência à ação governamental nos diferentes níveis de poder”*<sup>357</sup>.

Mas a competência, neste enfoque de faculdade ou atribuição de poder a entes federados é distribuída consoante modelos fornecidos pela teoria da Constituição, particularmente através das técnicas de repartição de competências. Os modelos existentes no plano comparativo teórico são três: primeiro, a Constituição enumera as competências da entidade nacional e atribui as demais competências (remanescentes) aos Estados-membros; segunda, a Constituição enumera as competências dos Estados-membros e as remanescentes são do ente nacional; terceira, a Constituição enumera a competência de todos os entes federativos<sup>358</sup>.

De qualquer forma, o estabelecimento ou repartição de competências entre os entes federados implica em limitação das respectivas esferas. Nesse sentido, CARRAZA afirma que: *“(...) Na federação (...) a autonomia dos governos estaduais está a salvo das incursões do Poder Legislativo federal. Dito por outro modo, as leis originárias da União não podem lanhar a autonomia dos Estados-membros, garantida pela própria Constituição Federal”*<sup>359</sup>.

<sup>356</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 52.

<sup>357</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Perspectivas para o Federalismo*.(146-165) IN BASTOS, Celso (Coordenador). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 152.

<sup>358</sup> Nesse sentido: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 182 e ss. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 51.

Acrescido de exemplos de países que adotam os modelos referidos: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 478.

<sup>359</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 91.

Tanto é assim que: *“As Constituições dos Estados-membros, no entanto, entram em vigor com total prescindência do aval, do placet, da União”*<sup>360</sup>.

Além disto: *“Os Estados-membros editam, também, suas próprias leis, que devem harmonizar-se com a Constituição Federada e com os princípios sensíveis da Constituição do Estado Federal (não com as leis da União)”*<sup>361</sup>. Da mesma forma, o autor refere que: *“(…) num Estado Federal, ao Legislativo da União é interdito amular, mutilar ou, mesmo, usurpar as competências estaduais que, repitamos, estão perfeitamente desenhadas na Constituição da República”*<sup>362</sup>.

Tanto a repartição de competências é importante que demonstra que inexiste hierarquia entre os entes federados: *“(…) O controle do exercício das competências legislativas determinadas pela Constituição, é por si mesmo matéria fundamentalmente constitucional e, por conseqüência, no Brasil, como na maior parte dos Estados federativos, é matéria da competência das Supremas Cortes federais ou, mais recentemente, das Cortes Constitucionais”*<sup>363</sup>.

Vertendo ao caso brasileiro, no mesmo sentido, quando discorre sobre a supremacia da Constituição Federal, após enunciado o valor da Constituição em sentido formal, SILVA enuncia que:

*“Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os governos dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.”*<sup>364</sup>

<sup>360</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 94.

<sup>361</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Ibidem*, *idem*.

<sup>362</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Ibidem*, p. 95.

<sup>363</sup> O autor faz referência a VALLADÃO, Haroldo. *A Influência das Estruturas Federalistas sobre a Fonte Legislativa do Direito*, Arquivos do Ministério da Justiça. Março, 1974, nº 129, pp. 29 e ss, In BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 72.

<sup>364</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 48.



**Caracterização do Estado federal.** Não olvidando a dificuldade de conceituar Estado Federal em face da dificuldade de encontrar elementos comuns ou características comuns, o que também é pontuado por CARRAZA quando estuda o Princípio Federativo <sup>365</sup>, este processo de definição ou caracterização é tornado mais difícil, além de contar com variantes particularizantes em cada Estado federal existente, pelo fato de o modelo federal inicial, ou seja, o paradigma adotado pelos Estados Unidos da América não ter variado e os demais Estados federais terem resultado de mutações ou adaptações necessárias ao atendimento de suas realidades e cumprimento de seus objetivos.

CARRAZA leciona que:

*“Logo, os que buscam um conceito definitivo, universal e inalterável de Federação supõem, erroneamente, que ela, aqui e alhures, tem forma única, geométrica, recortada de acordo com um molde inflexível. Para estes, os Estados só são federados quando se ajustam, como verdadeiras luvas, aos ‘arquétipos eternos’, cujas origens e conteúdos lutam por precisar. Mas, normalmente, são os Estados Unidos da América do Norte tomados pelos estudiosos como exemplo consumado de Federação.*

*“Olvidam-se de que a Federação é apenas uma forma de Estado, um sistema de composição de forças, interesses e objetivos que podem variar, no tempo e no espaço, de acordo com as características, as necessidades e os sentimentos de cada povo. É por isto (e não por outras razões) que a Federação norte-americana difere da Argentina; a venezuelana da austríaca; a mexicana da brasileira; e assim por diante. Debalde delas alguém conseguirá extrair todos os traços comuns.”* <sup>366</sup>

<sup>365</sup> Nesse sentido, o autor refere que:

*“Halina Zashtowt Sukiennicks, citada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, percebeu a inexistência de dois Estados Federais absolutamente idênticos e, por isso, escreveu: ‘Nenhum Estado se assemelha a outro, de tal forma que se possa dizer que os seus respectivos regimes sejam idênticos. Eles, quando muito, podem ser análogos. Para classificar um organismo estático nos quadros da noção Estado Federal, subsiste a mesma dificuldade. Os Estados que iniciaram o regime federativo, e que serviriam, portanto, de base para a elaboração das diversas teorias sobre a natureza jurídica do Estado Federal, são os únicos que nunca têm contestada a sua estrutura federal. O mesmo não se dá com os outros países, pois os seus regimes, embora modelados sobre os dos primeiros, deles sempre se afastaram e, muitas vezes, de maneira importante.’”*

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 83-84.

<sup>366</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Ibidem*, p. 84.

De qualquer forma, a caracterização do Estado Federal no plano teórico é apresentada pela doutrina de várias formas. CARRAZA apresenta a seguinte forma sucinta de caracterização de C.F. Strong, que indica como citação de Victor Nunes Leal:

*“(...) as Federações típicas possuem três características: 1) rigidez na Constituição, que pode ser absoluta (imutável) ou, hipótese mais freqüente, relativa (modificável, mas de forma mais trabalhosa do que as leis ordinárias); partilha, pelo texto constitucional, das competências federal e estaduais; e 3) existência de um poder supremo - geralmente a Suprema Corte do País - para resolver, com base na Constituição Federal, as controvérsias que vierem a surgir entre os Estados Federados ou entre estes e a União.”*<sup>367</sup>

BARACHO, sob o designativo Estrutura Federal, após vários levantamentos e destacar a dificuldade de fornecer alguma caracterização absoluta, apresenta as seguintes características genéricas de federalismo:

*“1 - A federação é uma técnica para dividir, sem romper, a soberania entre os Estados-membros;*

*“2 - É uma união que expressa a vontade de um conjunto de soberanos;*

*“3 - Forma de participação de províncias autônomas, na formação da vontade geral;*

*“4 - O Estado central é o único soberano, dentro do qual atuam sessões com autoridades próprias;*

*“5 - Os membros são círculos normativos de validade espacial diferente, com unidade na Constituição, da qual são delegados;*

*“6 - Sistema de relações de autoridade entre governos locais e federais que não são modificáveis senão com o consentimento de ambos os grupos;*

*“7 - Trata-se de concepção do ideal de autogoverno, que consagra autonomia constitucional e legislativa às partes, assim como a intervenção nos assuntos comuns.”*<sup>368</sup>

SOARES, também apresenta características designadas como intrínsecas da federação:

*“As características jurídicas intrínsecas da federação são:*

*“1 - existência de uma Constituição rígida. Onde as competências entre a União, Estados e Municípios estarão claramente delimitadas. A União tem competências expressas e, aos*

<sup>367</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 92.

<sup>368</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 55-56.

*Estados e Municípios as demais competências, implícitas ou residuais.*

“2 - poder constituinte próprio nos Estados. *Cada Estado terá sua Constituição que o estrutura e o organiza, sem dependência da Constituição federal; que somente delimita a competência dos Estados e Municípios;*

“3 - deverá ter seu próprio território. *Não se coaduna Estado sem território que abrigue seu povo, e onde se exerceite seu domínio eminente (...);*

“4 - existência de um povo próprio.

“5 - os poderes do Estado derivam de sua Constituição. *Subunindo-se à repartição de competências previstas na Constituição Federal.*

“7 - a vontade do povo. *Deverá ser representada proporcionalmente a cada Estado no órgão legislativo da União (Congresso Nacional) (...)*

“8 - a supremacia da Constituição. *Deverá ser assegurada através de uma Corte constitucional. Entre estados e Municípios e entre estes e a União deverá existir igualdade. Servirá essa Corte para que num possível conflito entre esses entes, não exista desequilíbrio de julgamento.*”<sup>369</sup>

Todas as características apresentadas, mesmo variando a quantidade ou conteúdo de um autor para outro, tem em comum a função de detalhar os complexos elementos que circunscrevem a federação, não por um conceito simples, pelo contrário, pela complexa reunião daqueles elementos apresentados como características.

Mas, de todo o exposto sobre a federação em plano teórico, ficam as seguintes considerações que refletem na concepção teórica do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, influem na composição de um determinado ordenamento jurídico: a) não há um conceito unívoco de federação, variando esta forma consoante as peculiaridades de cada Estado; b) mas na concepção de federação existem duas idéias nucleares, a composição por pessoas políticas (produtoras de normas, geralmente designadas como entes federativos) e a autonomia destas pessoas (geralmente compreendida através da descentralização e da repartição de competências); c) os entes federativos não têm hierarquia uns sobre outros; d) o

<sup>369</sup> SOARES, Esther Bueno. *União, Estados e Municípios*. IN BASTOS, Celso (Coordenador). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 78-79.  
Em sentido similar: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 289.

poder de edição de normas jurídicas gerais é definido e delimitado por uma Constituição federal.

Por fim, na explanação sobre o Estado federal, os autores, de regra, não abordam a concepção da unidade do poder legislativo (aspecto funcional), ou dos atos desse poder (elaboração de normas), logo, não examinam o ordenamento jurídico ou seus elementos unidade, coerência e completude. Pelo contrário, todos referem sobre a hierarquia de normas e, em muitos casos, sobre a concepção kelseniana de que a federação estabelece ordens jurídicas parciais, como se em um Estado unitário inexistissem ordens jurídicas parciais.

Todavia, é pacífico e incontestado a construção escalonada do ordenamento jurídico, mas a hierarquização entre normas dos entes federados ainda não pode ser abordada sem o exame da federação e alguns outros aspectos pertinentes presentes na Constituição brasileira de 1988. Assim, no segmento seguinte, serão abordados estes elementos para, posteriormente, comparar o ordenamento jurídico teorizado com a estrutura normativa presente na Constituição Federal de 1988.

### **3.3 A FEDERAÇÃO BRASILEIRA: AS PESSOAS POLÍTICAS E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS**

Examinados, em linhas gerais, alguns tópicos teóricos sobre o Estado Federal, adentrar-se-á no exame daqueles aspectos pertinentes à Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Por óbvio, aplica-se ao Estado Federal brasileiro a quase totalidade dos institutos versados como elementos teóricos da federação. Da mesma forma, alguma referência sobre o Estado Federal brasileiro já foi realizada. Mas, em linhas gerais, o que há de particular será apresentado a seguir.

**Nome e composição.** Inicialmente, duas caracterizações da República Federativa do Brasil, nome do Estado Federal brasileiro, estão contidas no art. 1º da Constituição de 1988. A primeira é a formação; a segunda, a soberania. Quanto ao designativo, cumpre observar que a locução *República Federativa do Brasil* é o nome jurídico do Estado brasileiro. É formado pelas características pertinentes à forma de governo, república, e à forma de Estado, federação,

adicionado o nome particular. É relevante tal nome na medida que identifica o Estado brasileiro diretamente como Federação.

No que diz respeito à formação, consoante o *caput* do art. 1º, “*a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal*”.

Já de início, a interpretação deste dispositivo da Constituição é divergente quanto ao aspecto da *união indissolúvel*, se se está a referir, com esta expressão a pessoa jurídica União, ou se o conteúdo é o vínculo de unidade indissolúvel entre os componentes ali referidos<sup>370</sup>.

A compreensão que o dispositivo se refira à pessoa jurídica União parece sem consistência porque: a) não é objeto deste dispositivo a organização do Estado, que é objeto do art. 18 e ss, mas sim à formação adjetivada como indissolúvel, do Estado denominado de República Federativa do Brasil; b) a utilização da União, pessoa jurídica, em substituição à característica união, adjetivada como indissolúvel, permitiria constatá-lo como sem nexos, pois não há como a pessoa jurídica União ser caracterizada "indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal", que é uma contradição nos próprios termos.

Este aspecto é relevante ao tema na medida que remete a organização do Estado ao art. 18, excluindo o dispositivo do art. 1º da organização, resguardando o atributo de unidade indissolúvel desse dispositivo e, por conseguinte, definindo a atribuição da soberania à federação, e não à União, aos Estados-membros ou Municípios.

**Soberania e pessoas políticas.** Como princípio fundamental contido na Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, a soberania. Esta prescrição está expressa no art. 1º, inciso I. Assim, a soberania é fundamento da República Federativa do Brasil.

Sobre qual forma, a de governo ou a de Estado, está consubstanciada a soberania? Ora, sendo, doutrinariamente, firmada posição que a soberania é um atributo ou qualidade do poder estatal, somente pode referir-se ao Estado, qualquer que seja a sua forma. Assim, o Estado federal é quem detém a soberania. Assim, a soberania não é isoladamente da União, dos

---

<sup>370</sup> É nesse sentido que ROCHA assevera: “Conquanto no art. 1º não se tenha, expressa referência à pessoa política União, mas à palavra “união” como qualidade do vínculo agregador das entidades federadas, ela se apresenta, inequivocamente, por ser a pessoa que realiza, concretiza e manifesta esse elo constitucional e o assegura de maneira incontornável”. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 237.

Estados-membros, dos municípios ou do Distrito Federal, mas da federação ou do Estado Federal.

Todavia, para a correta verificação deste aspecto, cumpre ressaltar que a soberania somente será percebida após o exame da composição da federação brasileira, ou seja, do elucidado do conteúdo do art. 18 da Constituição Federal, da definição das pessoas políticas do Estado Federal brasileiro.

Sob o Título ‘Da Organização do Estado’, a Constituição de 88 prescreve no *caput* do art. 18 que “*A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição*”.

A organização político-administrativa diz respeito à composição por entes produtores de normas jurídicas (política) e com capacidade de autogestão ou gestão própria (administração), e, pela conjugação destes aspectos, de uma auto organização.

Assim, a organização do Estado é estabelecida na sua composição constitucional. São componentes do Estado Federal brasileiro: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

O que identifica estes componentes é que são pessoas jurídicas de direito público, designados como entes da federação ou entes federativos, têm limites de atuação positivos e negativos prescritos na Constituição e são todos autônomos, ou seja, cada um detém uma reserva que lhe é própria ou peculiar, designada como autonomia constitucional, sendo inadmissível a invasão desta esfera sob pena de violação da autonomia constitucional.

Dizer que os entes da federação são pessoas jurídicas de direito público interno não é o mesmo que referir que são pessoas políticas. As pessoas políticas têm o dever de produção de normas jurídicas gerais e abstratas através de órgão especialmente constituído para tanto. Este órgão tem composição por representantes eleitos pelo povo e produz normas mediante a observância de um processo legislativo. Justamente, o que caracteriza os entes federativos é que são pessoas políticas, isto é podem editar normas jurídicas gerais através de seus órgãos constituídos para tanto.

Dizer pessoa jurídica de direito público interno é descrever um sujeito de direitos e deveres, que é passível de acionar e ser acionada judicialmente em virtude do adimplemento de seus direitos e deveres. Além das pessoas políticas, as autarquias são pessoas jurídicas de

direito público interno <sup>371</sup>, todavia, não têm órgão constituído por representação popular para editar normas gerais.

Mesmo como pessoa jurídica ou pessoa política é impossível prever ou realizar alguma atuação, aleatoriamente, sem que haja uma organização interna. Esta repartição interna com vista ao exercício de atribuições específicas é estabelecida através de órgãos, ou seja, através da aplicação da teoria da separação de poderes de Montesquieu, pela qual, consoante verificado, um conjunto de atribuições é designado a cada órgão que, em virtude dessas atribuições, limitam-se mutuamente.

Assim, pessoa política é a pessoa jurídica de direito público interno que tem em sua organização um órgão especialmente constituído com a atribuição específica de produzir normas jurídicas gerais e abstratas por meio de um processo de produção normativa que é promovido através de representantes eleitos pelo povo.

Por esta descrição, pode-se seguramente asseverar que o Estado Federal designado como República Federativa do Brasil não é pessoa jurídica de direito público interno e nem pode ser definida no âmbito interno como simplesmente pessoa jurídica de direito público. Embora na literatura jurídica comumente seja designado o Estado brasileiro como pessoa jurídica de direito público, constata-se inadequada tal referência em relação à personalização política, à produção normativa e, nesse aspecto, é incorreta qualquer referência sobre a produção normativa das pessoas políticas partindo da unidade do Estado designada República Federativa do Brasil, como se tal Estado fosse pessoa jurídica de direito público e pessoa política.

Assim visto, antes de verificar outras instituições do federalismo brasileiro, é relevante voltar ao aspecto da soberania e definir a composição da federação brasileira na visão da doutrina jurídica.

Corretamente, alguns autores compreendem que nem a União nem os Estados membros são soberanos: *“Na federação brasileira, os Estados-membros e a União não são*

---

<sup>371</sup> Todavia, existe tendência crescente e irreversível de algumas autarquias e outras instituições editarem normas gerais na forma de resoluções, equiparadas aos decretos ou regulamentos emitidos pelo Presidente da República, evidentemente, resguardadas as competências. De outro modo, as Agências Nacionais, criadas para tentar adaptar o Estado à evolução científico-tecnológica, seriam inúteis. Dessa forma, as agências de telecomunicações, de energia elétrica, de águas, o Banco Central, as corporações de classes como a OAB e alguns Conselhos como o CONTRAN, Conselho Nacional de Trânsito, e a Fundação ou Conselho Nacional de Saúde, etc. Este aspecto decorre ou da grande especialização de matérias normatizáveis ou da falência do sistema de regulador através de órgãos legislativos, ou de ambos. Este aspecto é além de pertinente ao tema, um dos fundamentos deste estudo, consoante verificar-se-á no próximo segmento.

*soberanos, mas são reciprocamente autônomos. Quem é soberano é o Estado Federado, de acordo com a Constituição*”<sup>372</sup>.

Tanto é assim que esta proposição ao tema tem pertinência direta na expressão política da soberania, particularmente, de dizer o direito, de produzir normas.

Do mesmo modo, não é à toa que SILVA apresenta que, em decorrência da supremacia da Constituição: *“Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os governos dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental*”<sup>373</sup>.

Da mesma forma, BARACHO, quando apresenta as características gerais da federação, menciona a divisão da soberania entre os Estados-membros<sup>374</sup> ou acresce sobre a personalidade internacional da federação: *“Schmitt apresenta algumas conseqüências decorrentes dos conceitos fundamentais da Teoria constitucional da Federação, quando conclui que: (...) Toda federação é sujeito de Direito Internacional e de Direito Político*”<sup>375</sup>.

Quando aborda a estrutura federal brasileira, BASTOS afirma que: *“Uma das características do Estado federal é ele possuir uma dupla face: em certos aspectos ele se apresenta como um Estado unitário e, em outros, aparece como um agrupamento de coletividades descentralizadas*”<sup>376</sup>.

E assim, é reintroduzido o tema da ambivalência das instituições jurídico-políticas, particularmente, da União, que assume uma feição no plano interno e outra no plano internacional. Assim, o autor assevera que: *“De fato, quando a União mantém relações com Estados estrangeiros, participa de organizações internacionais, declara guerra e faz a paz, está representando a totalidade do Estado brasileiro. Está agindo como se o Brasil fosse um Estado unitário*”<sup>377</sup>.

Ou seja, é o mesmo que dizer: *“Diante do Estado estrangeiro, a União exerce a soberania do Estado brasileiro, fazendo valer os seus direitos e assumindo todas as suas obrigações*”<sup>378</sup>. Dessa forma, *“(...) os países estrangeiros não reconhecem nos Estados-*

<sup>372</sup> SOARES, Esther Bueno. Op. cit., p. 78. Esta posição está correta porque a Federação nada mais é que a conjugação das pessoas políticas.

<sup>373</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 48.

<sup>374</sup> Nesse sentido, a primeira característica é: *“A federação é uma técnica para dividir, sem romper, a soberania entre os Estados-membros (...)”* In BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 55-56.

<sup>375</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Ibidem*, p. 33.

<sup>376</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 296.

<sup>377</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 296.

<sup>378</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, *idem*.



*membros e Municípios personalidades de direito internacional. São, tão-somente, pessoas jurídicas de direito público do Brasil*<sup>379</sup>.

Isto significa que:

*“Internamente, a União atua como uma das pessoas jurídicas de direito público que compõem a Federação. Vale dizer: exerce em nome próprio a parcela de competência que lhe é atribuída pela Constituição. Por isso mesmo, no âmbito interno, a União é apenas autônoma, como são autônomos os Estados-Membros e os Municípios, cada qual, dentro de sua área de competência”*<sup>380</sup>.

