

A “ORDINARIZAÇÃO” CONSTITUCIONAL.

16 de Setembro de 2011.

Autor: Yuri de Oliveira Pinheiro Valente.

E-mail: dryurivalente@dryurivalente.com.br

Introdução.

As Noções Introdutórias do Direito dão ao jurisconsulto a imprescindível visão da ciência na qual se gradua, exercendo função ímpar no exercício de seu labor.

Contudo, o apego às normas, seja de conteúdo material ou formal, através de processos mnemônicos, no afã de conseguir êxito em certames concursais, subtrai a necessária percepção da finalidade social inerente a este curso.

Cremos ser este o motivo para justificar os assombros por parte da comunidade jurídica quando decisões reiteradas, vinculantes, ou principalmente, normas infraconstitucionais são usadas para dar eficácia ao que já está no bojo do texto constitucional.

Este ensaio tratará deste fato que vivemos nos últimos anos, que é o fenômeno de se “ordinarizar a Constituição”, ou seja, se valer de outro meio para declarar, **sem ser preciso**, matéria abordada na Carta Magna, mas que por boa parte dos juristas, só ganha validade e efetividade quando transformado em mandamento infraconstitucional.

Abordaremos este aspecto dentro da Teoria Geral do Direito e buscaremos exemplificar com casos concretos, situações onde foi preciso, uma manifestação legal ou jurisprudencial, a nosso ver desnecessária, diante dos preceitos constitucionais.

Desde já informamos que não se trata de represália ao modo de se pensar, vez que este é livre e sempre contribui para a construção do conhecimento, contudo é sim um convite a uma reflexão crítica, demonstrando que todas as matérias presentes na matriz curricular se interligam, não sendo diferente o estudo da Introdução à Ciência do Direito.

2) O Estado e sua Estruturação.

Ab initio é necessário se ponderar sobre a questão da hierarquia das normas, no que nos valem da lição dada pelo professor André Franco Montoro *in* Introdução à Ciência do Direito, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, SP:

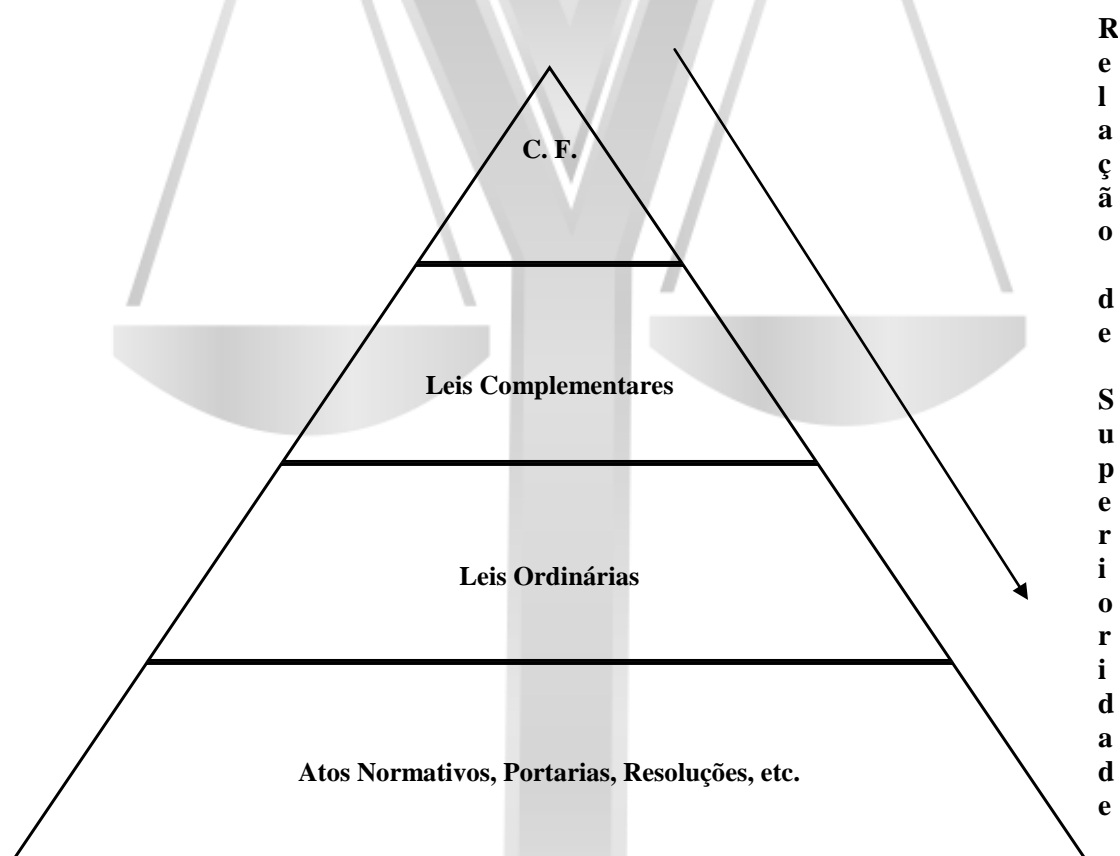
Apesar de sua aparente dispersão, as leis e demais normas jurídicas, na realidade, se integram hierarquicamente num sistema de normas que rege “a conduta comunitária”. Esse sistema constitui o