Com a mesma substância, quando ROCHA diz que o princípio federativo compõe-se do sub-princípio da *participação dos entes na formação da vontade nacional*<sup>381</sup>, nada mais faz que confirmar o disposto no inciso I do art. 49 da Constituição Federal<sup>382</sup>, que a expressão internacional têm a participação da vontade dos Estados-membros por intermédio de seus representantes eleitos para tanto.

Esta secção estabelecida entre a soberania e a autonomia relaciona-se diretamente com a descentralização e a expressão mais característica da soberania, a produção de normas. É neste sentido que ROCHA expõe a autonomia através do conceito de descentralização, na sua forma de expressão política plural:

*“O que marca, pois, o conceito de descentralização é a idéia de uma estrutura plural de exercício do poder político, o que conduz a uma ordem jurídica única, mas pluralista, vez que a manifestação política no Estado se dá por excelência, pela capacidade para criar o Direito e organizar as instituições políticas segundo o sistema jurídico positivado. Assim, a descentralização política define uma pluralidade de ordens jurídicas ordenando-se e coordenando-se numa estrutura total, conformada por ordens jurídicas parciais acopladas harmoniosas e complementarmente.”*<sup>383</sup>

Assim, parece correto afirmar, sem sombra de dúvida, que a soberania brasileira é atribuída aos entes federativos, ou seja, às pessoas políticas prescritas na Constituição Federal. Senão porque a Constituição assim define do art. 1º combinado com o art. 18, *caput*, porque a

<sup>379</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 296.

<sup>380</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 296-297.

<sup>381</sup> Nesse sentido: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 173, consoante citado anteriormente.

<sup>382</sup> “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;..”

<sup>383</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 166.

soberania é a capacidade de dizer o direito internamente, logo, consoante a Constituição, quem diz o direito internamente são os entes da Federação brasileira <sup>384</sup>

**O Município e a descentralização ou delimitação territorial na Federação brasileira.** Consoante verificado anteriormente, cada federação detém características próprias e, nesse sentido, a Federação brasileira apresenta como característica também singular a inserção do Município como pessoa política. Assim o afirmam SOARES: “*A Constituição de 1988 deu ao Município situação jurídica de membro integrante da federação*” <sup>385</sup>, e ROCHA:

*“A Federação passa a ser concebida, expressamente, como uma unidade composta de três ordens políticas (o Distrito Federal definido como situação específica e singular). Nela se inclui o Município, sobre cuja natureza sempre se discutiu no Direito Constitucional brasileiro e que, a partir da Lei Fundamental de 1988, deixa de ser objeto de questionamento quanto à sua condição de elemento da Federação em seu modelo nacional.”* <sup>386</sup>

Por este motivo, parece incompleta a observação de CARRAZA sobre a inexistência de hierarquia entre os entes federados, pois inexiste hierarquia entre quaisquer deles, União, Estados-membros e Municípios <sup>387</sup>.

E, ainda na concepção de autonomia dos municípios, estes também estabelecem uma ordem jurídica. Tanto é assim que algumas capitais têm porte maior que vários Estados-membros da Federação, aliás, a complexidade que neles se verifica é sintetizada por SOARES: “*Alguns Municípios são verdadeiros mini-Estados dentro do Estado-membro. (...) Podemos, no entanto, indagar se o município com seu gigantismo, patente em algumas capitais estaduais, que possuem regiões altamente urbanizadas, ser dimensionado igualmente em todo território nacional*” <sup>388</sup>.

<sup>384</sup> Entretanto, cumpre ressaltar que o fato de os Municípios não terem representantes no Congresso Nacional, ou seja, no órgão legiferante federal, não reduz sua capacidade de dizer internamente o direito na matéria que lhe é prescrita com exclusividade pela Constituição. Pelo contrário, a parcela da soberania reservada ao Município além de definida constitucionalmente, destaca que este ente é componente *sui generis* da federação, ou, de outra forma, que a federação brasileira é *sui generis* à normal caracterização federativa. Destarte, o Município, componente da federação brasileira, além de não ter representantes na formação da vontade geral ou federativa, tem a possibilidade de legislar sobre quaisquer assuntos de interesse local, independente dos demais entes federativos.

<sup>385</sup> SOARES, Esther Bueno. *União, Estados e Municípios*. IN BASTOS, Celso (Coordenador). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 85

<sup>386</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 237.

<sup>387</sup> O autor afirma que: “*Vimos que o Brasil é um Estado Federal, em que a União e os Estados Membros ocupam, juridicamente, o mesmo plano hierárquico.*” In CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 96.

<sup>388</sup> SOARES, Esther Bueno. *Op. cit.*, p. 85.

Não é por outra razão que a autora afirma que: *“Temos que repensar a União - Estados e Municípios dentro de suas realidades, descentralizados, autônomos, competentes, conforme previsão constitucional. Para funcionamento total do Estado, cada ente federado e descentralizado deverá ter total responsabilidade da sua competência”*<sup>389</sup>.

E esta assertiva está correta na medida em que uma das ordens jurídicas componentes do Estado Federal, conforme logo ver-se-á, é a estabelecida pelos Municípios e, do mesmo modo, quando se diz descentralização ou delimitação territorial também está incluso este ente.

Destarte, a caracterização do Estado Federal brasileiro, tal qual em qualquer outra federação, geralmente é designada no estabelecimento de esferas políticas, ou seja, na formação de pessoas políticas com autonomia, entes que, por previsão constitucional, podem produzir normas jurídicas por órgãos específicos e próprios para esta finalidade, compostos, tais órgãos, por representantes eleitos pelos cidadãos.

Estas pessoas políticas ou entes federados detém, constitucionalmente, uma autonomia na produção de normas, o que significa dizer que constitucionalmente lhes é assegurada uma parcela de poder normativo em que não pode haver invasão por outra esfera sem que seja contrariada a Constituição e isso é importante não só na medida que se produza o direito legislado, mas também no modo que se lhe aplique judicial ou administrativamente.

Na literatura jurídica é comum encontrar referência sobre dois aspectos do Estado federal: primeiro, que quando a Constituição estabelece da produção de normas para os entes da federação, refere-se a uma descentralização territorial; segundo, que esta descentralização territorial é percebida como o estabelecimento de várias ordens ou ordenamentos jurídicos, comumente designadas "ordens jurídicas parciais".

Embora já verificado na obra de Kelsen, BARACHO sintetiza a teoria da escola vienense: *“A teoria de Hans Kelsen (...) imagina a existência de três ordens jurídicas diferentes no Estado federal”*<sup>390</sup>, que se firma também sobre o aspecto da federação como forma avançada de descentralização: *“A teoria da descentralização de Kelsen, além dos seus aspectos de originalidade, tem o grande mérito de insistir na importância da idéia da descentralização para a construção jurídica do Estado federal”*<sup>391</sup>.

---

<sup>389</sup> SOARES, Esther Bueno. *União, Estados e Municípios*. IN BASTOS, Celso (Coordenador). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 94 (77-95).

<sup>390</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 41.

<sup>391</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Ibidem*, p. 43.

Todavia, mesmo considerando tais ordens parciais, fenômeno interno, é inolvidável a observação de CARRAZA: *“Não padece dúvida de que estas ordens jurídicas possuem campos de atuação perfeitamente traçados pela Lei máxima, de tal arte que em nenhuma hipótese interferem umas com as outras. Nem, muito menos, atritam”*<sup>392</sup>.

O fato da existência de vários entes com a possibilidade de produção normativa, pessoas políticas, antes de descentralização é a normal expressão da federação, ou seja, uma pluralidade de instituições com expressão política.

Descentralização parte da pressuposição de que um determinado ente detém o poder e transfere-o aos demais, ou seja, des-centraliza, transfere do centro aos demais. Em verdade, o que ocorre na federação é que são originariamente postos vários centros políticos, todos exclusivos em seu âmbito de atuação. Todavia, se for examinada a federação originária, a norte americana<sup>393</sup>, constatar-se-á que inexistiu descentralização, pelo contrário, os Estados-membros criaram um ente e centralizaram atribuições nesse ente, cuja principal função era e é preservar a unidade e a integralidade da federação, não a integralidade do ente União, o que ocorre reflexamente.

**A competência legislativa repartida.** Mas, no estabelecimento de um estado federal há de ser obrigatoriamente delimitado o poder de cada pessoa política. A delimitação de poder é designada juridicamente como ‘competência’. A delimitação do poder de produzir normas jurídicas por um órgão legislativo é designada competência legislativa, aspecto essencial da autonomia: *“A autonomia das entidades federadas é garantida pela existência de competências próprias e exclusivas, que podem ser postas ao lado de outras complementares ou comuns, mas que asseguram um espaço de criação de Direito por elas”*<sup>394</sup>.

Ou, no dizer de ALMEIDA: *“Além de partilhar entre os diversos entes federativos certas competências exclusivas, que cada um exerce sem participação dos demais, o constituinte demarcou uma área de competências exercitáveis conjuntamente, em parceria, pelos integrantes da Federação, segundo regras preestabelecidas”*<sup>395</sup>.

<sup>392</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95.

<sup>393</sup> Sobre um breve histórico da formação de federações, no que diz respeito ao aspecto da descentralização com formação de ordens parciais, ocorrido na instauração da Federação brasileira, e centralização com preservação de ordens parciais, consoante modelo adotado pelos Estados Unidos, foi verificado anteriormente.

<sup>394</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 181.

<sup>395</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 139.

Na Constituição Federal estabelece a repartição de competência legislativa através das técnicas de repartição de competência horizontal e vertical.

**Repartição horizontal.** A técnica adotada na Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece expressamente a matéria que pode ser objeto de produção legislativa da União, através de uma discriminação da sua competência legislativa privativa, consoante exposto na Constituição, geralmente citado pela doutrina constitucional como constante no art. 22, 48, 49 e 61, § 1º, definindo, por conseguinte, a competência municipal como "legislar sobre assuntos de interesse local", a designação expressa no art. 30, I, e, por derradeiro, delimitando a competência dos Estados-membros como remanescente ou residual, conforme o art. 25, § 1º

396

No mesmo sentido, CARRAZA, acrescentando as competências de atuação e tributária à legislativa, assevera que no Estado Federal brasileiro: "*o texto constitucional é rígido (art. 60), discriminou as competências federais (arts. 21, 22 e 153) e estaduais (art. 25 e 155) e previu uma Corte Suprema, para dirimir eventuais conflitos entre os Estados federados e entre estes e a União (art. 102, I, f)*"<sup>397</sup>.

Da mesma forma, GRASSO ensina que:

*"Quanto aos elementos tipificadores de um regime federativo podemos encontrá-los, basicamente nos arts. 22 e 25, § 1º, da Constituição que estabelece a descentralização política, nos arts. 45 e 46, que dispõe sobre a representação das ordens jurídicas centrais e parciais, ainda no art. 25, auto organização dos Estados-membros e, no que diz respeito à rigidez constitucional, no art. 60"*<sup>398</sup>.

Essa competência legislativa é própria de cada ente, sendo, assim, designada como repartição horizontal de competências, ou seja, a distribuição política em estrita igualdade entre os entes federais, em que cada qual detém parcela específica de poder que não pode ser invadida pelos demais por exclusão. Neste sentido:

*"A repartição de competências, na Constituição brasileira é realizada horizontalmente, ao serem enumeradas expressamente as competências da União e Municípios, e aos Estados as remanescentes, isto é, as competências que não tenham sido atribuídas expressa ou implicitamente à União e Municípios e as não*

<sup>396</sup> "São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição."

<sup>397</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 92.

<sup>398</sup> GRASSO, Marlene Savóia. *O Sistema Federativo*. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, abril/junho, p. 60.

*vedadas pela Constituição. Na partilha horizontal, não há possibilidade que um poder invada a esfera do outro.”*<sup>399</sup>

(...)

*“A repartição horizontal separa totalmente os entes federativos, atribuindo a cada um deles matéria a ele reservada, isto é, a matéria poderá ser concorrente entre eles mas em nível diferente a cada ente federado. Trata-se de competências concorrentes ou reservadas.”*<sup>400</sup>

É ROCHA quem também elucida a normal compreensão da doutrina constitucional sobre este aspecto ao referir-se à técnica da repartição horizontal com as expressões correntemente usadas: competências exclusiva e privativa. A autora cita que:

*“As competências exclusivas e as privativas das entidades federadas traçam a esfera de autonomia de cada qual. Distinguem-se entre si porque a exclusividade de sua definição constitucional importa elisão de participação de qualquer outra entidade federal em seu desempenho, mesmo que para tanto aquiescesse a pessoa inicialmente afirmada pela Lei Fundamental. São, pois, tarefas que não podem ser repassadas, mediante delegação ou renúncia, em seu cometimento ou responsabilidade a outra entidade federada. As competências privativas são as que se exercem pelas respectivas entidades para o atendimento de desempenho que lhe é próprio, mas permitem delegação, e seu objeto é sempre matéria de função normativa.”*<sup>401</sup>

Indicando os dispositivos constitucionais de competências exclusivas e privativas da União, arts. 21 e 22, a autora explica, ainda, que tanto a: as exclusivas como as privativas: *“podem ser enumeradas ou definidas sem uma descrição formal exaustiva expressa na lista. Significa, pois, que essa definição pode ser explícita ou implícita. As competências enumeradas são aquelas expressamente listadas e conferidas a uma determinada entidade”*<sup>402</sup>.

Do conteúdo dos dispositivos constitucionais referidos, arts. 21 e 22, ROCHA extrai importante distinção sobre competência ao distinguir competências nacionais e federais. A autora assim se expressa:

<sup>399</sup> SOARES, Esther Bueno. *União, Estados e Municípios*. IN BASTOS, Celso (Coordenador). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 81-82.

<sup>400</sup> SOARES, Esther Bueno. *Ibidem*, p. 84.

<sup>401</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 239.

<sup>402</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ibidem*, *idem*.

*“(...) se têm tanto as competências nacionais quanto às federais, aquelas significando a ação governamental legislativa, executiva ou judicial que se determine para o Estado brasileiro, considerando em sua unidade soberana, e essas referindo-se à atuação da pessoa política União como uma das entidades autônomas no âmbito específico de alguns serviços e atribuições, atuando ao lado das demais pessoas igualmente autônomas e com espaços e competências reservadas.”*<sup>403</sup>

Sobre este aspecto das competências nacionais e federais ver-se-á no Capítulo seguinte, cujo objeto consiste no exame das espécies de normas previstas na Constituição Federal.

Por fim, o último aspecto de relevo sobre a repartição horizontal de competências diz respeito à delegação admitida à competência privativa. Consoante o art. 22 da Constituição, as competências legislativas da União ali contidas são privativas e, na forma do seu parágrafo único, podem ser delegáveis aos Estados-membros. Cumpre destacar que: *“A delegação legislativa, tratada no art. 22, parágrafo único, da Constituição da República, não tem antecedentes nos sistemas federais instituídos em séculos passados ou mesmo em momentos mais remotos do atual”*<sup>404</sup>.

Mesmo sem antecedentes, convém observar que, ao que se percebe do dizer de ROCHA, a regra constitucional adotada é a da indelegabilidade, assim expressa:

*“(...) tanto a repartição orgânica de competências, corolário identificador da adoção do princípio da separação de poderes, quanto essa que se põe relativamente às pessoas políticas nos Estados que acolhem a forma federativa, têm como elemento de identificação a indelegabilidade das funções atribuídas a cada qual dos poderes ou a cada uma das entidades federadas. É a exclusividade da titularidade de competências acometidas a uns e outros que fundamenta a autonomia tanto daqueles órgãos quanto dessas pessoas.”*<sup>405</sup>

A expressão adotada na Constituição define o objeto da delegação como *‘questões específicas das matérias relacionadas neste artigo’*.

Consoante ROCHA, questões específicas são: *“aquelas que não traduzem a essência do instituto ou da ‘matéria’ cuidada pelo legislador, vale dizer, aquelas que podem ser consideradas como devendo ou podendo receber tratamento diferenciado segundo as*

<sup>403</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 239-240.

<sup>404</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 240.

<sup>405</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 240-241.

*peculiaridades de cada qual dos Estados-membros da Federação”*<sup>406</sup>. A autora apresenta, ainda, a seguinte observação: “(...) *Note-se que se a União não tiver legislado sobre as matérias tratadas no artigo em pauta, não há como se ter pontos delas que possam ser considerados ‘questões específicas’, pelo que a delegação não pode ocorrer, por carecer a entidade delegante do pressuposto da definição do objeto”*<sup>407</sup>.

Como exemplo desta exposição, não adotando a regra, mas sim estranha exceção, considerando que expressa o inciso XI do art. 22 da Constituição, pelo qual compete privativamente à União legislar sobre *trânsito*, e, consoante o parágrafo único, que *lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo*, verifica-se a possibilidade de os Estados-membros legislarem sobre trânsito. Quanto à ausência da espécie normativa adequada, será abordada no Capítulo seguinte.

**Repartição vertical ou competência concorrente.** Cumpre, ainda, salientar que a repartição de competências não se esgota na designação de competências legislativas privativas ou exclusivas, ou seja, nas competências em que só um ente pode produzir normas sobre determinada matéria. Trata-se da repartição vertical, assim elucidada por SOARES: “*A repartição vertical divide a mesma ‘matéria’ entre os entes federativos. A matéria é atribuída concorrentemente entre os entes, mas, em diferentes níveis. São as competências concorrentes”*<sup>408</sup>.

A repartição vertical de competências é estabelecida na Constituição Federal de 1988 e ALMEIDA, diz que:

*“(...) no art. 24 figura a competência legislativa concorrente mediante a qual União, Estados e Distrito Federal podem legislar sobre as matérias que o dispositivo arrola, observado o disposto em seus quatro parágrafos. Embora o art. 24 não indique os Municípios entre os titulares da competência legislativa concorrente, não ficaram eles dela alijados. Deslocada, no inciso II do artigo 30, consta a*

<sup>406</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 242.

<sup>407</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 243.

<sup>408</sup> SOARES, Esther Bueno. *União, Estados e Municípios*. IN BASTOS, Celso (Coordenador). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 84.



*competência dos Municípios de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.”*<sup>409</sup>

ALMEIDA ensina, ainda, que na partilha vertical de competências “o constituinte demarcou uma área de competências exercitáveis conjuntamente, em parceria, pelos integrantes da Federação”, e que a designação competência concorrente é “assim tradicionalmente denominada porque, relativamente a uma só matéria, concorre a competência de mais de um ente político”<sup>410</sup>.

ROCHA explica que este aspecto é resultante do “acolhimento do modelo do federalismo de equilíbrio”<sup>411</sup>.

ALMEIDA elogia este avanço no seguinte modo:

*“Quanto às competências legislativa concorrentes, onde inegavelmente se registra o maior avanço e em termos de participação das ordens gerais periféricas, não se pode esquecer, no entanto, que os contornos gerais, princípios e diretrizes da ação legiferante serão postos pela União. Vale dizer, ocorrerá também aí uma centralização normativa, ainda que apenas no campo das normas gerais, um campo restrito, mas difícil de se demarcar conceitualmente, decorrendo disto a tão conhecida dificuldade de se conter a União nos limites que lhe impõe, na espécie, a repartição vertical de competências.”*<sup>412</sup>

Desta forma, consoante a ROCHA: “A competência concorrente é, formal e expressamente, conferida pela Lei Fundamental da República à União, aos Estados-membros e ao Distrito Federal (art. 24, caput)”<sup>413</sup>.

Nestes termos, dizer competência legislativa concorrente, é referir que a União estabelece normas gerais e, no expressar de ROCHA:

*“(...) o exercício da competência concorrente pelo Estado-membro aperfeiçoa-se pela suplementação da matéria cuidada, em sua generalidade, pela União. (...) Pela suplementação do quanto estabelecido na generalidade da legislação nacional, por meio de ‘normas gerais’, se acrescentam, pois, pontos que não são objeto de*

<sup>409</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 80.

<sup>410</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Ibidem*, *idem*.

<sup>411</sup> Nesse sentido: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 185.

<sup>412</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 174.

<sup>413</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 245.

*tratamento uniforme para o Estado nacional por atenderem a interesses predominantemente estaduais ou locais (...)"*<sup>414</sup>

Nesse sentido, convém reforçar que, consoante a doutrina, os Municípios não estão simplesmente excluídos desta previsão por expressa disposição constitucional:

*"É de se notar que, formalmente, se tem excluída a competência concorrente de Municípios por essa norma, embora estes sejam entidades da Federação brasileira, por força do disposto no art. 1º da Constituição. Entretanto, materialmente, a competência concorrente dos Municípios é posta, transversalmente, pela determinação contida no art. 30, II, da mesma Lei Maior."*<sup>415</sup>

Quanto à distinção entre delegação de competência privativa da União aos Estados, art. 22, parágrafo único, e competência concorrente, art. 24, dois aspectos sobressaem. Primeiro, na competência privativa a União pode esgotar a matéria ou pode não esgotá-la e transferir alguma parcela da matéria, questões específicas aos Estados, ou, ainda, não esgotá-la e não transferir aos Estados-membros; Já na competência concorrente, a União somente pode estabelecer normas gerais, sendo-lhe vedado o exaurimento da matéria além do estabelecimento de normas gerais. Segundo, na competência privativa, a União pode impedir o exercício da competência legislativa na matéria não delegada. Entretanto, na competência concorrente, lhe é vedado o exercício da competência que cabe aos Estados<sup>416</sup>.