*ordenamento jurídico de cada comunidade*¹.

No mesmo diapasão os autores Maximilianus Cláudio Américo Führer e Maximiliano Roberto Ernesto Führer *in* *Resumo de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, São Paulo, SP, sintetizaram:

É de Hans Kelsen o modelo da pirâmide da hierarquia legislativa, onde as normas legais retiram validade das regras imediatamente superiores, até chegar ao ápice da pirâmide, onde está a Constituição, que é o fundamento de todo o ordenamento jurídico estatal. Desta maneira, a lei ordinária não pode conter dispositivo que contrarie a Constituição, nem o decreto ou a portaria podem afrontar a lei ordinária.

Assim, o Ordenamento Jurídico, desenvolve o seguinte quadro:

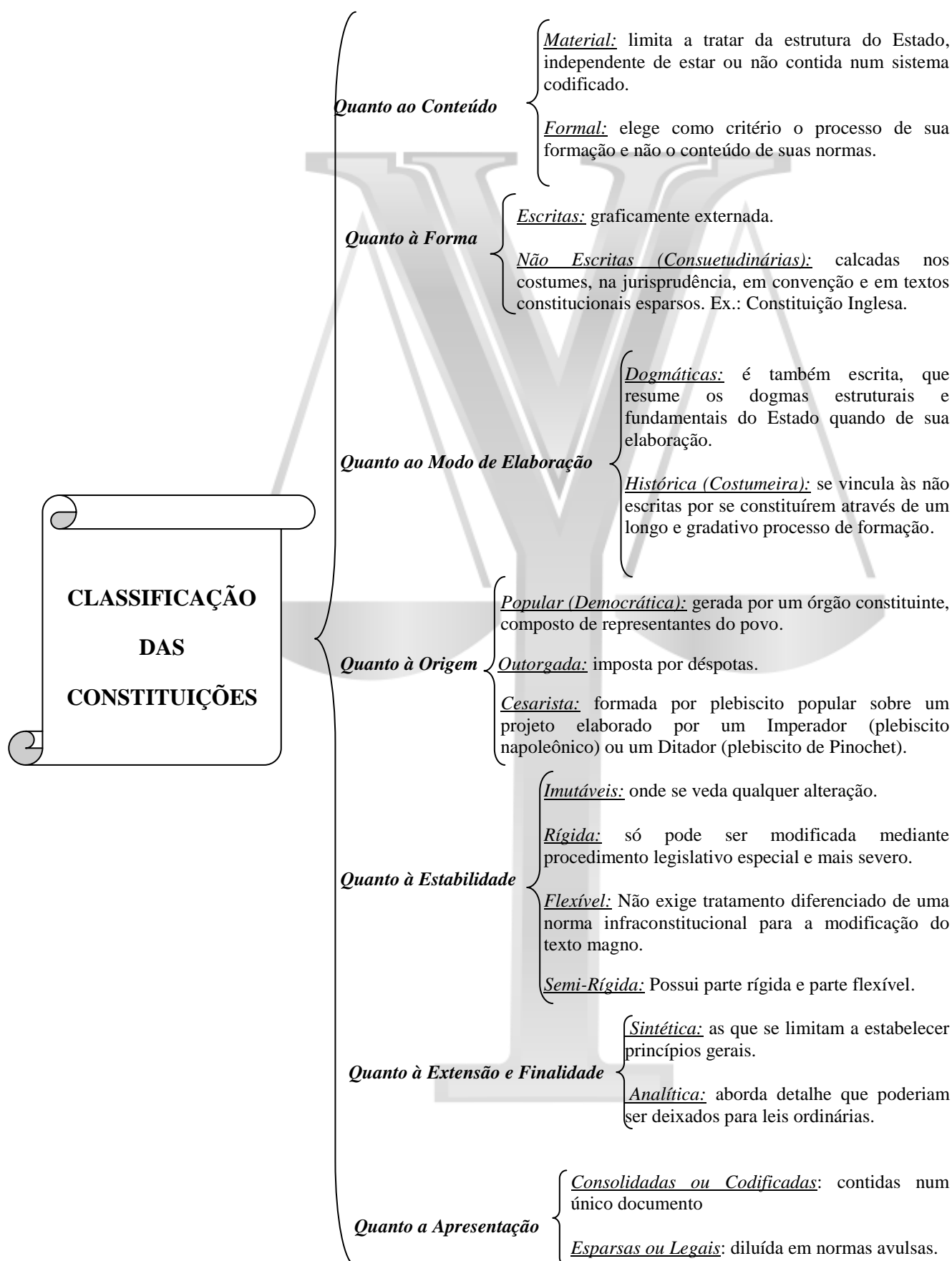


Nesse contexto, ainda que haja críticas a estrutura piramidal, há de se reconhecer que o Estado tem como cerne-normativo, sua Constituição.

Diante desta premissa, todas as normas devem obedecer ao que está na

¹ *Merkel e depois dele Kelsen e outros desenvolveram a teoria da estrutura piramidal do ordenamento jurídico. O direito não é um sistema de normas de igual hierarquia, situadas, por assim dizer, umas ao lado das outras. Mas uma ordem graduada ou hierarquizada, em que cada norma fundamenta sua validade em outra superior, até chegar à norma fundamental.*

Carta Política, seja de forma expressa ou implicitamente, convindo aqui, trazer as classificações das constituições, dada pela doutrina, apresentada no quadro sinótico:



A Carta Política Brasileira vigente tem as seguintes características: **escrita, codificada, formal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida e analítica.**

Logo, diante das características de nossa Constituição, não pode haver margem a dúvidas da subordinação das normas infraconstitucionais à Lei Maior, vez que escrita e codificada, e tão pouco de sua força, vez que formal.