De qualquer forma, consoante a doutrina constitucional, o que prevalece para a adoção e definição dos critérios enfocados é a prevalência de interesses, consoante expressa SOARES: *"Diversos critérios são enfocados, mas, em linhas gerais, subentende-se que existem predominância de assuntos gerais e nacionais à União e regionais ou locais aos Estados e Municípios"*.<sup>417</sup>

Como não poderia deixar de ser, o sistema de repartição de competências legislativa ou concorrente adotado na Constituição Federal de 1988 é inspirado em modelo estrangeiro. ALMEIDA apresenta as fontes mais próximas de inspiração:

<sup>414</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 246.

<sup>415</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 245.

<sup>416</sup> Nesse sentido: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 244.

<sup>417</sup> SOARES, Esther Bueno. *União, Estados e Municípios*. IN BASTOS, Celso (Coordenador). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 81.

*“Mas o sistema de partilha de competências, como um todo, mais se aproxima do sistema alemão, com a previsão das competências legislativas e não legislativas da União em artigos distintos; com a separação, também, das competências comuns legislativas e não legislativas; com a previsão de delegação de competências legislativas da União aos Estados por lei federal; com a repartição vertical da competência legislativa concorrente cabendo as normas gerais à União e a legislação suplementar aos Estados. A Constituição alemã representou, com efeito, um avanço no sentido de propiciar um relacionamento federativo melhor balanceado, principalmente em função do tratamento que deu à competência legislativa.”*<sup>418</sup>

A questão que resulta desta complexa repartição de competências é que, primeiramente, em relação à competência legislativa repartida horizontalmente, de regra, somente um ente pode legislar sobre a matéria, em segundo lugar, sobre a competência legislativa repartida verticalmente, mais de um ente pode legislar. Este sistema pode ser simples na forma que é apresentado pela doutrina, todavia, quando se reflete na expressão do poder legislativo, ou seja, através de normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, em seus elementos unidade, coerência e completitude, ou ainda, sobre a construção escalonada e na hierarquização, verifica-se que existem outros aspectos que se agregam à repartição de competências, como a definição das espécies de normas da competência legislativa repartida e nas espécies normativas editadas pelas pessoas políticas, bem como no controle de constitucionalidade, ou seja, sobre aspectos indissociáveis na definição dos elementos do ordenamento jurídico versado teoricamente por Kelsen e Bobbio.

Estes elementos-base, os gêneros de normas e as espécies normativas previstas na Constituição Federal de 1988, são objeto de exame do Capítulo seguinte.

---

<sup>418</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 81.

## **CAPÍTULO 4 – A ESTRUTURA NORMATIVA BRASILEIRA**

### **4.1 OS GÊNEROS DE NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Embora Kelsen e Bobbio compreendam, na teorização do ordenamento jurídico, que seja definida a unidade do ordenamento jurídico a partir da fundamentação em uma única e exclusiva norma, cuja expressão não jurídica é designada como norma hipotética fundamental e a expressão jurídica é uma constituição positivada, ambos referem à composição do ordenamento jurídico por normas jurídicas, as quais podem ser de diversas espécies e, ainda, ser objeto de estudo sob as mais variadas óticas, seja a partir da fonte, da natureza, do grau de generalidade, dos destinatários, dos efeitos, dos limites, etc.

Tanto Kelsen como Bobbio intentam elaborar e definir uma teoria que seja aplicada a todos os ordenamentos jurídicos particulares ou, pelo menos, estabelecer os elementos teóricos que sejam aplicados a todos esses ordenamentos. Assim, nesta construção teórica, os autores similarizam as formas de Estado unitário e federal e simplificam o estudo do ordenamento jurídico a partir de normas jurídicas emanadas do Estado.

A desconsideração da forma de Estado é importante porque iguala os elementos componentes da teorização pretendida. Assim, as espécies de normas e as relações entre essas normas nos Estados unitário e federal são irrelevantes à teorização do ordenamento jurídico.

Nem Kelsen nem Bobbio incorrem no erro de especificar quais as espécies de normas compõem o ordenamento jurídico, pelo contrário, ambos referem-se a gêneros de normas, cujas características apresentam com exatidão singular através da construção escalonada do

ordenamento jurídico. Por essa concepção, o ordenamento jurídico é composto por normas jurídicas postas em escalões que, em linhas gerais são assim estruturados: o primeiro escalão de direito positivo é uma constituição; o segundo escalão é composto por normas gerais de legislação; o terceiro escalão é formado por normas gerais que não de legislação, isto é, não oriundas do poder legiferante ou Poder Legislativo através de processo legislativo específico; o quarto escalão é composto por decisões judiciais.

Assim, temos quatro escalões de normas jurídicas na referida teorização do ordenamento jurídico. Cada escalão é composto de normas absolutamente distintas das normas dos demais escalões, tanto em razão da função, como da origem, do destinatário, da natureza, da generalidade, e, ainda, em virtude de outras características que lhes são próprias.

Este escalonamento pode ser designado como estrutura normativa da teorização do ordenamento jurídico. Esta estrutura é eminentemente funcional, considerada no seu aspecto dinâmico, pois seu estudo ou sua aplicação parte de uma adaptação constante de normas com a realidade social. Assim, tanto no estudo de normas quanto na adaptação circunscrevem-se as relações entre normas, as quais são traduzidas na verificação da compatibilidade entre normas de escalões distintos.

Uma fórmula adotada para verificação da compatibilidade entre normas de escalões distintos é designada como critério da hierarquia. Por este, uma norma é válida se observa os requisitos contidos noutra norma superior para a sua produção. Norma superior é aquela que esta no escalão constitucional ou mais próximo do constitucional em relação à outra norma, consoante o escalonamento teorizado por Kelsen e Bobbio.

Em um Estado unitário há significativa simplicidade para constatar a construção escalonada do ordenamento jurídico nos moldes preconizados por Kelsen e Bobbio, pois inexistem limites constitucionais de atribuição de competência legislativa à edição de normas gerais por um único órgão ou um único detentor do poder legislativo. Assim, sendo a edição de alguma norma geral atribuída ao legislativo, na forma de lei, tal ato será enquadrado no segundo escalão do ordenamento jurídico Kelseniano. Ademais, a soberania é exercida somente pelos poderes constituídos em uma esfera jurídico-política.

Entretanto, no Estado Federal, pelo menos assim ocorre no Estado brasileiro e presume-se que ocorra similaridade em algum ou alguns outros Estados federais, já há certa dificuldade de adequar as normas no escalonamento teorizado. Isto se verifica basicamente em três particularidades que caracterizam o Estado federal brasileiro: primeiro: existem três esferas políticas, isto é, produtoras de normas; segundo, existem limites constitucionais

expressos e implícitos à edição de normas gerais e, terceiro, a relação que se estabelece entre as normas das esferas políticas são, em regra, de coordenação e não de subordinação. Estas relações de subordinação somente existem, se existem, no âmbito interno de cada esfera.

A existência de três esferas políticas ou produtoras de normas jurídicas e a genérica existência de limites à edição de normas pelos entes da federação brasileira foram ambos aspectos abordados no segmento anterior, posteriormente à verificação, em linhas gerais, da teorização da federação.

Todavia, resta verificar as espécies de normas contidas na Constituição Federal brasileira, os limites e as relações entre estas espécies de normas. Para tanto, o estudo das normas é dividido em duas partes e o primeiro segmento deste capítulo abordará as espécies de normas contidas na repartição de competência, isto é, as normas que podem ser editadas pelos entes da federação, consoante previsto na Constituição Federal brasileira, bem como sobre os limites e relações entre estas espécies. Na segunda parte deste capítulo o exame circunscreverá as espécies de normas contidas no processo legislativo, incluindo, alguns limites e relações pertinentes à construção escalonada e à estruturação normativa.

Esta divisão do exame das normas apartado da repartição de competência não é absoluto, pois em alguns segmentos será retomado o tema, ainda que a título de embasamento. Entretanto, cumpre salientar que o destaque foi deliberado porque a teorização do ordenamento jurídico estabelece primeiramente relações entre normas e, em segundo plano, o exame da forma de Estado. Considerando que o Estado antecede às normas a opção de priorizar o Estado permite verificar certa complexidade não constatada na teorização do ordenamento jurídico. Logo, a partição com opção pelo estudo das espécies de normas separadamente do estudo da repartição de competências nivela o exame no plano das normas, tal qual teorizado por Kelsen e Bobbio, e não no plano da forma do Estado produtor de normas, conforme geralmente encontrável na literatura constitucional brasileira. Dessa forma, justifica-se a abordagem teórica do federalismo e a abordagem do federalismo brasileiro na forma presente no capítulo anterior porque o exame das relações entre as normas postas na Constituição brasileira, ou da estrutura normativa brasileira é incompreensível sem a anteposição do exame da federação

Por fim, o terceiro segmento terá por objeto a introdução ao exame do controle de constitucionalidade das normas que são repartidas entre os entes da federação e as espécies de normas que são conteúdo do processo legislativo constitucional, ou seja, este tópico versará sobre os limites e as relações entre as espécies de normas constitucionalmente previstas.

**As espécies de normas repartidas.** Consoante firmado no capítulo segundo, pode-se atribuir a Bobbio o mérito de simplificar qualquer ordenamento jurídico particular porque o autor expressa algo que parece ter passado despercebido por grande parte da doutrina jurídica. Bobbio diz que ninguém sabe quais são ou quantas são as normas jurídicas que compõem um ordenamento jurídico. Esta singela afirmação permite extrair, como conclusão, que, pelo menos, o ordenamento jurídico teorizado não está esgotado, somente exemplificado e, inexistindo uma precisão na composição de um ordenamento jurídico determinado, é impossível verificar uma real construção escalonada.

Em sentido que guarda alguma identidade com a assertiva de Bobbio, Tércio Sampaio Ferraz Júnior refere a uma das vertentes da ciência jurídica, a ciência das normas, ainda não partida em relação aos aspectos órgão de origem ou fontes (legislativo, judiciário e executivo – seccionado neste caso entre normas próprias do executivo e outras oriundas de conselhos, agências e outras instituições) e graus de generalidade (normas gerais, gerais reduzidas, individuais e concretas, difusas e coletivas).

É Bruneti, citado por Bobbio, que apresenta algo interessante em relação à composição do ordenamento jurídico. Consoante citado no capítulo segundo, quando Bruneti diz que só se pode falar em completude ou incompletude do ordenamento jurídico quando se compara um ordenamento jurídico com outros, está-se a dizer que é impossível verificar a completude do ordenamento jurídico. Da mesma forma que Bruneti sustenta a impossibilidade de verificar a completude do ordenamento jurídico, o autor expressa que o ordenamento legislativo contém ou não contém a manifestação perfeita da vontade do Estado. Logo, duas inferências podem ser estabelecidas, primeira, a completude somente pode ser verificada perante algum conjunto de normas específicas; segunda, há uma sub-partição no estabelecimento do escalonamento normativo que impõe algum exame do ordenamento legislativo. Conquanto nem Bruneti nem Bobbio refiram o que seja ordenamento legislativo, pode ser apresentado nesta expressão algum conjunto de normas oriundas do poder legislativo.

Além da consonância com o conceito adotado exclusivamente para fins deste estudo, o de estrutura normativa, verifica-se que nos três autores citados há, direta ou indiretamente, a circunscrição de um estudo sobre normas oriundas do poder legiferante, independente que seja um ou mais órgãos que realizem esta atribuição.

Quando foram abordados os elementos do federalismo teórico e do federalismo brasileiro foi estabelecida a relação suficiente entre os entes políticos e o poder legiferante,

cuja expressão é manifestada através dois órgãos que exercem o poder legislativo no federalismo teórico e por intermédio de três órgãos no federalismo brasileiro. Da mesma forma, a edição de normas pelo poder legislativo no federalismo brasileiro ou através de órgãos componentes do federalismo brasileiro foi verificada como circunscrita no conceito de competência, seja na repartição horizontal, seja na repartição vertical. A questão que verte neste segmento é sobre as normas constitucionalmente atribuídas aos entes da federação brasileira na repartição de competências adotada.

Assim, constata-se que na Constituição brasileira existem duas categorias de normas expressamente previstas. Uma primeira estabelece gêneros de normas jurídicas. Neste grupo são postas as normas gerais ou leis federais e outras normas não-gerais ou leis não-federais, consoante expressa ou implicitamente contidos nos parágrafos do art. 24 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

A outra classificação designa espécies de normas jurídicas e está expressamente prevista no art. 59 da Constituição Federal de 1988. Esta segunda classificação será objeto de exame na partição seguinte do presente estudo. O objeto desta primeira parte é aquele conjunto de normas, designado anteriormente, como referido na repartição de competências.

**A primeira problemática de definição da estrutura normativa: os gêneros de normas.** Quando Kelsen teoriza os gêneros de normas na composição dos escalões utiliza a exemplificação de espécies normativas para elucidá-los. Assim, no segundo escalão, apresenta leis ordinárias e complementares, ou leis gerais. No terceiro escalão, indica os decretos, mas podem, atualmente, ser acrescidas resoluções, como as do Banco Central, no ordenamento jurídico brasileiro, ou outras regulamentações de conselhos temáticos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adota, quando versa sobre a repartição de competências, gêneros de normas jurídicas, tal qual escalonado por Kelsen. Essa composição de gêneros de normas é designada na Constituição, na doutrina, na jurisprudência e eventual legislação como normas gerais, complementares, suplementares, nacionais, federais, estaduais e municipais.

À locução 'norma geral' não é possível empregar um único sentido invariável, portanto, trata-se de uma definição que não é unívoca, não tem apenas um sentido. Quando se diz 'normas gerais' pode-se estar empregando a locução para referir, pelo menos, uma das seguintes concepções:



a) Normas gerais compreende o conjunto de normas jurídicas que aplica-se a uma ou mais categorias indistintamente, não é uma norma jurídica individual, ou seja, para ser aplicada a uma e específica questão em que há uma ou poucas partes; assim, a expressão normas gerais está inserida na dualidade com sua opositora normas individuais, ou não gerais.

Não se está referindo a normas que se opõe às normas individuais, como quaisquer espécies de normas que detém o atributo de generalidade. Mesmo porque, em se tratando de direitos difusos e coletivos como de direito do consumidor, há decisões judiciais que detém o atributo de generalidade.

Todavia, em relação à composição exemplificativa de normas gerais e individuais, nestas, estão as decisões judiciais ou administrativas, inclusive de comissões parlamentares de inquérito, os contratos, as leis formais, etc; e, naquelas espécies normativas Constituição, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, decretos, portarias, editais, etc.

Portanto, esta primeira acepção da locução 'normas gerais' compreende quaisquer normas que detenham caráter genérico, não individual, independente do órgão que a tenha produzido ou do caráter ou natureza da norma.

b) Num segundo sentido, normas gerais envolve o conjunto de normas editadas por um poder legiferante, isto é, por órgão legislativo constituído, sem qualquer ressalva ao grau de generalidade, ou seja, pode abarcar uma ou mais categorias ou ser reguladora em situações em que seja indistinta a situação individual, como a legislação penal, civil, etc.

Dessa forma, este sentido é apropriado à apresentação de um degrau do escalonamento na teorização do ordenamento jurídico, pois a unidade genérica lhe impõe qualquer desconsideração quanto a partições do objeto e isto é próprio de alguma forma de teorização que busca as características de gêneros ou espécies sem deter-se nas suas particularidades.

Do mesmo modo, esse sentido também pode ser adotado para o estudo de um ordenamento jurídico posto por algum Estado unitário, pois esta forma de Estado pode desconsiderar a partição em graus do que sejam normas gerais, isto é, pode desconsiderar completamente a edição de normas por mais de um órgão legiferante, pois, em um Estado unitário haverá, necessariamente, um órgão legiferante. Todavia, Em um Estado federal, como o brasileiro, existem três espécies de órgãos legiferantes que, consoante a doutrina, editam normas distintas na amplitude territorial, designadas por Kelsen como ordenamentos jurídicos parciais.

No presente sentido de normas gerais, nas três esferas da federação brasileira, existem normas com atributo de generalidade, somente diferenciadas doutrinária, jurisprudencial e normativamente como 'normas gerais' por designação constitucional.

Estes dois sentidos apresentados são os mais comumente utilizados na literatura jurídica sobre teoria do direito e introdução ao estudo do direito. Todavia, há de ser destacado que eventualmente, na literatura introdutória ao direito, o uso da expressão confunde-se com o sentido a seguir apresentado, justamente o sentido adotado na idéia de normas gerais pela Constituição Federal brasileira.

c) Em um terceiro sentido, as normas gerais agregam a característica do sentido anterior, isto é, são oriundas de um órgão legislativo especial, todavia, apresentam algumas características distintas do sentido anteriormente referido.

Estas normas gerais são caracterizadas, primeiramente, porque inserta na repartição da competência legislativa concorrente, ou seja, mais de um ente da federação pode legislar sobre a matéria ali especificada. No caso da Constituição brasileira, o art. 24 defere a competência legislativa concorrente à União e aos Estados-membros.

Consoante esta norma e sua compreensão doutrinária e jurisprudencial, um ente, a União, produz normas gerais por um órgão legislativo especial. Estas normas têm a função de estabelecer uma unidade em relação a matéria que somente a União poderá legislar. Tais normas são gerais porque regem categorias indistintamente e porque contém, de alguma forma, base ou limite para outras normas que detém o atributo de generalidade, ou seja, normas da própria União, dos Estados-membros ou dos Municípios.

Estas, por sua vez, têm o caráter de normas gerais porque regem categorias indistintamente, todavia, primeiramente, tem matéria diversa das normas puramente gerais, as da União, mas são oriundas de um órgão legislativo especial diverso, dos Estados-membros ou dos Municípios. Observe-se, porém, que não há necessariamente a vinculação de as normas editadas pelos órgãos legiferantes dos Estados cumprirem um processo legislativo contido nas normas gerais da União, pois o que pode ser determinado no conteúdo destas refere-se à uniformidade ou unidade.

A título de exemplo, o conceito de tributo contido no art. 3º do Código Tributário Nacional atende ao requisito de normas gerais contido no art. 146 da Constituição Federal de 1988. A função da definição legal de tributo está diretamente relacionada à unidade e uniformidade do conceito de tributo para todos os entes da federação, se assim não fosse, qualquer ente poderia adotar um conceito de tributo e sob este aspecto, poderia existir um

conceito de tributo para cada ente da federação, o que é uma incoerência em qualquer Estado, a existência de dois conceitos jurídicos para um só elemento.

Assim, estabelecido o conceito de tributo, a legislação sobre tributos estaduais ou municipais há de observar aquele conceito de tributo porque é constitucionalmente da competência legislativa da União a definição de tributo. As normas dos Estados-membros ou dos Municípios são gerais porque detém o atributo de generalidade, mas é juridicamente possível que os Estados-membros ou os Municípios adotem conceito de tributo que contrarie o conceito previsto no Código Tributário Nacional. Caso os Estados-membros ou Municípios adotem tal conceito, a afronta não é ao Código Tributário, mas à Constituição Federal que prescreve à União a competência de legislar sobre normas gerais de Direito Tributário.

Da mesma forma que o Estado-membro não pode normatizar um conceito de tributo porque contraria a Constituição Federal, a União não pode elaborar normas gerais que extrapolem o limite constitucional de conteúdo como normas gerais. A inclusão, por exemplo, no Código Tributário Federal de um conceito de tributo aplicado somente a um Estado-membro ou aos Estados-membros distinto do conceito prescrito à União ou aos Municípios viola diretamente a Constituição porque compete à União elaborar normas que primem pela unidade e uniformidade, portanto, gerais, mas não de normas que não tenham este condão.

Desta forma, o núcleo da expressão 'normas gerais' prescrito na Constituição Federal brasileira engloba pelo menos três componentes: primeiro, envolve atos legislativos gerais, emitidos pelo órgão do Poder Legislativo da União; segundo, determina um conteúdo de unidade e uniformidade a ser aplicado indistintamente por todos os entes da federação; e, terceiro, estão excluídos da composição das referidas normas gerais as regras de produção de espécies legislativas, por exemplo, leis complementares e ordinárias, no que diz respeito ao processo de elaboração destas, regidas, neste caso, pelas regras de processo legislativo na forma contida nos artigos 59 e seguintes da Constituição Federal, nas Constituições estaduais e nas Leis orgânicas municipais.

Os três elementos indicados como componentes da concepção 'normas gerais' servem também como limites constitucionais à edição de tais normas pelos entes da Federação. Mesmo no caso de edição de normas através do exercício de competência legislativa plena pelos Estados, único caso na Constituição Federal, as normas gerais detém o atributo de generalidade e mas sofrem a restrição de aplicação nas situações em que estejam envolvidos o Estado-membro editor da norma, os municípios de sua área territorial e cidadãos da mesma área territorial. Todavia, a aplicação de normas gerais editadas por algum Estado-membro não

é restrita a sua área territorial, pode ocorrer em qualquer Estado-membro da federação, como adiante ver-se-á.

**Normas complementares e suplementares.** Presente o atributo de generalidade nas normas editadas pelos órgãos legislativos dos entes da federação brasileira, convém apresentar, ainda, dois aspectos que ficaram pendentes quando do exame do terceiro sentido da locução 'normas gerais'. O primeiro refere-se ao exercício das competências concorrentes complementar e suplementar, realizadas pelos Estados-membros, nos termos dos parágrafos do art. 24 da Constituição Federal. O segundo diz respeito à edição de normas pelos órgãos legislativos municipais quando a matéria versada está presente nos incisos do art. 24 da Constituição Federal.

Conquanto se tenha verificado o que centra a concepção de normas gerais, verifica-se que somente pode ser plenamente compreendida esta concepção se houver a necessária verificação do que sejam normas complementares às normas gerais. Existem dois graus ou espécies de normas complementares às normas gerais do art. 24 da Constituição Federal. Um primeiro grau é o exercido pelo órgão legislativo de cada Estado-membro, através de leis estaduais, cujo objeto é complementar as normas gerais editadas pelo órgão legislativo da União para fins de adequação e aplicação em situações que envolvem, no mínimo, o próprio Estado-membro e ou seus Municípios.

Todavia, existem dois gêneros de normas resultantes desta locução normas complementares. No primeiro, há edição de normas gerais pela União e normas complementares pelos Estados-membros, esgotando-se a competência legislativa de forma que aos municípios é inadmissível legislar sobre a matéria. Neste caso, há o exercício de competência suplementar pelo Estado-membro, o que esgota, pela suplementação, a possibilidade de edição de normas sobre a matéria.

Três exemplos que elucidam o aspecto encontram-se nos incisos III, X e XI do art. 24 da Constituição Federal. O primeiro exemplo versa sobre *juntas comerciais*, que são objeto de normatização apenas pela União e Estados-membros, pois há um Departamento Nacional de Registro Comercial, órgão federal, e as Juntas Comerciais, órgãos estaduais, inexistindo quaisquer órgãos municipais com esta atribuição. O segundo e o terceiro exemplos designam *criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas e procedimentos em matéria processual*, incisos X e XI, respectivamente, que descrevem leis que versam sobre

composição e exercício da Jurisdição, reservada somente aos órgãos do Poder Judiciário da União e dos Estados-membros.

Nestes três exemplos a edição de normas é esgotada pela atuação do Estado-membro. Diz-se que houve suplementação de normas ou exercício de competência supletiva em relação à matéria legislada e não cabe aos municípios editar normas sobre tais matérias pois é próprio da competência supletiva esgotar o exercício competência legislativa.

Mas, consoante a própria Constituição Federal, há previsão de competência suplementar para os Municípios, isto é, há casos em que os órgãos legislativos dos Municípios podem editar normas após normatização realizada pelos órgãos legislativos da União e dos Estados-membros. Neste caso, a edição de normas pelos órgãos legislativos dos Estados-membros é apenas complementar e a competência supletiva, que esgota a elaboração de normas com atributo de generalidade, cabe aos municípios, nos termos do art. 30, inciso II da Constituição brasileira. O dispositivo expressa: *compete aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*.

Como exemplos da situação em que existe competência supletiva atribuída aos Municípios, podem ser indicadas as normas de direito tributário, financeiro, ambos previstos no inciso I do art. 24, e sobre educação, inciso IX do mesmo dispositivo.

No caso de emissão de normas gerais por órgão legislativo da União, inexistente a possibilidade de estas normas prescreverem regras de produção formal ou de processo legislativo à edição das normas complementares, na forma supletiva, pelos órgãos legislativos dos Estados-membros. Da mesma forma, quando a competência supletiva é deferida aos municípios, nem as normas gerais da União, nem as normas complementares dos Estados-membros podem prescrever regras sobre o processo legislativo municipal.

Isto significa dizer que as normas gerais são diretivas no aspecto do conteúdo, definindo conceitos, limites e outras situações que não digam respeito especificamente à validade formal das normas dos Estados-membros e dos municípios, seja quem for que tenha a competência supletiva.

Por este aspecto, todo o conjunto de normas editadas pelos entes da federação, com atributo de generalidade, sofre imposições constitucionais no que diz respeito aos limites de conteúdo, mas não quanto à produção formal, ou seja, quanto à validade, consoante citado expressamente por Kelsen e Bobbio ao esclarecer a relação entre a construção escalonada e a hierarquização que ocorre no escalonamento de normas no ordenamento jurídico teorizado.

Mas nem a construção escalonada nem a hierarquização podem ser objeto de verificação, haja vista que não está completo o estudo sobre normas contidas na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988. Assim, passar-se-á a examinar uma classificação de normas contida na doutrina constitucional, normas nacionais e normas federais, para, posteriormente, concluir o presente tópico com sucinta verificação sobre as normas na competência repartida.

**Leis nacionais e leis federais.** Ainda como elemento que permite constatar a complexidade do ordenamento jurídico brasileiro, conforme a doutrina, as normas gerais são também designadas como leis nacionais. CARRAZA afirma em dois momentos sobre esta equivalência. O autor cita que:

*“Observamos que as leis nacionais - que encerram normas de caráter geral, obrigando os súditos da Federação e as próprias pessoas políticas - tanto podem ser veiculadas por meio de leis ordinárias (como se observa no inc. XXVII do art. 22 da CF, que remete à União a competência para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratos”) ou de atos normativos de igual tope jurídico (...).”*<sup>419</sup>

Ou seja, CARRAZA expressa que leis nacionais são as aplicadas indistintamente aos entes da federação, produzidas por órgão legislativo da União, exatamente nos termos do terceiro sentido de normas gerais verificado anteriormente.

A segunda referência apresentada por CARRAZA, ainda quando aborda a Federação brasileira, é a seguinte:

*“Como, em termos estritamente jurídicos, só podemos falar em hierarquia de normas quando umas extraem de outras a validade e a legitimidade (Roberto J. Vernengo), torna-se onipotente que as leis nacionais (do Estado brasileiro), as leis federais (da União) e as leis estaduais (dos Estados-membros) ocupam o mesmo nível, vale consignar, umas não preferem às outras.”*<sup>420</sup>

Esta citação também é absolutamente relevante porque dela podem ser destacadas algumas considerações elucidativas sobre o ordenamento jurídico brasileiro.

Primeira, as normas editadas pelo órgão legislativo da União são de duas espécies, leis nacionais e leis federais.

<sup>419</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11 e revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95-96.

<sup>420</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Ibidem*, p. 95.

GRASSO afirma que: *“As confusões, em geral, surgem em razão de reunir, o Congresso Nacional, a dupla qualidade de Legislativo Federal e Legislativo Nacional. Embora essas leis sejam de natureza jurídica diversa é difícil, muitas vezes, discerni-las, principalmente porque, formalmente, se assemelham e originam-se de processos semelhantes, do mesmo órgão”*<sup>421</sup>.

As leis nacionais são as que regem situações indistintas em relação ao Estado Brasileiro, as federais são as editadas para regular situações em que somente a União está envolvida. Pelo próprio exemplo citado por CARRAZA, normas gerais sobre licitações resulta em lei nacional, pois destinam-se aos entes da Federação brasileira, União, Estados-membros e Municípios. A lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei nº 9.784, de 29.01.99, editada pela União, destina-se somente aos órgãos da União.

Esta dicotomia adotada na designação de gêneros de normas editadas pelo órgão legislativo da União é absolutamente relevante porque além de não ter sido encontrado autor que adote outra terminologia na doutrina jurídica constitucional, esta dicotomia é absolutamente contrária à terminologia adotada na Constituição ou concludente a partir da conexão de elementos constitucionais.

Neste sentido, consoante verificado no capítulo anterior, quando há referência expressa a todos os entes ou componentes da Federação brasileira, a Constituição refere-se a federativo ou federação. Assim expressa lucidamente nos arts. 1º, 3º e 18. Todavia, conquanto alguns autores não queiram repetir a palavra ‘federativo’ após o uso da designação federal, usam o termo ‘república’ brasileira como se fosse sinônimo de ‘federação’ brasileira.

A palavra federação aplicada ao caso brasileiro designa, justamente, a composição de um todo formado, nos termos do art. 18 da Constituição Federal, pela União, Estados-membros e Municípios. Assim, o uso da locução leis nacionais para designar o conjunto de entes federais parece uma impropriedade jurídica, contrária à própria Constituição, pois os artigos citados no parágrafo anterior expressam justamente a composição do que seja o ente federal.

Parece mais correto designar que as leis editadas pelo órgão legislativo da União que sejam aplicadas somente à União como leis da União. Todavia, isto incorre e a situação

---

<sup>421</sup> GRASSO, Marlene Savóia. *O Sistema Federativo*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 1993, p. 77 (p. 59 a 79).

parece tão singular que pode ser encontrada correção ao Constituinte que designou lei federal e não lei nacional no texto constitucional. ROCHA diz que:

*“Por equívoco técnico manifesto notado no texto constitucional se tem a referência de ‘lei federal’, nos §§ 3º e 4º, do art. 24, da Lei Fundamental. Na verdade, as normas gerais a serem expedidas pela União quanto às matérias de competência concorrente são leis nacionais e não leis federais. Aquelas são aplicadas a todo o Estado brasileiro, enquanto estas são de aplicação restrita à União, seus serviços e servidores, ficando no âmbito de competência autônoma e exclusiva de cada qual das entidades federadas o tratamento do mesmo tema quanto a seus respectivos serviços, servidores e recursos.”*<sup>422</sup>

Este aspecto é relevante porque o constituinte jamais adota locução ‘lei nacional’ ou ‘leis nacionais’ para referir àquelas normas assim designadas na doutrina e corrigidas pela autora citada. Entretanto, a Constituição utiliza poucas vezes a locução ‘lei federal’ para designar normas gerais, próprias da competência concorrente. Além do uso nos §§ 3º e 4º do art. 24, pode ser destacado o mais importante de todos, inclusive, que guarda perfeita consonância com estes dispositivos, a aliena *b* do inciso III do art. 105<sup>423</sup>.

Na designação doutrinária de leis federais, editadas pelo órgão legislativo da União e que se referem somente à União, também referidas no presente estudo como leis da União, verifica-se a impossibilidade de conflito com leis editadas por outros órgãos legislativos, os Estados-membros ou dos Municípios. Logo, é inadmissível o uso de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça sob o fundamento de que foi julgada válida lei de governo local contestado em face de lei federal. Se a lei federal circunscreve-se somente à União, é juridicamente impossível que tenha contestação por lei de algum Estado-membro ou Município. Somente quando há possibilidade de competência concorrente, entre União, Estados-membros e Municípios é possível a contestação de lei federal por lei local.

<sup>422</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 249, nota de rodapé nº 65.

<sup>423</sup> A Constituição Federal brasileira estabelece:

“Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

(...)

b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de *lei federal*;

(...)”



Neste sentido, a própria Constituição estabelece argumento suficiente para contestar a adoção da dicotomia leis nacionais e leis federais presente na doutrina.

Evidentemente, a adoção da dicotomia, e eventualmente da terminologia, simplifica a designação de normas que são especificamente da União e de normas que pertinem a todos os entes federados. Inclusive, o estudo do uso da locução ‘lei federal’ na Constituição Federal é inconcludente na designação normas federais e normas da União. O principal fundamento desta situação está no fato de a locução ‘lei federal’ ser utilizada muito mais como designativo de alguma das espécies normativas editadas pela União que um gênero de normas de competência repartida verticalmente na forma de competência concorrente.

**Hierarquia entre gêneros de leis.** Quando apresentado que duas conclusões resultavam da citação de CARRAZA, cuja primeira consistia na dicotomia entre leis nacionais e federais, a segunda conclusão, intencionalmente não foi referida. Esta é situada no aspecto da hierarquia entre as leis nacionais e federais, consoante apresentadas pela doutrina e as leis estaduais.

Conforme já transcrito, o autor diz “*em termos estritamente jurídicos, só podemos falar em hierarquia de normas quando umas extraem de outras a validade e a legitimidade*”. Ou seja, a percepção de hierarquia é exatamente igual à contida em Kelsen e Bobbio, particularmente na validade como atendimento aos requisitos formais de produção e a legitimidade na constatação da emissão pelo órgão competente.

Deste aspecto, CARRAZA conclui afirmando que “*as leis nacionais (do Estado brasileiro), as leis federais (da União) e as leis estaduais (dos Estados-membros) ocupam o mesmo nível, vale consignar, umas não preferem às outras*”. Interessa, ainda, indicar que CARRAZA não cita espécies de norma neste tópico, mas sim gêneros, da mesma forma como Kelsen realizou a construção escalonada do ordenamento jurídico.

Que há uma diferença de conclusão entre Kelsen e Carraza é inegável, mas isto explica-se no resultado distinto que ocorre entre o estudo do ordenamento em um Estado unitário e um Estado federal. Quando Kelsen centra o estudo do escalonamento em gêneros vinculados a fontes (órgãos do poder legislativo), que pressupõe todos escalonados a partir de normas, primeiro, com uma Constituição, em seguida, de normas oriundas do órgão legislativo central que detém fundamento de validade na Constituição. Em terceiro, outras normas que têm como fundamento de validade as normas oriundas do órgão legislativo central. Com esta pressuposição, Kelsen desconsiderou a possibilidade de uma Constituição, tal qual a brasileira,

estabelecer gêneros e espécies de normas, concomitantemente sendo o conteúdo dos gêneros de normas definido na Constituição e somente algumas espécies como processo legislativo prescrito no texto constitucional.

Ora, da mesma forma que Kelsen preconceituou o fundamento de validade distinto na federação, a literatura jurídica brasileira encontra certa dificuldade de compreender que a federação brasileira comporta quatro gêneros de normas, as nacionais (ou federais), as federais (ou da União), as estaduais e as municipais. Tanto as leis municipais estão no mesmo nível das demais que o fundamento de validade e legitimidade das leis municipais encontra-se na ‘lei orgânica municipal’, consoante o art. 29, caput da Constituição Federal. Que os Municípios são pessoa políticas, produtoras de normas, já foi verificado quando abordado esta característica e examinado os arts. 1º e 18 da Constituição Federal. Da mesma forma, é inegável a posição das leis municipais como gênero, pelo próprio enquadramento constitucional prescrito nos arts. 1º, 3º, 18º, e 30, incisos I e II, particularmente neste último, que situa um campo de atuação deste gênero de normas.

É a partir desta compreensão sobre normas, em que a teoria da federação é combinada com a compreensão de Kelsen sobre ordens jurídicas parciais que GRASSO cita a existência de três gêneros de normas, os quais designa como sistemas legislativos, nacional, federal e estadual <sup>424</sup>. Mas GRASSO chega à mesma conclusão no que diz respeito à inserção do gênero de leis municipais ou sistema legislativo municipal, o que apresenta nos seguintes termos:

*“No Brasil, há que se acrescentar com base nas conclusões acima, que de suma importância é a questão da autonomia municipal que implica na autonomia legislativa. O legislativo municipal extrai sua competência da Constituição Federal, da mesma forma que a União e os Estados-membros e, assim, sua produção legislativa forma um sistema legal que se equipara aos dos outros entes da federação, formando uma quarta ordem jurídica — a ordem jurídica das leis municipais.”* <sup>425</sup>

Em síntese, a autora traduz a idéia de as leis municipais serem exclusivas quanto às matérias inseridas na esfera da competência municipal <sup>426</sup>.

<sup>424</sup> GRASSO, Marlene Savóia. *O Sistema Federativo*. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 1993, p. 78 (p. 59 a 79).

<sup>425</sup> GRASSO, Marlene Savóia. *Ibidem, idem*.

<sup>426</sup> GRASSO, Marlene Savóia. *Ibidem, idem*.

**A outra concepção das normas da competência repartida.** Este situação ou aspecto de exclusividade de esfera citada por GRASSO determina a retomada, ao menos sucintamente, da repartição de competências adotada na Constituição Federal de 1988, particularmente, sobre a condição das normas ali referidas como exclusivas (ou privativas) e concorrentes, principalmente para fins de verificação da hierarquia entre estas normas.

A edição de normas repartidas consoante a técnica horizontal resulta que, consoante verificado no capítulo terceiro, há exclusividade ou privatividade na sua edição, ou, em outros termos, há exclusão de outros entes legislarem sobre as matérias repartidas. Desta forma, o art. 22 da Constituição Federal arrola que, exemplificativamente, compete à União legislar sobre direito civil e penal; aos Municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inciso I da Constituição Federal); aos Estados-Membros compete legislar sobre matérias não atribuídos à União e aos Municípios (art. 25, § 1º).

Pela impossibilidade de invasão de esferas na repartição horizontal, consoante já firmado no capítulo anterior, a edição de normas privativas ou exclusivas não sofre incidência da regra da hierarquia na relação com as normas editadas pelos demais entes, pois um ente não pode legislar sobre matéria atribuída a outro, se assim for feito, a incompatibilidade é diretamente com a Constituição Federal.

Quando ocorre delegação de competência horizontal da União aos Estados, nos termos do art. 22, parágrafo único da Constituição Federal, inexistente qualquer alteração na situação apresentada. Os Estados-membros podem ou não editar normas e a revogação ou alteração da lei editada pelos Estados-membros permanece como faculdade do Estado-membro até a delegação ser extinta pela União.

A mesma regra é aplicada às normas repartidas verticalmente. O limite existente diz respeito ao conteúdo legislado, Assim, a edição de normas gerais pela União é restringida por algum conceito de normas gerais, consoante examinado anteriormente. Da mesma forma, as normas deferidas como de competência complementar ou suplementar, aos Estados-membros e Municípios, também são limitadas pela exclusão de campo material. Como regra, cada um destes entes somente pode dispor sobre matéria que pertine à sua esfera.

A exceção diz respeito à possibilidade de atuação dos três entes, caso em que a norma do Estado-membro uniformiza a matéria se a ele cabe, de alguma forma, esta função. Esta exceção, embora não examinada anteriormente, não traz alteração alguma nas regras de produção de normas ou de hierarquização, pois inexistente na esfera legislativa. Todavia, é importante na esfera da ação social do Estado, das políticas públicas, quando engloba

competência de atuação comum, consoante prescrita no art. 23 da Constituição Federal. Como exemplo, poder-se-á verificar a atuação nas áreas da saúde, educação, segurança e proteção do meio ambiente.

De qualquer modo, em nenhum dos casos retro citados há regras de produção de regras, ou seja, regras de validade envolvidas. Nenhuma das normas editadas por órgão legislativo dos Estados-membros ou dos Municípios tem o seu ‘fundamento de validade’ em leis federais e, também, da mesma forma nem as normas editadas por órgão legislativo deste ente tem o seu fundamento de validade nas leis estaduais. Pelo contrário, a limitação de conteúdo que existe, embora em alguns casos seja de difícil solução sem a via judicial, na grande maioria de vezes é verificável de plano.

Outrossim, após a exposição referida, cumpre observar que as normas editadas pelo órgão legislativo da União, sejam elas resultantes da repartição horizontal ou vertical, têm elas conteúdo específico, não divisível para verificação de hierarquia, principalmente em face do já bastante pontuado fundamento de validade, ou seja, aquele conjunto de regras da Constituição que designa o processo de produção de espécies normativas da União.

## **4.2 AS ESPÉCIES NORMATIVAS DO PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL**

Retomando a afirmação de CARRAZA: “(...) *as leis nacionais - que encerram normas de caráter geral, (...) - tanto podem ser veiculadas por meio de leis ordinárias (...) ou de atos normativos de igual tope jurídico (...), quanto por via de leis complementares (...)*”<sup>427</sup> traduz uma característica já abordada, as leis referidas como nacionais são gênero de normas, tal qual as normas referidas por Kelsen na construção escalonada do ordenamento jurídico. Da mesma forma, a todas as matérias legislativas atribuídas à União, editadas normas federais ou da própria União, são gêneros de normas previstos constitucionalmente para serem convertidos em comandos através de espécies normativas.

**As espécies normativas e o processo legislativo da Constituição Federal brasileira de 1988.** Estas espécies normativas estão presentes no art. 59 da Constituição Federal. O caput deste dispositivo prescreve que “*o processo legislativo compreende a elaboração de:*”, sendo seguido de alguns incisos que referem, cada um, a algo que na literatura jurídica é apresentado com nomes distintos, os autores designam-nas como ‘espécies normativas’, ‘espécies legais’, ‘normas legais’ e, eventualmente, adotam outra locução. Na ordem apresentada, são compreendidas as seguintes espécies: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias<sup>428</sup>, decretos legislativos e resoluções.

Por qualquer fórmula que se utilize para verificar o sentido do caput do art. 59 é inadmissível interpretar tal dispositivo como prescritor de uma hierarquia entre normas e assim interpretado resulta em incoerência. Se se interpretar que referir às espécies normativas que têm previsão de elaboração a partir de um processo constitucional delineado como hierarquização é deturpar o significado contido na Constituição e admitir que uma relação de espécies normativas pode ser interpretada livremente, de forma a sustentar qualquer interpretação em que não se possa estabelecer seguramente se há liberdade ou arbítrio.

Mas, mesmo que assim fosse, a hierarquização pecaria ou seria invalidada como jurídica porque não está prevista, como primeira espécie, a própria Constituição Federal. O estabelecimento de uma hierarquização normativa somente é possível a partir da definição da uma norma positivada como máxima e que regule a produção das demais espécies. Sem a qual, ou é hierarquia falha ou é meramente uma relação de normas que compõem o conjunto de normas que são elaboradas mediante um processo legislativo consoante regulamentação constitucional.

Em verdade, esse último entendimento é pacífico na literatura constitucional, o art. 59 contém apenas uma relação de normas que tem processo legislativo de elaboração delineado, de alguma forma, na Constituição, o mesmo já não ocorre na literatura jurídica em outros ramos do direito.

---

<sup>427</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11 e revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95-96.