Ademais, é de se chamar a atenção para expressões técnicas que devem ser utilizadas por todos para que haja uma exata compreensão do que abordamos.

No momento em que uma lei (infraconstitucional) revoga outra (de igual hierarquia ou inferior), pode fazê-la totalmente, havendo a denominada **ab-rogação** ou, parcialmente, **derrogação**.

Se, porém, uma norma infraconstitucional já existe e surge uma nova ordem constituinte, verifica-se se houve a **“recepção”** do comando existente, se de acordo com os ditames constitucionais estabelecidos, quando, porém, contrariar o texto constituído haverá a **“não recepção”**.

Se houver necessidade de sanar dúvida com relação à mácula a Lei Maior, haverá o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), que declarará se há adequação do mandamento normativo a determinação constitucional.

Destarte, a inconstitucionalidade é fenômeno decorrente da não-compatibilidade do texto legal com o constitucional.

Fica assim advertido o leitor que quando o estudo versar sobre tema que fere ou não preceito constitucional não há de se falar em “revogação”, seja na forma total (“ab-rogação”) ou parcial (“derrogação”), mas em inconstitucionalidade ou constitucionalidade, que pode ocorrer pela “não-recepção” ou “recepção” se a análise cair sobre norma infraconstitucional existente antes do novo mandamento constituído.

3) Casos de “Ordinarização Constitucional”.

a) No Direito Civil.

Tomemos como exemplo da “necessidade” de se ordinarizar normas constitucionais tema que foi levado ao Supremo Tribunal Federal, objeto de verdadeira celeuma social, que foi o reconhecimento dos efeitos da união estável para pessoas do mesmo gênero ocorrido no 05/05/2011 (ADIn 4277/DF e ADPF nº. 132/RJ).

Nesse caso em específico, desde já salientamos que a análise aqui feita é estritamente jurídica, não se pontua questões de cunho religioso, ditos “morais”, dentre outros.

Pois bem.

A questão posta indagava, grosso modo, se os parceiros homoafetivos que vivessem uma relação contínua e duradoura fariam jus aos benefícios do instituto da

união estável, tendo como ponto divergente a esta pretensão a redação do texto constitucional, constante no artigo 226, § 3º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

(Grifo Nosso).

Sem adentrarmos a fundo os casos, objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, os defensores, diziam que a norma constitucional, replicada no artigo 1.723 do Código Civil, feria princípios outros insculpidos na Constituição. Já os contrários à equiparação, se prendiam a norma que limitou a aplicabilidade do instituto aos gêneros ali determinados.

A nosso ver a questão reflete exatamente o cerne deste trabalho, qual a seja, a forma de interpretação da Carta Política, no que bem sintetizou Alexandre de Moraes *in* Direito Constitucional, Editora Atlas, São Paulo, SP:

*A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, **buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.***

(Grifo Nosso).

Ora, valendo das características da Carta Primavera, apontadas alhures, percebe-se que os comandos normativos foram disciplinados de forma escrita, e codificada, o que viabiliza uma interpretação sistêmica e não pontual.

Assim, se o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecesse, diante da análise tópica do artigo 226, § 3º, transcrito, a união homoafetiva como sendo estável incidiria em erro, porém, tal órgão é o guardião da Constituição, não de um artigo dela, daí dever realizar a interpretação de forma sistemática e voltada para premissas que preconiza, sob risco de passar a realizar atos de teratologia jurídica.

Urge destacar que não há princípio absoluto, devendo sempre haver a ponderação de valores o que ganha peso quando se sopesa axiomas norteadores como o da dignidade da pessoa humana, igualdade, proteção familiar, liberdade, em detrimento de um parágrafo desprovido de boa técnica em sua elaboração.

Fazendo uma viagem temporal à pretérita redação do artigo 219, IV do Código Civil de 1916, encontraremos outro ponto que foi objeto de discussão que perdurou por anos até que a doutrina pacificou o entendimento, mesmo com alguns agindo com espécie de “miopia jurídica” voltassem a trazer a tona tema que fere

frontalmente a redação constitucional.

O comando revogado assim disciplinava:

Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

(...);

IV - o defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

(Grifo Nosso).

Pela redação transcrita seria possível a anulação do casamento diante da constatação pelo marido de a mulher ter se casado não sendo uma donzela.

A redação do Código em comento não é impactante, se levarmos em consideração a época de sua elaboração, mas perde sua eficácia diante do artigo 5º do texto constitucional que determina de forma expressa o princípio da igualdade e o ratifica no inciso I, no que diz respeito à igualdade de gêneros, pois se é outorgado o direito de o homem requerer a anulação o mesmo deveria ser permitido à mulher. Diante da impossibilidade de aferir situação tão íntima, a igualdade deve ser imposta.

Contudo, não raro foram os pedidos de anulação com espeque no fato de a mulher ter sido deflorada sem o conhecimento do marido, havendo, inclusive, julgados que atendiam este pedido², mas posteriormente levados à apreciação de órgãos superiores, o rechaçavam desde que calcado nesta tese.

Repise-se. A interpretação é questão propedêutica e de indubitável relevância, mormente quando tomado como paradigma a Constituição Federal, por atingir todo um sistema jurídico.

b) No Direito Penal e Processual Penal.

Em 2008 três leis (11.689, de 09/06/2008 tratando do Tribunal do Júri; 11.690, de 09/06/2008 versando sobre Provas; e 11.719, de 20/06/2008 que abordou a suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos), alteraram substancialmente a ritualística processual penal.

Na mesma senda em 2011 duas novas leis (12.403, de 04/05/2011 alterou o processo penal nos pontos referentes à prisão, fiança, liberdade provisória e 12.433, de 30/06/2011 alterou a Lei de Execução Penal, no que diz respeito ao instituto da remição). Mais uma vez gritaria se formou.

As normas de 2008 não modificaram o sistema processual de inquisitivo para acusatório, como afirmou parcela da doutrina, mas atenderam a determinação constitucional insculpida no artigo 5º, LVII do texto magno.