<sup>428</sup> Em virtude de não examinar mais profundamente a espécie normativa ‘medida provisória’, cumpre aqui referir que: “*A medida provisória, como o decreto-lei, inspira-se no Direito italiano, nas ordinações di*

Antes de aprofundar o exame das espécies normativas e da relação hierárquica eventualmente encontrada na literatura jurídica, convém apresentar o conceito do processo legislativo, no qual estão inseridas as espécies normativas. BASTOS conceitua processo legislativo como

*“o conjunto de disposições constitucionais que regula o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes, na produção dos atos normativos que derivam diretamente da própria Constituição. É dizer, resulta do conjunto de normas que regula a produção, criação ou revogação de normas gerais. O processo legislativo estabelece quem participa, e como deve participar dos atos legislativos.”*<sup>429</sup>

Já BARACHO define-o como o *“conjunto de atos processuais que estabelecem a forma de elaboração das normas jurídicas”* e destaca que *“na sistemática federativa o processo legislativo adquire maior complexidade, pois desdobra-se em mais de um nível de feitura das determinações legais”*<sup>430</sup>.

HORTA define indiretamente o processo legislativo ao dizer: *“Os atos legislativos se aperfeçoam no percurso do procedimento complexo, desdobrado em várias fases - iniciativa, preparatória, deliberativa, controle e comunicação -, que a Constituição unifica no processo legislativo”*<sup>431</sup>.

Em relação ao conteúdo do que seja prescrito como processo legislativo e a norma fixadora, além desta indicação de HORTA, há a exposição de BARACHO ao referir aos princípios e normas gerais que estabelecem a feitura de leis: *“A Constituição federal fixa as determinações essenciais do processo legislativo, prescrevendo princípios e normas gerais que estabelecem as condições de feitura das leis, no que diz respeito às categorias de normas, iniciativa, prazos, apreciação dos projetos, sanção, veto e demais procedimentos legislativos”*<sup>432</sup>.

Mas BARACHO vai mais além ao referir à sistematização do ordenamento jurídico: *“Para que haja a sistematização de todo o ordenamento jurídico, esses pressupostos não podem ser abandonados a nível de Estado membro e Município”*<sup>433</sup>. Esta afirmação é compreendida, pelo autor, na complexidade dos corpos legislativos da federação: *“O papel dos*

---

necessità”. In FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo Legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 234.

<sup>429</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 365.

<sup>430</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 70.

<sup>431</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 547

<sup>432</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 70.

*corpos legislativo no Estado federal assume importância e particularidade especial, tendo em vista a complexidade que atinge, nem sempre semelhante no Estado unitário, que sofre a influência de um processo legislativo centralizado”*<sup>434</sup>.

A locução ‘processo legislativo’, embora adotada na Constituição Federal de 1988, não é aceita sem contestações doutrinárias. HORTA refere como expressão mais adequada “*procedimento legislativo*”<sup>435</sup>, SANTANA assevera “*Quer nos parecer equivocada a expressão processo legislativo para designar aquele conjunto de atos que visam a produção de normas. Afigura-se-nos mais coerente com as designações encontráveis no mundo jurídico falar-se procedimento legislativo a processo legislativo. É que, para nós, processo é termo designativo de realidade outra*”<sup>436</sup>. Já pela adoção da locução “processo normativo”, FERREIRA sustenta que o art. 59 da Constituição Federal:

*“Revela o dispositivo uma louvável intenção sistematizadora, mas suscita de pronto controvérsia. E a disputa é justificada porque não é simples determinar o que significa legislativo em seu texto. Referir-se-á esse adjetivo à matéria ou ao sujeito? E, se ao sujeito, a qual sujeito, o Poder Legislativo ou o legislador? A primeira possibilidade levantada acima foi a de referir-se o qualificativo, na expressão processo legislativo, a determinada matéria. Essa matéria seria o estabelecimento de normas gerais abstratas, de leis como se usa dizer. Assim, mais corretamente se empregaria processo normativo onde a Constituição fala em processo legislativo. (...) Se essa foi a intenção do constituinte, a execução do intento foi defeituosa, lacunosa.”*<sup>437</sup>

Aparte estas divergências conceituais, BARACHO afirma que: “*A elaboração legislativa no Estado moderno vem acompanhada de múltiplos pronunciamentos, que visam apontar as transformações necessárias que seu processo deve atender*”<sup>438</sup>, entre as quais é encontra-se o:

*“(...) deslocamento parcial da atividade legislativa para outros titulares, aos quais as Constituições contemporâneas permitem, através de técnicas e de procedimentos apropriados, o exercício de competência legislativa, para emanar atos distintos da lei, mas que possuem a força e o valor da lei. Essas técnicas e procedimentos não*

<sup>433</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 70.

<sup>434</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Ibidem*, p. 67.

<sup>435</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 546.

<sup>436</sup> SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*. 2. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 193.

<sup>437</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo Legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 192.

<sup>438</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 67.

*são criações do mundo contemporâneo. Lançam raízes no passado e denunciam, pelo menos, a desconfiança na competência do Poder Legislativo para legislar rapidamente ou atender situações de emergência.”*<sup>439</sup>

Isto implica em alguma redução do monopólio da produção normativa deferida ao Poder Legislativo pela afirmação resultante do positivismo jurídico, consoante referido nos capítulos anteriores. Este deslocamento parcial da atividade legislativa para outros titulares é verificável no ordenamento jurídico brasileiro através da produção normativa realizada por outros órgãos, Agências, Conselhos e outros. Embora não seja propriamente matéria de estudo do processo legislativo, a inclusão deste tópico estabelece limites sobre a matéria que é estabelecida, ao menos genericamente por espécies normativas resultantes da repartição de competência e compõem o ordenamento jurídico brasileiro. Em virtude destes aspectos, este tema é importante e será abordado quando forem estabelecidas, adiante, algumas considerações sobre a composição quantitativa do ordenamento jurídico brasileiro.

Inobstante este parêntese, desconsiderar-se-á os atos que compõem o processo legislativo, por inutilidade temática, para adentrar em sintética verificação dos critérios que parecem ter sido adotados na composição das espécies normativas e as espécies normativas estaduais e municipais para, em seguida, verificar a questão da hierarquia entre as espécies normativas, particularmente, entre leis complementares e ordinárias.

**O critério de especialização normativa na Constituição Federal de 1988.** Não foi encontrada uma justificativa específica na doutrina para explicar a ordem no rol de espécies normativas contidas no art. 59, mas, ao que parece, foi adotado um critério misto que considera: a) a origem, ou, um certo grau de importância; b) um certo grau de participação, c) de quorum necessário à edição daquelas espécies e d) a exclusão da participação.

A relevância de certas normas não significa demérito ou desqualificação de outras. Implica somente em uma certa especialização quanto à matéria, conforme eleita pelo Constituinte.

Assim, é objeto de emenda à Constituição o que tem por característica alteração, supressão ou adição ao conteúdo constitucional. O que não pode ser realizado através de lei ordinária. Da mesma forma, a definição de crime comum não é objeto de emenda à

---

<sup>439</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 562.



Constituição, mas sim de lei ordinária. Logo, quanto a este aspecto da relevância, a separação de normas em espécies não hierarquiza as normas, somente define, de alguma forma, uma importância quanto ao conteúdo e isto nada mais é que realizar o que na Constituição é coordenação de matérias em espécies normativas.

Já quando se diz que há um grau de participação, o objeto a ser normatizado pode ter a participação somente dos órgãos que compõem o legislativo federal como também do executivo e, eventualmente, de outros órgãos como do judiciário e do Ministério Público. Em participação restrita ao legislativo encontram-se o Decreto Legislativo e as Resoluções. Ampliando um pouco a participação, as Emendas Constitucionais podem ter iniciativa do Presidente da República. Em um grau maior de participação estão as Leis Delegadas e as Medidas Provisórias, a primeira porque implica em delegação do Legislativo ao Executivo e a segunda porque a Constituição impõe aprovação ou regulação dos efeitos resultantes das relações estabelecidas, caso não aprovadas. Em um grau mais amplo, a participação envolve o Executivo, o Legislativo e eventualmente outros órgãos ou a participação popular, consoante o art. 61 da CF. Este é o caso das leis complementares e ordinárias. Observadas as prescrições constitucionais, a iniciativa pode ser de qualquer dos elementos subjetivos ou orgânicos elencados no caput do art. 61, salvo reserva de iniciativa, excepcionalmente previstas na Constituição. Embora tramitem nos órgãos do legislativo, dependem de sanção ou veto do Presidente da República.

Quanto ao quorum necessário à edição das espécies normativas contidas na Constituição Federal, no art. 59, a emenda à Constituição demanda o maior quorum, seguida da lei complementar e das demais espécies. Cumpre aqui destacar que a exigibilidade constitucional de quorum diferenciado entre lei complementar e lei ordinária é um dos principais motivos à alegação da hierarquia superior da lei complementar sobre a lei ordinária. Este aspecto será examinado em seguida.

Em relação ao grau de exclusão, a matéria pertinente à Constituição é objeto de emenda à Constituição, tanto para supressão, adição ou alteração. Em relação à lei complementar, toda matéria designada para esta espécie é prevista na Constituição, da mesma forma que a matéria prevista aos decretos legislativos e às resoluções. Salvo estes casos, não sendo matéria privativa do legislativo delegável na espécie normativa lei delegada, as demais matérias são pertinentes à lei ordinária, ou porque estão expressas como desta espécie na Constituição, por exemplo, crimes e penas, consoante o art. 5º, inciso XXXIX, ou implícitas porque definidas na repartição de competências como matéria da União.

Nenhum dos critérios apresentados permite sustentar alguma hierarquização entre espécies normativas, mesmo porque, algumas das espécies podem conter, consoante verificado, matéria exclusivamente restrita à pessoa política União.

**A reserva das espécies normativas estaduais e municipais.** Embora a Constituição Federal somente estabeleça o processo legislativo da União, os Estados-membros e os Municípios adotam as espécies normativas compatíveis com suas atribuições, tal qual a conformação das espécies normativas previstas à União, e prescrevem, tais entes federados, processo legislativo para si.

Quanto às espécies normativas, de regra, são excluídas as resoluções e as medidas provisórias. Isto deve-se ao fato de as resoluções reportarem-se a normatização entre Estados-membros e as medidas provisórias terem o condão de atenderem a uma situação de urgência e relevância que não permite o aguardo de um processo legislativo moroso. Assim, em relação à urgência, tanto os Estados-membros como os Municípios, podem justificar um abrandamento dos trâmites do processo legislativo com um acordo sobre a urgência mais fácil de estabelecer nas esferas estaduais e municipais que no âmbito do órgão legislativo da União.

De qualquer forma, o processo de elaboração é basicamente o mesmo, as espécies normativas e os critérios de atribuição de matéria às espécies também. O mesmo argumento sobre hierarquia superior da lei complementar sobre a lei ordinária da União é apresentado nos níveis estaduais e municipais.

**A hierarquia formal entre as espécies da estrutura normativa.** Consoante já examinado, eventualmente, encontra-se na literatura jurídica a assertiva que o art. 59 da Constituição Federal prescreve alguma hierarquia de normas, mais que isto, uma hierarquia estabelecida pela própria Constituição. Esta compreensão não recebe respaldo da literatura constitucional, pelo contrário, muitas vezes é elegantemente combatida ou deliberadamente omitida. Nesse sentido, não há necessidade de verificar a relação de subordinação existente em relação a todas espécies referidas no art. 59, basta o exame de três espécies para chegar a conclusão se existe ou não a preconizada hierarquia.

Rememorando que Kelsen e Bobbio apresentam a hierarquização no fato de uma norma regular a produção de outra norma, isto é, prescrever regras de processo de elaboração de outras normas, o único aspecto a contestar sobre tal hierarquização é o regramento da

produção de normas. Deste modo, as três espécies normativas eleitas para a demonstração são a emenda à Constituição, a lei complementar e a lei ordinária.

Todavia, convém abrir um parêntese para justificar a pressuposição de igualdade entre tais normas jurídicas e isto está justificado na afirmação de CARRAZA já duas vezes citada neste estudo:

*“Observamos que as leis nacionais - que encerram normas de caráter geral, obrigando os súditos da Federação e as próprias pessoas políticas - tanto podem ser veiculadas por meio de leis ordinárias (como se observa no inc. XXVII do art. 22 da CF, que remete à União a competência para legislar sobre ‘normas gerais de licitação e contratos’) ou de atos normativos de igual tope jurídico (v.g., uma resolução do Senado fixando alíquotas máximas do ICMS, nas operações internas, ou um decreto legislativo, referendando um tratado internacional), quanto por via de leis complementares (e.g. a prevista no art. 146 da Lei Magna).”*<sup>440</sup> (grifo nosso)

O autor realiza apreciação ou constatação pessoal ao iniciar a afirmação com ‘observamos’.

É inegável que tanto a experiência de CARRAZA como a relevância de sua obra devem ser consideradas na aceitação desta assertiva em que se conclui que as espécies normativas lei ordinária, resolução do Senado, decreto legislativo e lei complementar são atos normativos de igual tope jurídico.

Tanto isto é correto que pela verificação da matéria atribuída constitucionalmente a cada espécie normativa inexistente a possibilidade dupla incidência. Se duas espécies normativas regem a mesma matéria ou é porque a Constituição lhes permite na consideração de aspectos distintos, por exemplo, direito tributário, com normas gerais na espécie lei complementar e alíquotas máximas do ICMS na espécie resolução do Senado. Ambos os casos foram citados por CARRAZA

Sendo a espécie normativa reguladora adotada contrariamente ao que prescreve a Constituição há, em tese, inconstitucionalidade, isto é, uma espécie normativa viola a Constituição, e não a outra espécie normativa.

Neste aspecto, guarda perfeita sintonia a afirmação de CARRAZA com a teorização do ordenamento jurídico se, e somente se, os graus ou escalões de direito positivo forem considerados como compostos por gêneros, e não espécies normativas.

<sup>440</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95-96.

Aparte esta consideração de *atos normativos de igual tope jurídico* entre as espécies normativas citadas por CARRAZA, não se pode atribuir a este autor a afirmação anterior à sua transcrição em que foi categoricamente asseverado que inexistente hierarquia entre emenda constitucional e as outras espécies normativas citadas, já consideradas iguais, em sintonia com CARRAZA.

A inexistência de hierarquia entre emendas à Constituição e quaisquer outras espécies normativas, inclusive leis ordinárias e complementares, deve-se a três razões lógicas:

a) primeira, processo legislativo é pacificamente afirmado pela literatura jurídica nacional como matéria constitucional. Mesmo que asseverada a incompatibilidade entre os conceitos de constituição em sentido material e formal, a Constituição Federal de 1988 firma as regras do processo legislativo, relaciona as normas que devem observar ao processo previsto na Constituição e a própria literatura jurídica em qualquer ramo jurídico ou não apresenta concepção em sentido contrário, pois nenhum autor afirmou algo que assim se assemelhe, ou firma na posição que a Constituição rege a produção de normas gerais. Logo, a Constituição brasileira rege a produção de normas e existem três possibilidades em relação à emenda à Constituição: primeira, ou a emenda é supressiva e retira alguma prescrição da Constituição e suprime texto da Constituição e, portanto, deixa de ser constitucional; ou a emenda é aditiva e acresce ao texto constitucional, logo, passa a compor a Constituição, isto é, ser constitucional, ou altera a Constituição, isto é, mantém constitucional alterando o texto da Constituição. Mesmo que ocorra a remota possibilidade de alguma emenda à não alterar a Constituição quando versa sobre processo legislativo, eleva ao nível constitucional o conteúdo e tal matéria passa a compor a Constituição como adendo ou anexo à Constituição, produzido na forma prescrita na própria Constituição. Assim, uma emenda constitucional eleva, mantém ou retira regras e princípios sobre processo legislativo, produção legislativa, da Constituição. Tais normas podem ser constitucionais ou inconstitucionais, neste caso são expurgadas, naquele são elevadas à categoria de normas constitucionais e são observadas porque são normas constitucionais.

b) a segunda razão lógica é algo, também, nunca verificado na literatura jurídica e é conexa a primeira razão. Toda norma é passível de alteração. Conforme a teorização do ordenamento jurídico, são elevados a categoria de princípios do direito duas regras de coerência, consoante expresso no ordenamento jurídico, primeiro, que *norma posterior revoga a anterior no que lhe for contrário*, segundo, que norma especial revoga a norma geral no que lhe for contrário. A Constituição detém singularidade própria pois, pela sua natureza jurídico-

política, isto é, híbrida e distinta de todas as demais normas jurídicas, deve ser a mais estável das normas, sendo somente alterável para adaptação às mudanças sociais relevantes. Este aspecto também traduz algo extremamente importante, se uma lei ordinária, por exemplo, é alterada dez vezes em dez anos estamos diante da mesma norma, produzida conforme prescrito na Constituição. Não há limite para a alteração desta norma desde que seja pela mesma espécie normativa prevista.

Mas como se altera uma Constituição? Ou, ainda, como se altera uma Constituição de forma que a alteração incorpore no texto (?), da mesma forma que ocorre com as demais espécies normativas? A resposta à primeira indagação é: só se altera uma Constituição de duas formas, ou através de uma revolução ou através de uma emenda à Constituição. A resposta à segunda é: através de uma emenda à Constituição. Logo, aparte a revolução, a via constitucional para inclusão, alteração ou supressão de matéria constitucional é a emenda à Constituição.

Assim, da mesma forma que o processo legislativo é regência constitucional, a alteração constitucional é, antes da produção, hipótese jurídica, e após a produção, norma constitucional.

c) terceira, também desconhecida na literatura jurídica. Perante a Constituição existem duas posições, a constitucional e a infraconstitucional. A Constituição regula a produção de todas as normas jurídicas do escalão seguinte, Kelsen e toda a doutrina jurídica conhecida afirmam neste sentido. A emenda à Constituição tem processo de elaboração regulado pela Constituição, logo, em uma lógica aristotélica primária, a emenda à Constituição é inferior à Constituição e, portanto, é infraconstitucional.

Então existem duas possibilidades: primeira, a emenda à Constituição dispõe sobre processo legislativo ou a emenda não dispõe sobre processo legislativo. Se dispõe sobre processo legislativo altera a Constituição e o seu conteúdo passa a compor a Constituição, logo, a Constituição adaptada passa a reger a produção de todas as demais normas jurídicas.

Se a emenda à Constituição não dispõe sobre processo legislativo, conforme infere-se de CARRAZA, KELSEN, BOBBIO e todos os demais autores que abordam a coerência do ordenamento jurídico na hierarquização com base no fundamento de validade, a emenda, mesmo inserta no texto constitucional, não rege a produção de normas e é irrelevante no que diz respeito aos aspectos validade e legitimidade. É impossível extrair outra conclusão do que assevera CARRAZA: *“Como, em termos estritamente jurídicos, só podemos falar em hierarquia de normas quando umas extraem de outras a validade e a legitimidade (Roberto J.*

*Vernengo), torna-se onipotente que as leis [nacionais (do Estado brasileiro), as leis federais (da União) e as leis estaduais (dos Estados-membros)] ocupam o mesmo nível, vale consignar, umas não preferem às outras.”<sup>441</sup>*

Para a compreensão no sentido esposado há de se extrair o texto em colchetes.

Embora sejam atribuíveis as contestações mais extremadas ao que foi afirmado, tais considerações não são desprovidas de reflexão ou cautela, haja vista que oposições plausíveis são sustentáveis pelos princípios da supremacia da constituição e da não nivelção da emenda à Constituição.

Todavia, o princípio da supremacia da constituição, tal qual a hierarquia entre normas jurídica é algo muitas vezes posto irrefletidamente. Quando aplicável na *common law*, família jurídica em que teve o seu berço, particularmente no regime jurídico-político dos Estados Unidos da América, em que a Constituição oriunda do poder constituinte originário é extremamente sintética, o princípio da supremacia tem o condão de reger através da aplicação de princípios.

Já na família romano-germânica, e assim se infere porque ocorre no caso brasileiro, o princípio da supremacia da constituição contempla feição singular. Só existe uma norma de natureza jurídico-política, a Constituição. As demais normas são de natureza jurídica. Considerando que a hierarquia é algo estritamente decorrente de validade jurídica, ou seja, em termos kelsenianos, algo verificável a partir da posição da norma produzida que está de acordo com a norma de produção, não é possível verificar, salvo em raros casos, uma pura e simples hierarquia da Constituição sobre quaisquer outras espécies normativas.

Este aspecto resulta do fato de que a verificação de hierarquia, compatibilidade formal, origina-se do método indutivo, isto é, do particular, uma das espécies normativas, de natureza jurídica, para o geral, a Constituição. Isto implica que, enquanto qualquer espécie normativa possua a natureza de norma jurídica e a Constituição possua a natureza de norma jurídico-política, não há como relacionar ambas pela distinta natureza que se lhes firma.

Se indagado: qual é hierarquicamente superior, Deus ou o homem? Têm se um dilema intransponível. Se se responde o homem, há heresia. Se se responde Deus, contraria-se o próprio Deus que diz que o homem é feito à Sua imagem e semelhança e assim os iguala de alguma forma. Evidentemente que a prudência indica como resposta mais plausível que a natureza de ambos não permite uma comparação tão singela, pois Deus é supremo, ou seja,

---

<sup>441</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95.

inigualável, absoluto e detém atributos não compreendidos entre os demais que se intenta comparar.