² Ação de anulação de casamento – Defloramento da mulher, ignorado pelo marido – Erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge – Procedência – Remessa improvida. 1 – **Comprovado nos autos através do laudo de exame de conjunção carnal o defloramento da mulher, o que era ignorado pelo marido, acertada a decisão que anula o casamento, na forma prevista nos artigos 218 e 219, IV, do Código Civil, por erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, já que a ação foi proposta antes de dez dias da celebração do enlace.** 2 – Remessa improvida. (Remessa Ex-officio n. 002.97.900013-6 – 3ª Câmara Cível – Tribunal de Justiça do ES – Rel. José Eduardo Grandi Ribeiro – **julgado em 30/06/1998**).

(Grifo Nosso).

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Redação que consagra o “princípio da não-culpabilidade”, expressão que substitui com melhor técnica, o chamado “princípio da presunção da inocência” já que não se poderia processar alguém que se presume inocente, podendo, ainda, o réu vir a ser absolvido, por motivos outros que não a certeza de inocência, como determina a redação do artigo 386 do Código de Processo Penal³.

No mesmo sentido, as normas que entraram em vigor no ano de 2011, ordinaram o que já estava presente na Carta Primavera, no princípio em apreço.

Mesmo assim, causou estardalhaço na sociedade, tanto leiga como jurídica, diante da sensação de impunidade que sobrepõe à ordem normativa estatal na qual o país está estruturado.

No artigo que traz brilhante distinção entre o princípio da inocência e da não-culpabilidade de autoria do juriconsulto, André Luís Callegaro Nunes Gomes, publicado no *site* Jus Navigandi, (<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11310/presuncao-de-inocencia-ou-de-nao-culpabilidade>) o autor inverte a hierarquia normativa em sua explicação como se observa do trecho transcrito:

Assim, com o escopo de dar uma interpretação condizente com o sistema processual penal acusatório brasileiro, permitindo que recaia sobre o acusado toda a carga de medidas coercitivas inerentes a esse sistema, não resta outra alternativa senão reconhecer que a Carta Magna defere ao imputado uma posição de neutralidade.
(Grifo Nosso).

Pelo que disse o autor, ao afirmar, em tom dolorido “não restar outra alternativa”, demonstra que busca adequar a Constituição ao sistema processual penal, quando o inverso é a forma correta de analisar todo o sistema jurídico brasileiro.

Fica aqui externada nossa discordância nesse ponto.

Não mudamos o nome do princípio em análise para dar lógica ao sistema processual, a ritualística processual penal de índole fascista é que foi modificada, **não sendo recepcionada**, com o advento das constituições que a sucederam, em especial da vigente, mas, foi preciso que o legislador ordinarizasse o que já estava na Carta Política, às vezes compilando preceitos supra-legais, para dar eficácia às normas insculpidas na Constituição, em sua grande maioria, pétreas.

³ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII - não existir prova suficiente para a condenação.

c) No Direito Difuso e Coletivo.

A Constituição disse em seu artigo 5º, XXXII:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Nesse sentido, por se tratar de norma de eficácia limitada⁴ foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078 no dia 11 de setembro de 1990), com período de *vacatio legis*⁵ de 180 dias da sua publicação.

Referida norma protecionista trouxe no seu artigo 3º, § 2º:

*Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou **jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira**, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou **prestação de serviços**.*

(...)

*§2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, **inclusive as de natureza bancária, de crédito ou securitária**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

(Grifo Nosso).

Federal: Redação esta voltada para o expressado no artigo 170, V, da Constituição

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

(Grifo Nosso).

Ora, não haveria motivos para se questionar a submissão das instituições

⁴ José Afonso da Silva in *Direito Constitucional Positivo distingue as normas constitucionais em três modalidades, no atinente à sua aplicabilidade:*

- a) **De eficácia plena:** “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”.
- b) **De eficácia contida:** “que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”.
- c) **De eficácia limitada:** “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”.

⁵ Intervalo entre a data da publicação da lei e sua entrada em vigor. Com o término da *vacatio legis* inicia-se a obrigatoriedade da lei nova. Antes do decurso da *vacatio* a lei nova não tem efetiva força obrigatória nem autoridade imperativa, mesmo que promulgada e publicada, por ainda estar em vigor a lei antiga. (Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, Editora Saraiva, São Paulo, SP).

bancárias ao regramento consumerista, que calcada em mandamento constitucional e de forma expressa as colocou como prestadoras de serviço, porém, foi necessário o Superior Tribunal de Justiça (STJ), se pronunciar com o enunciado nº. 263:

Súmula nº. 263. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Observe que mesmo com arrimo no texto magno e em lei ordinária foi preciso o Superior Tribunal de Justiça (STJ), editar enunciado diante da quantidade de ações que ali chegavam, questionando a aplicabilidade da lei consumerista a tais pessoas jurídicas, comando este pétreo.

Não cabe aqui uma análise do exercício dos amigos advogados que patrocinam em favor das instituições financeiras e laboram com capacidade ímpar, mas ventilar inaplicabilidade do que está expresso é ato que está estampado como litigância de má-fé, mais precisamente no artigo 17, I, do Código de Processo Civil:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

(Grifo Nosso).

Situação que se fosse aplicada a condenação por perdas e danos, prevista no estatuto processual civil, com um valor significativo, para atingir as pessoas jurídicas integrantes do pólo passivo nestas ações, se evitaria o grande volume de processos que tramitaram e ainda continua a tramitar nos tribunais superiores, porém, diante da inércia do judiciário acaba por exigir julgamentos contínuos, que culminou na elaboração do enunciado transcrito alhures.

4) Conclusão.

Diante dos exemplos mencionados no corpo deste artigo, que não se caracterizam como exceções, mas, infelizmente, como regra, há inversão na valoração da ordem jurídico-normativa priorizando normas infraconstitucionais em detrimento do que está contido expressa ou implicitamente em nossa Carta Política.

Se for necessária a edição de normas infraconstitucionais para dar eficácia ao texto constitucional, com exceção às normas de eficácia limitada, há um desvirtuamento do conteúdo jurídico-social.

Mudanças legislativas ocorrerão, a exemplo disso cite-se o Projeto do Código de Processo Civil que visa desburocratizar os trâmites processuais, com o enxugamento das possibilidades recursais, dentre eles a retirada do Recurso de Agravo de Instrumento, donde adiantamos nosso pensar, de não suprir o desejo esperado, pois bastará voltar os olhos para a Carta Primavera e se valer do Mandado de Segurança diante da ausência de recurso próprio para questionar decisão interlocutória.

Indubitável para nós que será o caminho a ser percorrido na *práxis* jurídica, e que por ser dotada de natureza constitucional ganha, inclusive, prioridade no

seu julgamento. O legislador age com boa-fé, mas continua (ao menos no projeto) preso a modificação dos procedimentos sem analisar o texto constitucional que determina os comandos normativos a serem seguidos.

Se dessume, portanto, ser de curial importância que os juristas, legisladores e chefes do executivo tenham uma visão ampla e não restrita de um sistema normativo absolutamente complexo como é o brasileiro, diante de um emaranhado de leis que por vezes não estão em sintonia com a Carta Magna.

Em síntese, cabe em especial aos estudiosos do Direito, a quem chamo e peço que sejam sempre seus críticos e nunca seus aplicadores, exatamente para que não se tornem escravos de uma interpretação literal e, não-sistêmica, dar maior peso às normas expressas ou implicitamente contidas no texto constitucional, sob pena de em fazendo o inverso, validar comandos que ferirão de morte a Constituição, na desnecessária espera de um pronunciamento judicial ou, como demonstrado, uma regulamentação infraconstitucional.

Referências Bibliográficas:

- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Editora Saraiva. São Paulo, SP;
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo e FÜHRER Maximiliano Roberto Ernesto. *Resumo de Direito Constitucional*. Editora Malheiros, 7ª Edição, São Paulo, SP;
- GOMES, André Luís Callegaro Nunes. *Presunção de Inocência ou de Não-Culpabilidade*. Fonte: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11310/presuncao-de-inocencia-ou-de-nao-culpabilidade>;
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Editora Revista dos Tribunais. 6ª Edição revista da tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella, São Paulo, SP;
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Editora Revista dos Tribunais, 25ª Edição. São Paulo, SP;
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Editora Atlas, 9ª Edição. São Paulo, SP;
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, 19ª Edição, São Paulo, SP;
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº. 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADI-4277) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ; e
- Vade Mecum 2011, Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição, São Paulo, SP.

Obs.: Importante frisar que regras de formatação foram sensivelmente alteradas para que esta monografia ganhasse o *status* de artigo e fosse postado nesta página virtual.

Yuri de Oliveira Pinheiro Valente.