Retornando à seara jurídica, quando se questiona uma das espécies normativas por contrariar a Constituição, seja emenda à constituição, lei ordinária ou complementar, isto é irrelevante, não se perquire se uma norma é puramente válida, ou seja, se foi produzida conforme prescrito na Constituição. Se isto ocorrer, é exceção da exceção e somente a exceção justifica a regra. Normalmente, o que se perquire é a incompatibilidade, ou seja, a contrariedade ao conteúdo, à forma ou ambos cumulativamente.

Este aspecto é relevante porque a análise não parte da espécie normativa para verificação da compatibilidade, pelo contrário, parte da Constituição. Isto determina a aplicação de método totalmente diferente do previsto para a verificação da compatibilidade, ou seja, determina a verificação de ambos os aspectos, o jurídico e o político, se houve a produção consoante previsto na Constituição e se o conteúdo é admissível constitucionalmente.

É o método dedutivo que rege a aplicação do princípio da supremacia da Constituição em constituições analíticas, particularmente, na brasileira.

Isto implica que, além do regramento jurídico é verificado aquele conteúdo que insere-se na parte política da Constituição, ou seja, se a espécie normativa abarca algo possível. Não é o caso de perquirir se Deus permite, mas sim se a natureza produzida por Deus o permite.

Desta forma, a hierarquia aplicada para verificação da validade e legitimidade das normas produzidas por outros órgãos que não os componentes do poder legislativo (na Federação brasileira) é algo até admissível e tolerável até que não seja suprimida esta arbitrariedade terminológica. Entretanto, considerar hierarquização a relação que se estabelece entre uma norma que regula a forma de produção e o conteúdo, entre a Constituição e as demais espécies normativas que lhe alterem o conteúdo. Isto é extrair o azul do triângulo ou da alma.

A Constituição estabelece regras de produção das normas gerais oriundas de órgãos do Poder Legislativo. Estas normas estabelecem os requisitos das outras normas. É só.

São três categorias distintas: a supremacia, na verificação da compatibilidade (conteúdo e forma); a hierarquia, na verificação da validade e legitimidade (cumprimento das regras de produção previstas na Constituição); e os requisitos de legalidade (conteúdo e forma) e compatibilidade (conteúdo constitucional).

Como a Constituição brasileira não prescreve regras de produção de normas que sejam oriundas de outros órgãos, salvo excepcionalmente, é pela supremacia da Constituição que se impugna o conteúdo de tais normas ou atos normativos. Neste sentido, a hierarquia chega a ser algo metodológica e juridicamente inútil.

Já como exemplo comum sobre para que se presta a hierarquia, apresentar-se-á a confusa divergência doutrinária que existe entre lei complementar e lei ordinária.

**A hierarquia formal entre lei complementar e lei ordinária.** A lei ordinária, ato normativo de edição normal do órgão do Poder Legislativo, é designada por CARRION como: *“Ato legislativo primário, estabelecendo em regra normas gerais e abstratas. Em regra, a lei ordinária juridiciza, regulamente qualquer matéria: princípio da ilimitação ou da universalidade do objeto de incidência da lei ordinária”*. O autor explica, ainda, que: *“há matérias que são excluídas da incidência da lei ordinária. São elas: as matérias de reserva das leis complementares, dos decretos legislativos (art. 49, fundamentalmente) e de reserva das resoluções (arts. 51 e 52, fundamentalmente)”*<sup>442</sup>.

Já a lei complementar é aquela espécie normativa que, consoante verificado na explanação de CARRION sobre o campo de incidência de lei ordinária, tem matéria que lhe é reservada. Mas o autor elucida que a locução tem dois sentidos:

*“Lei complementar em sentido genérico, ou seja toda norma infraconstitucional que regulamenta dispositivo constitucional ou integradora da vontade constitucional, e lei complementar em sentido formal, ou seja, apenas aquela expressamente qualificada como tal pela Constituição, o que remete à idéia de reserva da lei complementar e à exigência de quorum qualificado para aprovação.”*<sup>443</sup>

O autor pontua que a lei complementar é: *“ato normativo primário, estabelecendo em regra normas gerais e abstratas”*, da mesma forma que a lei ordinária. Por fim, CARRION explica: *“Para a doutrina predominante, a enumeração das matérias que são objeto de incidência da lei complementar existente na Constituição é exaustiva, mas há doutrina minoritária que entende ser esta exemplificativa”*<sup>444</sup>.

FERREIRA FILHO ensina que:

<sup>442</sup> CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 130.

<sup>443</sup> CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Ibidem*, p. 140.

<sup>444</sup> CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Ibidem*, p. 140-141.



*“Precedente estrangeiro importante da lei complementar é fornecido pela lei orgânica, regulada pelo art. 46 da Constituição francesa em vigor. Esta, ensina Vedel, nesse artigo ‘insitui um tipo de regras de direito que ocupam na hierarquia das regras de direito um lugar intermediário entre a Constituição e as leis ordinárias’”*<sup>445</sup>. Ou seja, já se verifica a indissociabilidade entre espécie e hierarquia, elemento comum e presente quase que genericamente na doutrina.

Esta hierarquização já era pacífica na literatura que explicava a Constituição anterior, conforme se verifica na atualização da obra de SAMPAIO, realizada por BULOS:

*“A primeira observação a fazer sobre aquela lista é a de que não se devem supor tantos degraus hierárquicos normativos quantos são os atos legislativos enumerados. Ao nosso ver, os escalões seriam apenas três: 1. normas constitucionais; 2. normas legais complementares; e 3. normas legais comuns - usemos o adjetivo por falta de outro mais cômodo - , que abrangeriam as subdivisões de leis ordinárias, leis delegadas, decretos-leis, decretos legislativos e resoluções. Não obstante, na ordem lógica - embora não hierárquica, frisemos - , a enumeração devia colocar o decreto legislativo antes do decreto-lei, desde que o primeiro possui todos os característicos formais de lei - assim o denomina a Constituição (art. 62, § 5º - o dispositivo refere-se à Constituição de 1967) - exceto a possibilidade de sanção presidencial.”*<sup>446</sup>

Aparte a relevância de a comodidade servir como fundamento para adjetivação, verifica-se que a compreensão de que a ordem das espécies normativa já era compreendida, não de forma absoluta na concepção de SAMPAIO, como hierarquização.

Claro, nada explica porque há esta discriminação de relacionar ou agrupar todas as espécies citadas em três escalões, mas verifica-se que no enquadramento SAMPAIO inexistia escalonamento entre a Constituição e as emendas constitucionais, ambas são relacionadas, ao que parece, como normas constitucionais.

Mas infere-se de SAMPAIO que a problemática da lei complementar deve-se a uma historicidade terminológica. O autor explica que:

*“Com a Emenda parlamentarista de 1961, surge a consagração constitucional da idéia, no seu art. 22, onde se consigna o verbo complementar e não o adjetivo: ‘Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar do governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas Casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros’. Com o Ato Institucional nº 2, o*

<sup>445</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo Legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 237.

<sup>446</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. 2. ed. rev. e atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 64.

*adjetivo ingressa em nosso direito positivo, pela competência dada ao Presidente da República para 'baixar atos complementares' daquele Ato (art. 30), que se colocariam acima dos simples decretos-leis, oriundos da mesma fonte. Essa posição hierárquica foi proclamada pelo art. 173, III, da atual Constituição, onde se aprovam e se excluem de apreciação judicial 'os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares' (Constituição de 1967. Inexiste preceptivo equivalente na Constituição de 1988). Na Emenda Constitucional nº 17, de 1965, art. 6º, § 8º, estampa-se, por fim, a expressão completa 'leis complementares', mas sem conferir a estas nenhuma diferenciação formal. Pelo contrário, o citado parágrafo prescrevia, paradoxalmente, uma tramitação mais rápida para os seus projetos, dispondo que elas só poderiam receber emendas perante as comissões. A Emenda Constitucional nº 18, de 1965, menciona as 'leis complementares' como um dos instrumentos para regular o sistema tributário nacional.”<sup>447</sup>*

Em TEMER se encontram dois aspectos para elucidação da questão. Primeiramente, o autor refere sobre a problemática da hierarquia:

*“A lei complementar à Constituição foi, durante muito tempo, e ainda é, por muitos doutrinadores, tida como norma intercalar entre a Constituição e a lei ordinária, ou seja, como uma norma que ocupa uma posição de prevalência constitucional, como uma norma à qual se submete hierarquicamente a lei ordinária. Muitos sustentaram que a lei complementar, escalonada no art. 59, vinha antes da lei ordinária e, por isso, seria hierarquicamente superior. Outros sustentaram e chegaram a indicar no Texto Constitucional algumas hipóteses em que a lei ordinária se submeteria à lei complementar.”<sup>448</sup>*

Em um segundo aspecto de interesse, parte do conceito de hierarquia referido por Kelsen, Bobbio e Carraza:

*“Na verdade, para o desate desta questão, é preciso saber o que é hierarquia para o direito. Hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade, numa norma superior. A lei é hierarquicamente inferior à Constituição porque encontra nesta o seu fundamento de validade. Aliás, podemos falar nesse instrumento chamado lei, porque a Constituição o cria. Tanto isto é verdade que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar que uma lei é inconstitucional, está dizendo: 'aquilo que todos pensaram que era lei, lei não era' dado que lei é instrumento criado pelo Texto Constitucional. Pois bem, se hierarquia assim se conceitua, é preciso indagar: lei ordinária, por acaso,*

<sup>447</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. 2. ed. rev. e atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 68.

<sup>448</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 146.

*encontra seu fundamento de validade, seu engate lógico, sua razão de ser, sua fonte geradora, na lei complementar? Absolutamente, não!”<sup>449</sup>*

Insero nesta problemática da hierarquia, TEMER diz: *“A leitura do art. 59, III, indica que as leis ordinárias encontram seu fundamento de validade, seu ser, no próprio Texto Constitucional, tal qual as leis complementares que encontram seu engate lógico na Constituição, portanto, não há hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária”<sup>450</sup>.*

Mas o autor vai mais longe e contundentemente indaga: *“porque o constituinte estabeleceu, de uma lado, a lei complementar e, de outro lado, a lei ordinária? Qual a razão dessa distinção? Não seria efetivamente em razão da hierarquia?”<sup>451</sup>* O próprio autor responde que:

*“o constituinte estabelece documento que é sintético. São as sumas, são as vigas mestras do sistema (...) Portanto, num sentido amplo, todas as leis, todas as espécies normativas, são complementares à Constituição. Isto é, se os limites constitucionais não forem obedecidos, não podem ingressar no sistema. Assim, quando se diz complementar - em sentido lato - significa desdobramento constitucional.”<sup>452</sup>*

Evidentemente, a resposta não é satisfatória e é de BASTOS que se infere, como constatado anteriormente, evolução constitucional promovida pelo positivismo jurídico ocorrida com a distinção entre o formal e o não formal. Este autor refere que:

*“Temos, assim, duas realidades compreendidas pelo termo 'lei complementar:*

*“a) a tradicional - encontrada em outros sistemas jurídicos e mesmo no Brasil, antes da emenda parlamentarista, que consistia em entender como complementar toda lei que na sua função desempenhasse o papel de completar a Constituição;*

*“b) a formal - atualmente, não se pode aceitar outra definição senão essa, que é encampada pela Constituição. Quando esta fala em lei complementar está-se referindo a uma modalidade com características formais, isto é, independentes do papel por ela cumprido.”<sup>453</sup>*

Assim, a lei complementar é uma modalidade específica no aspecto formal e assim deve ser considerada, aparte qualquer complementaridade constitucional que puramente já inexistente.

<sup>449</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 146-147.

<sup>450</sup> TEMER, Michel. *Ibidem*, p. 147.

<sup>451</sup> TEMER, Michel. *Ibidem*, p. 147.

<sup>452</sup> TEMER, Michel. *Ibidem*, idem.

Destarte, consoante BASTOS: “*Em termos práticos, isso significa que hoje podemos encontrar leis complementares que também completam a Constituição. Mas isso é irrelevante do ponto de vista de sua conceituação*”<sup>454</sup>.

Por fim, BASTOS sintetiza que: “*a lei complementar caracteriza-se por dois pontos: pelo âmbito material predeterminado pelo constituinte e pelo quorum especial para sua aprovação, que é diferente do quorum exigido para aprovação da lei ordinária*”<sup>455</sup>. No mesmo sentido compreendido por TEMER<sup>456</sup>.

Ao que parece, por estes aspectos que TEMER conclui: “*Não há hierarquia alguma entre a lei complementar e a lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas*”<sup>457</sup>.

Embora a presente explanação contenha todos os argumentos suficientes à conclusão, verifica-se que Paulo de Barros Carvalho apresenta outros argumentos à sustentação de existência de hierarquia entre leis complementares e ordinárias. Logo, estes argumentos serão apresentados e examinados, sinteticamente.

Inicialmente, o conceito de lei complementar citado por CARVALHO é o mesmo caracterizado anteriormente<sup>458</sup>. Mas, deste conceito, o autor refere a dois traços identificadores, o primeiro, designado pressuposto material ou ontológico, indica a “*matéria expressa ou implicitamente indicada na Constituição*”; o segundo, o requisito formal, “*quorum especial do art. 69 (CF)*”<sup>459</sup>. Aparte o enquadramento do autor na situação descrita por CARRION, em que CARVALHO filia-se a corrente minoritária que admite que há matéria implicitamente deferida constitucionalmente à lei complementar, mesmo em prescrições constitucionais em que há “*alusão à lei, desacompanhada do qualificativo complementar*”, é relevante a justificativa desta compreensão. CARVALHO afirma: “*Em circunstâncias como essa, a bem empreendida análise do comando supremo apontará que a grandeza do tema*

<sup>453</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 356.

<sup>454</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, p. 357.

<sup>455</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Ibidem*, *idem*.

<sup>456</sup> Nesse sentido: “*A distinção entre a lei ordinária e a lei complementar reside no âmbito material expressamente previsto, que, por sua vez, é reforçado pela exigência de um quorum especial para a sua aprovação*”. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 148.

<sup>457</sup> TEMER, Michel. *Ibidem*, p. 148.

<sup>458</sup> O autor apresenta a noção jurídico-positiva da seguinte forma: “*lei complementar é aquela que, dispondo sobre matéria, expressa ou implicitamente, prevista na redação constitucional, está submetida ao quorum qualificado do art. 69 (CF), isto é, maioria absoluta das duas Casas do Congresso Nacional*”. In CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 12. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 202.

<sup>459</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, *idem*.

somente pode ser objeto de lei complementar, visto que estão em pauta regulações diretas de preceitos da Lei Maior, que por outros estatutos não poderiam ser versadas”<sup>460</sup>. Nesta circunstância, paira significativa dúvida pois não existem respostas a duas indagações: primeira, o que é ‘a bem empreendida análise do comando supremo’? Segunda, o que é ‘a grandeza do tema’ que só permite a edição de lei complementar?

Evidentemente, estas indagações transferem a uma certa subjetividade que pode, não que necessariamente ocorra, mas pode permitir o arbítrio tanto na interpretação como na eleição da matéria objeto de lei complementar. Mas sobre este aspecto da redução da subjetividade houve referência anterior quando versado sobre alguns conceitos, particularmente no capítulo anterior, sobre a teoria da federação.

De outro modo, é correta a afirmação que a referida espécie “*é figura do repertório legislativo da ordem jurídica federal*”, editada pelo órgão legislativo da União, bem como pelo enquadramento da lei complementar como “*excelente instrumento de legislação nacional, alcançando, conjunta ou isoladamente, a esfera jurídica das pessoas políticas de direito constitucional interno*”<sup>461</sup>.

Todavia, de imediato o autor confirma a compreensão sobre a ordem de apresentação das espécies normativas no art. 59, como hierarquia com base na posição, reforçada pelo argumento do quorum<sup>462</sup>.

É de Souto Maior Borges que o autor extrai considerações sobre erronias da topologia e do procedimento para elaboração de normas e cita que “*as leis complementares não exibem fisionomia unitária que propicie, em breve juízo, uma definição de sua superioridade nos escalões do sistema*”. Conforme CARVALHO, Souto Maior Borges “*propõe critério recolhido na Teoria Geral do Direito, para discernir as leis complementares em duas espécies: a) aquelas que fundamentam a validade de outros atos normativos; e b) as que realizam sua missão constitucional independentemente da edição de outras normas*”<sup>463</sup>.

Por óbvio, a divisão proposta é deveras importante porque ao distinguir duas espécies de leis complementares exclui as que realizam sua missão constitucional independentemente da

---

<sup>460</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 12. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 202-203.

<sup>461</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, p. 203.

<sup>462</sup> O autor diz: “*Talvez por isso seja freqüente o magistério de que as leis complementares desfrutem de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista do art. 59 (CF), vindo logo abaixo das emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo a que se reporta o art. 69 (CF)*.” In CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, p. 203.

<sup>463</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, idem.

edição de outras normas. Todavia, dois aspectos parecem apresentar óbice a esta proposição. Primeiro, ao serem estabelecidas duas espécies de leis complementares não se resolve a questão da hierarquia, principalmente porque há de se indicar qual das espécies de lei complementar é hierarquicamente superior à outra. Segundo, embora algumas leis complementares possam fundamentar a validade de outros atos normativos, só referem-se a normas oriundas de outros órgãos, não legislativos. Não podem fundamentar a validade de leis, pois processo legislativo e a repartição de competências ainda são percebidos no direito brasileiro como de conteúdo constitucional.

Outrossim, CARVALHO refere a uma complexidade maior da hierarquia quando cita que:

*“O problema da hierarquia não se esgota com as observações que precederam. Há a hierarquia sintática, de cunho eminentemente lógico, assim como há a hierarquia semântica, que se biparte em hierarquia formal e hierarquia material. Aliás, a subordinação hierárquica, no Direito, é uma construção do sistema positivo, nunca uma necessidade reclamada pela ontologia objetiva. Dito de outra maneira, não é a regulação da conduta, em si mesma, que pede a formação escalonada das normas jurídicas, mas a decisão que provém do ato de vontade do detentor do poder político, numa sociedade historicamente dada.”*<sup>464</sup>

Embora esta consideração fuja um tanto do presente estudo jurídico do positivismo na verificação dos aspectos hierárquicos referidos, convém ressaltar que não foi percebida durante a pesquisa constatação alguma que justifique que formação escalonada de normas jurídicas é *decisão que provém do ato de vontade do detentor do poder político, numa sociedade historicamente dada*, pelo contrário, o que se percebe no escalonamento jurídico brasileiro é uma definição material a partir da repartição de competências, o que é exclusivo, é exclusivo; o que é objeto de norma geral (art. 24 e parágrafos), é geral, não pode haver confusão entre caráter referido como nacional e não geral. Entretanto, percebe-se, de forma diversa, além de idéia de hierarquização, simplificadora de quaisquer justificativas, uma idéia de submissão a um poder, reproduzida e reproduzida culturalmente, mas que não é prescrita constitucionalmente pela delimitação seja sintática, seja semântica.

<sup>464</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 12. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 204.

Por fim, o derradeiro aspecto é referido por CARVALHO e que é pertinente ao tema diz repeito à Lei Complementar 95/98, que versa sobre elaboração, redação, alteração e consolidação de leis, consoante previsto no parágrafo único do art. 59 da CF. O autor qualifica este componente como *“inovação de grande alcance para o estudo e o entendimento adequado da categoria legislativa que examinamos”*<sup>465</sup>. CARVALHO afirma textualmente:

*“Se, como dissemos, as relações de subordinação entre normas, bem como as de coordenação, são tecidas pelo sistema do direito positivo, o nosso, inaugurado em 1988, houve por bem estabelecer que as leis, todas elas, com nome ou com status de lei, ficam sujeitas aos critérios que o diploma complementar previsto no art. 59, parágrafo único (CF) veio a prescrever com a edição da Lei nº 95/98, Note-se que seu papel é meramente formal, porque nada diz sobre a matéria que servirá de conteúdo significativo às demais leis. Entretanto, nenhuma lei ordinária, delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução poderá inobservar as formalidades impostas por essa lei complementar. É a consagração da superioridade hierárquica formal dessa espécie do processo legislativo com relação às previstas nos outros itens.”*<sup>466</sup>

Consoante exposto, não se pode negar que haja alguma referência a formalidades impostas à edição de normas oriundas de órgãos legislativos. Todavia, a Lei Complementar 95/98, no parágrafo único do art. 1º<sup>467</sup>, é expressa ao prescrever sua aplicabilidade a todos os atos normativos contidos no art. 59 da Constituição Federal. Nos próprios termos da afirmação de CARVALHO, pela Lei Complementar 95 prescrever regra à edição da emenda à Constituição, ou ela é hierarquicamente superior à emenda à Constituição ou Lei Complementar é inconstitucional ao reger formalidades à Constituição. Se desta forma for considerado, os Regimentos Internos da Câmara e do Senado também são inconstitucionais, pois prescrevem, de alguma forma, a tramitação de emendas à Constituição.

Antes de encaminhar o presente estudo aos aspectos derradeiros, convém realizar uma pequena observação. O fato de haver obras de direito tributário preconizando que há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, tal qual o faz Carvalho, outros autores

<sup>465</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 12. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 205.

<sup>466</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, p. 205-206.

<sup>467</sup> O parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar 95/98 dispõe:

“Art. 1º - A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar.

“Parágrafo único. As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.”

compreendem que inexistente esta hierarquia. Como exemplo, constata-se que a posição de HARADA é a seguinte:

*“As leis complementares apareceram no Brasil com o advento da Emenda nº 18/65 e vêm sendo mantidas até os dias atuais. A idéia que norteou a sua criação foi a necessidade de uma lei que extravasasse do âmbito de interesses da União, abrangendo os interesses nacionais. (...) As leis complementares não formam uma categoria legislativa unitária. Algumas delas atuam no campo privativo da União (arts. 148, 154, I etc.) e outras no âmbito nacional (arts. 146, I a III, 155, § 2, X, a, e XII, 156, III e § 3º, I e II etc.) funcionando como leis sobre leis de tributação. Não são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, que extraem sua validade diretamente da Constituição Federal com total prescindência das leis complementares. A Constituição enumera as matérias que devem ser reguladas por lei complementar e, por exclusão, as demais matérias cabentes ao legislador ordinário”.*<sup>468</sup>

Ao referir sobre o âmbito nacional e da União, indiretamente, HARADA confirma que alguma conformação entre gêneros de normas está correta, no mínimo, no que se refere ao órgão do Poder Legislativo Federal.

De qualquer forma, o que se percebe desta tentativa de hierarquização ou não hierarquização de espécies normativas é justamente uma indefinição relevante à compreensão do Direito, independente da prestabilidade do objeto, da ciência jurídica, da teoria jurídica, da constitucional ou de qualquer ramo jurídico em que haja a necessidade de integrar as normas entre esferas da federação, delimitando-as materialmente para fins de cumprimento dos objetivos sociais, particularmente, à promoção da justiça social por intermédio da política jurídica.

Compreendido o processo legislativo como a regência da sucessão de atos até a edição de espécie normativa prevista na Constituição, cuja espécie resulta em norma atribuída constitucionalmente ao Poder Legislativo (à exceção da Medida Provisória, no caso brasileiro), constata-se que é um tanto complexa a verificação do escalonamento.

Qual a construção escalonada a partir da Constituição brasileira? Quando examinadas as posições de alguns autores sobre a composição da Federação brasileira, em todos os autores citados, mesmo porque a Constituição assim prescreve, as pessoas políticas, ou produtoras de normas jurídicas por órgão legiferante, são a União, os Estados-Membros e os Municípios. Todavia, o processo legislativo regido constitucionalmente é somente o da União. Seja para a



edição de normas gerais, leis nacionais ou federais, seja para a edição de leis que não se apliquem a todos os entes da federação, somente à União, ou, leis federais.

Assim percebida, a hierarquização de espécies normativas, como definitiva no art. 59 da Constituição, é deveras um modo muito prático de simplificar qualquer forma de verificação da relação superioridade e inferioridade de normas. É praticamente igualável à idealização da hierarquia entre normas.

Todavia, o federalismo brasileiro talvez não tenha sido o primeiro mas, consoante a doutrina brasileira, rompe, de alguma forma, com esta expressão de hierarquização. Nas manifestações de autores citados, particularmente, Carraza, Temer e Rocha, percebe-se alguma redução no aspecto da hierarquização. Mas GRASSO destaca-se também pela Conclusão que apresenta no seu estudo:

*“As leis de âmbito nacional, cuja abrangência cinge-se a categoria de normas gerais, editadas pelo Estado Federal, não são superiores às leis federais, estaduais ou municipais. São únicas no seu campo como de resto são as outras, donde conclui-se, mais uma vez, que não há sobreposição entre as normas emanadas de cada um dos entes políticos de uma federação, mas sim, diferentes áreas de competência que não podem ser invadidas, reciprocamente, sob pena de ruptura do sistema federativo.”*<sup>469</sup>

Logo, se não há hierarquia sobre os gêneros, como pode haver entre as espécies normativas editadas pelos órgãos legiferantes dos entes que compõem a Federação? Até agora não foi encontrada resposta satisfatória.

Mas é a partir desta não resposta que pode ser examinado sumariamente o controle de constitucionalidade na tentativa de busca de resposta a duas indagações indiretamente presentes no estudo e não respondidas. Primeira: as normas editadas pelo Poder Legislativo do Estado Federal brasileiro podem ser consideradas como componentes de escalão único no exame do ordenamento jurídico brasileiro? Segunda, qual a utilidade prática do presente estudo?

---

<sup>468</sup> HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 201.

<sup>469</sup> GRASSO, Marlene Savóia. *O Sistema Federativo*. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 1993, p. 79 (p. 59 a 79).

### 4.3 INTRODUÇÃO AOS CONFLITOS DE CONSTITUCIONALIDADE

**O conceito de controle de constitucionalidade.** O controle de constitucionalidade, definido como “(...) o exame da adequação das normas à Constituição, do ponto de vista material ou formal, de maneira a oferecer harmonia e unidade a todo o sistema”<sup>470</sup>, ou, consoante a experiência de SOUZA, “(...) constitui o exame da compatibilidade existente entre a lei ou atos normativos e a Constituição de determinado Estado”<sup>471</sup>.

Destarte, a verificação de compatibilidade de leis e atos normativos

*“se fará pela análise da lei ou de um ato normativo frente à Constituição ou de algum de seus princípios e preceitos, afirmando-se, ou não, a possibilidade de co-existência de ambos no mesmo sistema jurídico. Isto conduz a um processo de verificação da possibilidade de conciliarem-se ambas dentro de um todo, que, como tal, deve ser harmônico, conseqüente, coerente”*<sup>472</sup>.

E é em virtude deste processo de verificação, e não de outra forma, consoante citado por SOUZA, que se constata a *coerência* do ordenamento jurídico, pois o autor expressamente prevê ali o todo harmônico, conseqüente e *coerente*, e é na coerência que Bobbio refere repercutir a hierarquização ou escalonamento do ordenamento jurídico, ou seja, é na coerência em que se fundamenta a hierarquização.

Na mesma esteira, quando SOUZA refere-se à verificação de compatibilidade dentro de um todo, harmônico e *conseqüente*, este termo refere-se, e é difícil compreender de outra forma, à política jurídica, aquilo que Kelsen designava como elemento pré jurídico, pautado na formação de leis, ou pós jurídico, como promotor da correção da justiça legal. Em um outro aspecto, versa o *conseqüente* na verificação de compatibilidade, ou seja, no controle de constitucionalidade ao cumprimento da prescrição contida no art. 3º da Constituição Federal. Todavia, não sendo este o objeto do estudo, continuar-se-á no exame do controle de constitucionalidade relativo à estrutura normativa.

O controle de constitucionalidade verifica a compatibilidade a partir de certos requisitos. Sob a ótica formal, ou seja, partindo da consideração sobre a realização dos atos

<sup>470</sup> MOTA, Leda Pereira e SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 38.

<sup>471</sup> SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 203.

<sup>472</sup> SOUZA, Nelson Oscar de. *Ibidem*, p. 204.

(controle de constitucionalidade formal objetivo <sup>473</sup>), sobre a realização dos atos pelo sujeito previsto à produção normativa (controle de constitucionalidade formal subjetivo <sup>474</sup>) ou, ainda, sobre o próprio conteúdo do ato (controle de constitucionalidade material ou substancial <sup>475</sup>).

Qualquer que seja a via do controle de constitucionalidade, constata-se que é indissociável no que tange ao fundamento de validade. BARACHO afirma que: “*No Estado federal a ordem jurídica é apenas uma, quando é considerada no que diz respeito ao seu fundamento de validade (...)*” <sup>476</sup>, o que traduz a unidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Já MOTA e SPITZCOVSKY indicam o escalonamento quando dizem: “*Nosso ordenamento jurídico é composto por um conjunto escalonado de normas em cujo ápice se encontra a Constituição, documento que dá fundamento de validade para todas as demais sendo, pois, hierarquicamente superior a todas elas*” <sup>477</sup>. Aparte o aspecto de considerar a hierarquia da Constituição inferior à supremacia, consoante já referido, é possível admitir a referência dentro do contexto em que: “*(...) entende-se por inconstitucionalidade, qualquer agressão à Constituição, quer quanto ao processo de elaboração legislativa a ser seguido (inconstitucionalidade formal), quer quanto ao conteúdo da norma (inconstitucionalidade material)*” <sup>478</sup>.

Todavia, nessa ótica de MOTA e SPITZCOVSKY, constata-se que a norma sob verificação de compatibilidade considerada originariamente da repartição de competências enfrenta alguma dificuldade de enquadramento.

Embora esses autores refiram que existem dois pressupostos ao controle de constitucionalidade efetivo, a existência de uma Constituição rígida e a existência de um órgão que exerça o controle de constitucionalidade, em que a rigidez “*(...) decorre do fato de a Constituição estabelecer, para a alteração de suas normas, um processo mais árduo e solene, marcado pela exigência de um quorum mais elevado (3/5) que o previsto para a alteração da*

<sup>473</sup> SOUZA afirma que: “*Os requisitos formais objetivos envolvem a necessidade de atendimento da forma, dos prazos e dos ritos na edição do ato normativo ou da lei.*” In SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 204.

<sup>474</sup> Nesse sentido: “*Os requisitos formais subjetivos dizem respeito à competência do órgão do qual emanou o ato ou a norma.*” In SOUZA, Nelson Oscar de. *Ibidem*, p. 204.

<sup>475</sup> É expresso como: “*O requisito material ou substancial diz com o próprio conteúdo do ato ou da lei onde os princípios fundamentais da Constituição — expressos ou meramente implícitos — não de constituir-lhe requisito substancial; assim o respeito às garantias estabelecidas no texto da Lei Suprema.*” In SOUZA, Nelson Oscar de. *Ibidem*, p. 207.

<sup>476</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 70.

<sup>477</sup> MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 38.

<sup>478</sup> MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Ibidem*, *idem*.

*legislação ordinária*”<sup>479</sup> e a existência do órgão de controle que, segundo indica BARACHO, é característica do federalismo: “(...) *O controle do exercício das competências legislativas determinadas pela Constituição, é por si mesmo matéria fundamentalmente constitucional e, por consequência, no Brasil, como na maior parte dos Estados federativos, é matéria da competência das Supremas Cortes federais ou, mais recentemente, das Cortes Constitucionais*”<sup>480</sup>.

Parece lógico que o controle de constitucionalidade foi instituído para o resguardo do equilíbrio no exercício de poderes insculpido na Constituição. É nesse sentido que sobressai a repartição de competências como primeiro objeto e a produção de normas como segundo, mesmo porque, no federalismo só se produz normas após repartida a competência entre os entes.

Citando Gonçalves de Oliveira, BARACHO afirma: “*Mesmo que ocorra a prevalência das leis federais (...) a questão é antes da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis*”. Justificando a inconstitucionalidade na hierarquização, na prevalência das leis federais, o autor explica que:

*“No domínio das competências privativas, a afirmativa de certa prevalência da lei federal esgota-se com a declaração da inconstitucionalidade das leis estaduais que entram em conflito com as que são de origem federal. Ocorrendo competência concorrente, resolve-se pela supremacia da lei federal. E o desrespeito às leis federais por parte dos Estados chega a justificar a intervenção federal nestes. Por isso mesmo, como existe nos regimes federais uma questão de preponderância da lei federal (competência concorrente), ao lado de uma questão de constitucionalidade (competências exclusivas), a conhecida regra da hierarquia das leis na federação é perfeitamente acertada, desde que se entenda que somente as leis federais válidas preponderam sobre as estaduais.”*<sup>481</sup>

Contudo, a própria referência é de duvidosa aceitação sem ressalvas, porque quando o BARACHO cita a preponderância da lei federal sobre a estadual, reconhecendo a hierarquização, conclui dizendo que a *conhecida regra da hierarquia das leis na federação é perfeitamente acertada*, todavia, esta hierarquia é condicionada a que *se entenda que somente*

<sup>479</sup> MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 38. Os autores dizem, ainda, que: “*Sem a rigidez as normas constitucionais estariam no mesmo grau hierárquico das demais, distinguindo-se delas apenas no que respeita à matéria, não tendo o menor sentido, pois falar-se em controle da constitucionalidade.*”

<sup>480</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 72. Ref. Valladão, Haroldo. A Influência das Estruturas Federalistas sobre a Fonte Legislativa do Direito, Arquivos do Ministério da Justiça. Março, 1974, nº 129, pp. 29 e ss.

*as leis federais válidas preponderam sobre as estaduais.* Considerando que a invalidade de leis federais é declarada no controle de constitucionalidade, seja verificando o processo de legislativo, seja sobre o conteúdo das normas produzidas que são de competência da União, fica patente que na verificação de compatibilidade podem ser inválidas as leis federais e válidas as estaduais.

Logo, todo e qualquer conflito entre normas repartidas entre a União e os Estados pode ser objeto de controle de constitucionalidade e a compatibilidade será resolvida a partir da Constituição, e não de uma comparação direta entre as normas editadas pelos entes.

Mesmo porque, consoante CARRAZA: *“Demais disso, num Estado Federal, ao Legislativo da União é interdito anular, mutilar ou, mesmo, usurpar as competências estaduais que, repetamos, estão perfeitamente desenhadas na Constituição (...)”*<sup>482</sup>. Ainda, conforme CARRAZA, *“(...) Muitas vezes, norma federal contém mandamento ‘obrigando’ os Estados a agirem de uma determinada maneira, sobre determinado assunto. A ingerência, aí, é clara e configura, em nossa opinião, uma inconstitucionalidade irremissível. Os Estados, ainda que a Constituição lhes atribua uma tarefa, é que devem decidir quando e como desempenhá-la (...)”*<sup>483</sup>. O autor diz, ainda, que: *“Os Estados-membros editam, também, suas próprias leis, que devem harmonizar-se com a Constituição Federada e com os princípios sensíveis da Constituição do Estado Federal (não com as leis da União)”*<sup>484</sup>.

Por fim um derradeiro aspecto extraído da obra de CARRAZA permite constatar que a ingerência ocorre mesmo considerando as ordens jurídicas internas, dos entes federados: *“Não padece dúvida de que estas ordens jurídicas possuem campos de atuação perfeitamente traçados pela Lei máxima, de tal arte que em nenhuma hipótese interferem umas com as outras. Nem, muito menos, atrimam.”*<sup>485</sup>

Por estas considerações, verifica-se que o estudo das relações entre normas, consoante contido na Constituição há de ser composto por três conjuntos de regras e princípios em sua feição minimamente aplicada. Primeiro, a Federação, composição por pessoas políticas e repartição de competências.

<sup>481</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 68-69. (Ref. Leal, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Forense: Rio de Janeiro, 1960, 1 e, pp. 127-128.)

<sup>482</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11 e revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95.

<sup>483</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Ibidem*, p. 97.

<sup>484</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Ibidem*, p. 94.

<sup>485</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Ibidem*, p. 95.

Segundo, o Poder Legislativo, unidade no âmbito do Estado e processo legislativo, ou seja, produção de normas pelos órgãos componentes deste Poder.

Terceiro, o controle de constitucionalidade, na ótica da preservação das competências repartidas (horizontalmente) e coordenadas (verticalmente) entre as pessoas políticas, tal qual prescrito e a verificação da produção de normas pelo órgão legislativo da União como contido na Constituição sob o designativo processo legislativo.

Este último aspecto de controle de constitucionalidade da formalização da produção das espécies normativa contidas no art. 59 da Constituição pode ser utilizado para justificação da hierarquia entre as espécies arroladas neste dispositivo e as espécies normativas produzidas pelos Estados-membros ou Municípios. Todavia, como a Constituição não prescreve a regência da produção de normas de outras pessoas políticas que não a da União, o que é próprio a uma Federação, a Constituição reserva expressamente na discriminação como objeto da autonomia política, art. 18, combinado com os arts. 25 e 29, e nesta forma atribui que à União é vedada a interferência neste aspecto. Logo, por estes dispositivos, há reserva de competência que não permite a ingerência da União e torna isonômico, formalmente, todo o componente do conjunto de normas produzidas pelos Estados-membros, Municípios e União.

#### **4.4 REFLEXOS DA ESTRUTURA NORMATIVA CONSTITUCIONAL**

É nesta ótica que a definição provisória de estrutura normativa, apresentada no capítulo introdutório, reduz-se ao “conjunto de normas emanadas de órgãos do poder legislativo, na forma e nas posições de coordenação e subordinação estabelecidas por uma Constituição”.

Evidentemente, o conjunto de normas é adjetivado como normas gerais e a emanção é oriunda de todos os órgãos do Poder Legislativo com atribuição para edição de normas gerais, sejam da União, dos Estados-membros ou dos Municípios. A forma é a contida na Constituição para a produção consoante prescrito no processo legislativo. A posição de subordinação é estabelecida em relação à Constituição, à supremacia constitucional, e a posição de coordenação diz respeito ao conteúdo da norma editada.

Nesse sentido, partindo da própria concepção de unidade do ordenamento jurídico designado por Kelsen e Bobbio, ou seja, um fundamento de validade das normas emanadas do Estado, é na unidade do Poder Legislativo com vistas à coordenação de gêneros de normas, independente da quantidade de órgãos, em que se encontra o segundo escalão de normas na Constituição Federal brasileira.

Se for compreendido que reside nas espécies de normas a hierarquização para definição do escalonamento, então se tem um problema intransponível, pois os gêneros perdem utilidade e a produção de normas pelos Estados-Membros e Municípios há de ser regulado ou pela Constituição Federal ou norma editada pela União, então, federação não há. A própria prescrição contida nos arts. 25 e 29 da Constituição, pelos quais a elaboração das Constituições estaduais e leis orgânicas municipais devem obedecer os princípios contidos na Constituição remete à dúvida sobre o processo legislativo emanado destas pessoas observa princípios da Constituição Federal ou se são de livre adoção pelos Estados-membros e Municípios.

Neste aspecto, constata-se que não há uma dificuldade significativa em justificar a ausência de hierarquia formal em um conjunto tão díspar.

O escalonamento fundado nos termos apresentados por Kelsen e Bobbio também permite, por exclusão, a impugnação da hierarquização entre leis emanadas pelos órgãos legislativos de cada uma das pessoas políticas. Assim, estritamente, como as leis municipais retiram seu fundamento da lei orgânica, são subordinadas à lei orgânica. Como a lei orgânica retira seu fundamento da Constituição Federal, não há relação hierárquica entre as leis da União e as leis municipais. Da mesma forma ocorre em relação aos Estados-membros. Como as leis estaduais que retiram seu fundamento de validade da constituição estadual, e esta retira seu fundamento da Constituição Federal, não há relação hierárquica entre estas leis estaduais e as da União ou, ainda, as editadas pelos Municípios.

Outro aspecto intransponível da hierarquização do escalonamento teorizado é verificável no controle de constitucionalidade formal. Se as constituições estaduais e as leis orgânicas municipais prescrevem as regras do processo legislativo destes entes, o controle de constitucionalidade sucumbe neste aspecto, pois se a regência da produção de normas não é da Constituição Federal, não há inconstitucionalidade. Entretanto, uma exceção é admitida e refere-se ao raro caso de a inconstitucionalidade das constituições estaduais e das leis orgânicas municipais na adoção de regras do processo legislativo. Neste caso, não é questão

de validade formal ou hierarquia que se percebe, mas sim questão de conteúdo, compatibilidade material, logo, inexistente fundamento de validade formal questionado.

Percebido neste sentido, o fato de os gêneros de normas jurídicas oriundas de órgãos do Poder Legislativo brasileiro, da União, dos Estados-membros e dos Municípios, poder ter como fundamento de validade três normas distintas e como fundamento ou prescrição de conteúdo uma só norma, a Constituição Federal, isso traduz ou traz à tona aspecto absolutamente distinto do que ocorre em um ordenamento jurídico de Estado unitário.

Considerando a Constituição Federal como propriamente federativa, isto é, pertinente aos três entes da Federação, mesmo que neste diploma encontre-se a integralidade da Constituição da União e somente parcela das constituições estaduais e das constituições ou leis orgânicas municipais, pois o processo legislativo desses entes não está lá previsto.

Todavia, diante da inexistência de regramento do processo legislativo prescrevendo a elaboração das constituições estaduais e das municipais, ou leis orgânicas, é admissível que se busque os elementos de unidade, com construção escalonada, coerência e completitude do ordenamento jurídico federal brasileiro fora do regramento do processo legislativo, justamente, na designação de gêneros de normas expresso como repartição de competências entre os entes federativos.

Ainda, pelo fato de haver uma ruptura no regramento do processo legislativo federal brasileiro, ou seja, não há na Constituição Federal a prescrição do processo de elaboração das constituições estaduais ou municipais, impõe-se como racionalmente necessário uma inversão do método indutivo de verificação do fundamento de validade, consoante proposto por Kelsen e reproduzido por Bobbio, para aplicação do método dedutivo, ou seja, parte-se da Constituição Federal, dos gêneros de normas contidos na Constituição Federal, de todos os entes da federação, para, então, verificar o elemento coerência do conjunto de normas oriundas de órgãos do poder Legislativo que compõem as espécies normativas.

Em síntese, a estrutura normativa definida insere-se no estudo do ordenamento da Constituição brasileira na forma a seguir descrita.

A unidade do ordenamento jurídico positivo brasileiro é definida na Constituição em sentido formal.

O escalonamento, constituindo a Constituição Federativa como primeiro escalão, distinto dos demais pela natureza jurídico-política da Constituição, tem como escalão imediatamente subsequente o que é foi designado como estrutura normativa brasileira. A



Constituição Federal é o fundamento de validade das normas que compõem a estrutura normativa brasileira.

A estrutura normativa é composta pelas normas gerais e abstratas oriundas de órgãos do Poder Legislativo do Estado Federal, ou seja, pelo conjunto de normas que detém a natureza de leis, prescrito a partir da Constituição.

A Constituição não se insere na estrutura normativa porque é o fundamento de validade desta.

A coerência, definida na forma de hierarquização não se aplica à solução de antinomias entre o primeiro escalão, a Constituição, e a estrutura normativa. Aplica-se o princípio da supremacia da Constituição, ou seja, a incompatibilidade é sempre com a Constituição Federal.

Na remota possibilidade de se compreender que uma lei municipal conflita com o regramento de sua produção, prescrito na lei orgânica municipal, a incompatibilidade é resolvida entre estas normas pela disposição constitucional que defere ao Município a forma de produção leis municipais.

Se a lei municipal conflita com lei estadual ou com lei federal, a questão remete à Constituição Federal para verificação da solução.

Desta forma, a inversão do método, do indutivo, que parece ser apropriado para Estados unitários, para o dedutivo, aparentemente mais adequado ao Estado Federal, pelo menos ao brasileiro, reflete-se ou permite constatar nesta concepção uma melhor fórmula à organização legislativa federal,

Os demais escalões não são posicionados pela Constituição Federal. Todavia, não há, ao que se infere da Constituição, a possibilidade de verificar sua composição ou indícios do escalonamento, pois se, pela Constituição, é possível ao Judiciário anular atos contrários à lei, e, inclusive, leis inconstitucionais, constata-se que, perante a Constituição, é impossível hierarquizar tais atos.

A impossibilidade de verificar as normas que compõem um ordenamento jurídico já foi apresentada por Bobbio, consoante se constata no capítulo segundo deste estudo, quando o autor diz que os ordenamentos jurídicos são compostos por uma *infinidade de normas, que, como as estrelas no céu, jamais alguém consegue contar*. Neste sentido, cumpre destacar, este argumento da infinidade de normas também justifica a impossibilidade de aceitar a construção escalonada do ordenamento jurídico como composta por espécies de normas.

A completude ou incompletude do ordenamento jurídico teorizado por Kelsen e referido por Bobbio, nos termos descritos por Bruneti no capítulo segundo deste estudo e

retomados no início deste capítulo, é algo incompreensível sem comparar o objeto (ordenamento jurídico) com outra coisa. Nesse sentido, Bruneti refere à imperfeição do “*ordenamento legislativo como representação da vontade do Estado*”. O estudo do ordenamento jurídico brasileiro e da teoria do ordenamento jurídico não pressupõe a perfeição, pois há previsão de solução de antinomias, ou seja, conflitos entre normas, e não é compreensível que haja solução de conflitos em ordenamentos legislativos perfeitos.

Todavia, é da Constituição aplicada dedutivamente através de sua supremacia que se verifica como o ordenamento legislativo, conceito similar ao de estrutura normativa, não precisa ser perfeito, completo e coerente, pois é a partir da unidade da Constituição e de sua supremacia que é possível reduzir a imperfeição e buscar, paulatinamente, uma maior coordenação legislativa e uma menor solução de antinomias através da hierarquização.

Por fim, a hierarquização de normas, compreendida como fundamento de coerência na teorização kelseniana, construção jurisprudencial oriunda do império romano, consoante afirma Bobbio, detém contra si, em percepção singular deste estudo, os aspectos que seguem.

Primeiro, não foi construída a partir da existência do constitucionalismo, mas sim, de período anterior, do tempo do arbítrio, do tempo do Estado Rei, do Rei não erra, em que não havia separação de poderes, ou seja, o poder não se justificava pela razão, mas pela razão e pela força ou arbítrio.

Segundo, federalismo também inexistia, logo, a tripartição de poderes inexistente à época da construção da solução hierárquica de antinomias ou da preservação da coerência desconsiderava o aperfeiçoamento ou adaptação a Estados com grande extensão territorial, em que há a composição de pelo menos uma dezena de órgãos de caráter político, como existente na República Federativa do Brasil, com a função de exercer e controlar o exercício do Poder Soberano <sup>486</sup>

Terceiro, inexistia a tecnologia da informação que permite coletar integralmente a legislação federal, da União, dos Estados-membros e dos Municípios, bem como, as decisões judiciais sobre a estrutura normativa para definir os aspectos necessários ao aperfeiçoamento desta estrutura.

Quarto, não que a hierarquia seja ruim, mas é falha, pois no método do positivismo que busca na ciência normativa a mesma correlação fática que existe nas ciências naturais um

---

<sup>486</sup> Exemplificativamente: Presidência da República, Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara de Deputados, Supremo Tribunal Federal, Procuradoria-Geral da República, Partidos Políticos, Confederações

fundamento desconsidera que, por exemplo, no organismo humano, o coração não é hierarquicamente superior ao cérebro, ao fígado, às artérias ou à derme, mesmo que se possa cortar unhas e cabelos. Logo, é estranho compreender o ordenamento jurídico federal brasileiro como a partir de uma unidade se se justifica aspectos que lhe são nocivos, como a ingerência (ou arbítrio político da União sobre os Estados e destes sobre os Municípios), a inflação jurídica, a incoerência e o arbítrio judicial sob o argumento da desnecessidade de explicar ou justificar normas gerais e decisões porque são *hierarquicamente superiores*.

Por fim, respondendo às indagações citadas no início deste segmento, é possível afirmar que as normas editadas pelo Poder Legislativo do Estado Federal brasileiro podem ser consideradas como componentes de escalão único no exame do ordenamento jurídico brasileiro. Neste o Poder Legislativo Federal é exercido por vários órgãos e é na coordenação de produção e controle que a Constituição é definida como lei das leis.

Já em relação à segunda questão, qual a utilidade prática do presente estudo, alguns aspectos não de ser abordados. São a inflação jurídica, a insinceridade normativa e a insuficiência dos critérios para dirimir conflitos entre normas. Esses aspectos dizem respeito à coerência do ordenamento jurídico brasileiro.

A inflação jurídica no Brasil é algo que extrapola uma compreensão razoável quando constatada sua evolução. BARROSO <sup>487</sup> cita que, em palestra realizada em 1980, Pontes de Miranda “*estimou estarem em vigor no Brasil a quantia de 45.000 leis, absurda cifra que quantifica apenas os atos formalmente legislativos*”, ou seja, daqueles componentes da estrutura normativa. Em comparação com notícia mais recente, a Revista Veja <sup>488</sup> aborda o “*caos reinante no sistema legislativo brasileiro. De acordo com um trabalho feito recentemente, o país conseguiu chegar ao absurdo de possuir mais de 1 milhão de leis, muitas delas contraditórias*”. Esta informação é citada como originada do Ministério da Justiça e é de difícil aceitação.

Se se fizer uma divisão deste valor um milhão de leis pela quantidade de entes da Federação brasileira, pois cada um detém órgão do Poder Legislativo, são 5.958 Municípios, 27 Estados-membros (equiparando o Distrito Federal) e a União. São 5.986 órgãos do Poder

---

Nacionais, Ordens de Classe, Governadores de Estado, Assembléias Legislativas, Tribunais de Justiça, Chefes de Executivos Municipais, Câmaras de Vereadores, etc.

<sup>487</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora RENOVAR, 1993 p. 43-44)

<sup>488</sup> *É hora de fazer faxina*. In REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, 30 de agosto de 2000, Ano 33, nº 35, p. 40.

Legislativo, todos produtores de normas prescritas constitucionalmente. O resultado é 167 normas por órgão.

Para verificar esta estimativa foram consultados três Municípios da Região Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Alecrim, Santa Rosa e São Martinho. A consulta informal indagava o número da última lei ordinária editada por cada Município nas datas de 31/12/99, 31/12/00 e 31/07/01 são as seguintes.

Alecrim: na primeira data, Lei nº 1323; na segunda data, Lei nº 1359; na terceira data, Lei nº 1397. Santa Rosa: na primeira data, Lei nº 3263; na segunda data, Lei nº 3317; na terceira data, Lei nº 3386. São Martinho: na primeira data, Lei nº 1395; na segunda data, Lei nº 1451; na terceira data, Lei nº 1504.

De 31/12/99 a 31/12/00, nos três Municípios, foram editadas 146 leis ordinárias. De 31/12/00 a 31/07/01 foram editadas 160 leis ordinárias.

Evidentemente que não se pretende esgotar o tema, mas é possível especular com base nestas informações e algumas considerações permitem a impugnação da informação do número mínimo de normas editadas por órgãos do Poder Legislativo em vigor no Brasil. Se for feita uma média de normas editadas a partir de um mínimo existente nestes Municípios citados, por exemplo, 1000 leis, multiplicando pelos 5.958 municípios, a cifra chega à quantia de quase seis milhões de leis.

Acrescidas de algo estimado em 15 mil leis dos órgãos legiferantes da União e Estados-membros, há outro meio milhão de normas.

Da mesma forma, o problema é crônico quando percebido em relação à matéria. Quantas normas com atributo de generalidade existem sobre direito tributário editadas pela União, não só as oriundas do órgão legiferante? Não foi buscada uma resposta.

Todavia, circula *folder* de escritório de advocacia especializado na matéria afim à energia elétrica e a propaganda diz, expressamente, que no âmbito federal existem mais de dezessete mil normas regulando a matéria.

Com a produção de normas gerais, inclusive as que compõem a estrutura normativa, ou seja, oriundas de órgãos legiferantes e de outros órgãos, distribuída entre várias Conselhos, Agências e outras instituições reguladoras, torna perfeitamente cabível afirmar que o número de normas de caráter geral é superior a 15 milhões.

A constatação da inflação jurídica nestas proporções permite vislumbrar que um problema imediato no Direito Brasileiro não é a hierarquia, mas a falta de ação com base em estudos coerentemente desenvolvidos para coordenação de informações e normas para evitar

outros aspectos nocivos que estão surgindo e tendem a se agravar. Ademais, quantas normas gerais estarão em vigor no final desta década? Em que ano da presente década o conflito de normas será o principal objeto na solução judicial de controvérsias? Quando será intensificado o combate a ingerência, principal problema do Federalismo brasileiro, que não permite a autonomia dos entes federados pautada na hierarquização, pois não se sustenta na produção normativa coordenada? Estas indagações são somente algumas que refletem a complexidade oriunda da inflação relacionada à estrutura normativa examinada.

Conexa a esta inflação jurídica, a insinceridade normativa prescreve-se como a elaboração ou não elaboração de norma (omissão normativa), com intuito de obtenção de objetivos espúrios ao que determina a Constituição. Compreendendo que a Constituição diz os objetivos da República Federativa do Brasil, art. 3º, o que é diretamente relacionado à Política Jurídica, à teleologia de produção das normas que compõem a estrutura normativa, que também consiste em um avanço ao que dizia Kelsen sobre a Política Jurídica, é expresso como insinceridade normativa a produção ou não de certas leis descumprindo tais objetivos.

A ingerência federativa, a ausência ações para promover a justiça tributária, a desorganização tributária, a redução de poderes de fiscais na lei e outros tantos aspectos justificam que mesmo que se leve os conflitos ao judiciário, “(...) *com base na legislação em vigor, sentenças são tomadas e, com base na mesma legislação, essas sentenças são derrubadas*”<sup>489</sup>, o que, embora não seja novidade a juristas, apresentam-se como insinceridade normativa e resultam, em última análise, além de expressões de insegurança e anormalidade, em aspecto culturalmente arraigado como normal do ordenamento jurídico brasileiro.

É a partir destas considerações que se contata que há necessidade de compor novas soluções diante da insuficiência de critérios para dirimir conflitos entre normas, particularmente, principiando por uma ação coordenativa na revisão e prescrição de regras mais precisas à produção e à interpretação das normas que compõem a estrutura normativa apresentada.

O derradeiro aspecto que demonstra a utilidade do presente estudo está centrado na literatura jurídica e no ensino jurídico<sup>490</sup>. No ensino jurídico há certo combate sistemático em relação aos cursos jurídicos categorizados como cursos de legislação, como se o Estado

---

<sup>489</sup> *É hora de fazer faxina*. In REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, 30 de agosto de 2000, Ano 33, nº 35, p. 40.

<sup>490</sup> Primeiramente, uma especulação, no início do Século XX, quando iniciou o funcionamento da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul, o Curso de Direito demandava 3 anos. A quantidade de normas emanadas de órgãos legislativos do Estado era, deveras, insignificante. É possível,

brasileiro buscassem quadros formados fora desta ótica. Não há no ensino jurídico brasileiro formação dicotômica ao suprimento das necessidades, ou seja, cursos de legislação e cursos de direito.

Já em relação à literatura jurídica <sup>491</sup>, pelas diferenças de percepção contidas em obras citadas neste estudo, constata-se certa necessidade de definição em dois aspectos. Primeiro, na adoção de algum vocabulário jurídico oficial, em que não se encontre tamanha discrepância terminológica, pois mesmo a definição legal de certas palavras ou locuções jurídicas não são suficientes em estabelecer um mínimo comum que possa ser admitido como ponto de partida para uma abordagem mais coerente do direito. Segundo, na formulação oficial de ‘obra jurídica recomendada’, com adoção, se não obrigatória ao ensino jurídico, obrigatória à avaliação do ensino jurídico pois, no universo da literatura jurídica, a abordagem autoral é enfoque que, correta ou não, pode ser necessária à evolução ou à manutenção.

---

embora não haja base alguma para tal, afirmar por intuição que o resultado legislado em cada ano era inferior à quantidade de normas gerais produzidas semanalmente no final do mesmo século.

<sup>491</sup> Também a título de especulação, a literatura jurídica produzida no início do Século XX era muito inferior à atual. Mesmo porque, o incremento da literatura jurídica teve, em grande parte, impulso de especialização de conteúdos inexistentes como ramos jurídicos. Nesta ótica, pode-se exemplificar que surgiram o Direito Tributário, Financeiro, Municipal, do Consumidor, Ambiental, de Trânsito e sobre energia elétrica. Isto, sem considerar os sub-ramos que se desenvolveram em um nível inexistente no pórtico secular. Inclusive, a literatura jurídica brasileira, diante da diminuição do custo da produção pelo aumento da comercialização, importou obras de autores estrangeiros que estão inseridas no universo brasileiro.

## CONCLUSÃO

Conforme o Ministério da Justiça brasileiro, existem em vigor, no território, mais de um milhão de leis, ou seja, normas jurídicas oriundas de órgãos do Poder Legislativo. A divisão deste número pela quantidade de órgãos do Poder Legislativo existentes no Brasil, 5986 órgãos (5.958 dos Municípios + 26 dos Estados-Membros +1 do Distrito Federal + 1 da União), resulta que a média de leis em vigor de cada órgão é algo em torno de 168 normas por ente federado. Embora não seja possível acreditar nessa informação, o simples fato de haver um milhão de leis em vigor permite constatar que um dos problemas mais graves e urgentes para enfrentar nos próximos anos é o conflito de normas. Com base nestes aspectos, é no conflito de normas que se traz o estudo do ordenamento jurídico, enquanto concepção sistêmica firmada na teoria do direito, cujo conceito é sintetizado como a totalidade de normas jurídicas com o mesmo fundamento de validade. As considerações a seguir permitem verificar uma das possibilidades de enfrentar o conflito através anteposição do federalismo à composição das normas do ordenamento jurídico brasileiro.

1. A ordenação de normas está presente na história jurídica desde há muito. Aristóteles mencionava a ordenação entre constituição, leis e decisões judiciais. Em uma concepção mais avançada, quando da constatação dos sistemas de Direito compostos pelas famílias romano-germânica e pela *common law*. Mas, nesta composição de famílias é possível perceber as influências recíprocas que os ordenamentos jurídicos positivos sofreram.

2. No intuito do positivismo como método, de definir como objeto da Ciência Jurídica o Direito que é, Hans Kelsen apresentou a construção escalonada do ordenamento jurídico positivo, na qual, este é composto por um conjunto de normas que tenham um mesmo fundamento de validade.

3. A composição por escalões configura-se a partir da existência de normas que prescrevem regras de produção de outras normas. Assim, o primeiro escalão de normas é designado como a norma hipotética fundamental, pressuposta, que consiste em um recurso teórico apositivo, adotado por Kelsen para explicar sua compreensão que a norma que rege a produção da Constituição só pode ser uma norma. Sob a concepção de fundamento de validade, isto é, produção de uma norma conforme prescrito em outra, são estabelecidas a ordenação teórica do ordenamento jurídico e a hierarquização de normas.

3. Na teoria se apresenta um escalonamento ou ordem de normas que se aproxima, salvo algumas particularidades, da seguinte: norma hipotética fundamental, a Constituição, as normas gerais oriundas de órgãos do Poder Legislativo, outras normas gerais não oriundas de outros órgãos do Poder Legislativo e, por fim, normas não gerais, isto é, individuais e concretas, particularmente, as oriundas de órgãos do Poder Judiciário.

4. Desconsiderando a norma hipotética fundamental porque não compõe o ordenamento positivo, a Constituição assume a posição de fundamento de validade, particularmente pelas seguintes características: Primeira, sua natureza jurídico-política, que a distingue das demais normas, somente jurídicas, ou seja, produzidas consoante norma previamente existente. Segunda, a situação de a Constituição ser a norma de unidade ou fundamento de validade das demais normas de um ordenamento jurídico. Terceira, a Constituição prescreve as relações entre normas no seu próprio conteúdo, particularmente, na forma de Estado ou no estabelecimento da forma de Estado adotado. Quarta, no conflito entre uma norma qualquer do ordenamento jurídico não se cogita de hierarquia da Constituição para exclusão ou redução desta norma, mas sim de supremacia da Constituição, pelo que, a Constituição não é superior, é suprema.

5. O segundo escalão é composto comumente por normas gerais oriundas de órgão do Poder Legislativo. Kelsen indica tais normas como complementares à Constituição, mas que



tem o seu processo de produção regulado na Constituição. É neste ponto que Kelsen equipara as formas de Estado unitário e federal para designar a hierarquização em face de um centro de produção de normas gerais.

6. Justamente este aspecto cria um problema intransponível para a equiparação das formas de Estado. A hierarquização formal é constatada basicamente pelo método indutivo, da mesma forma que no Estado unitário, ou seja, uma norma (hierarquicamente inferior) busca seu fundamento de validade noutra norma (hierarquicamente superior) que regule a sua produção. No Estado Federal brasileiro, nenhum dos entes (através de seus órgãos legislativos) produz normas para regular o processo de produção de normas de outros entes. A exceção é a alteração da Constituição, que rege a produção de normas da União.

7. No mesmo sentido, as normas oriundas de órgãos do Poder Legislativo dos Estados-membros ou dos Municípios brasileiros não são produzidas de acordo com regras de produção editadas pela União, mas sim pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas municipais.

8. Nesta ótica, o conceito operacional de estrutura normativa engloba o conjunto de normas oriundas de órgãos do Poder Legislativo (dos entes federados) prescritos em uma Constituição, em suas relações de coordenação (federativa) e subordinação (dos entes federados à Constituição; dos Estados e Municípios às respectivas normas de processo legislativo).

9. A Ciência Jurídica assume capital importância ao verificar aspectos pertinentes na redução do seu objeto, a norma jurídica, na definição de critérios para a solução de antinomias.

10. Da mesma forma, a Política Jurídica, destaca-se enquanto estratégia de decisão de construção de normas jurídicas úteis para a solução de conflitos entre normas oriundas de órgãos do Poder Legislativo. Ademais, é na prescrição teleológica da Constituição Federal brasileira, principalmente no art. 3º, que se encontra a finalística da produção de normas por órgãos do Poder Legislativo.

11. Por fim, a hierarquia de normas, critério de solução de antinomias, considerando o escalão designado como estrutura normativa, merece reestudos principalmente pela incompatibilidade entre a teorização indutiva e o sistema federativo dedutivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Tecnoprint, [s/d]. 386p.  
— *Ética a Nicômacos*. 2. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, c1985, 1992. 238 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. 429 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.  
— *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos. ed. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 797 p.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11 e revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 197 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 12. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. Trad. Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

É hora de fazer faxina. *Revista Veja*. São Paulo, nº 35, ano 33, p. 38-40, abr. 2000.

FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

— *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1986, verbete ‘completitude’, p. 440.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. 314 p.

— *Processo Legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988*. <http://jus.com.br/doutrina/hierarcf.htm>.

FRIEDE, Reis. *Lições objetivas de Direito Constitucional (e de teoria Geral do Estado)*. São Paulo: Saraiva, 1999. 328 p.

- GALBRAITH, John Kenneth. *A Anatomia do Poder*. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 205 p.
- GRASSO, Marlene Savóia. *O Sistema Federativo*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 1993, p. 59 a 79.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Perspectivas para o Federalismo*. IN BASTOS, Celso (Coordenador). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 146-165.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998. 447 p.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1986
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. 427 p.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. 136 p.
- MOTA, Leda Pereira e SPITZCOVSKY, Celso. 4. ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. 402 p.
- NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 7. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Parma, 1984. Verbete “soberania”, v. 3.
- PERELMAN, Chäim. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722 p.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil. Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. 2. ed. rev e atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*. 2. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES, Esther Bueno. *União, Estados e Municípios*. IN BASTOS, Celso (Coordenador). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.