

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: VARIAÇÕES SOBRE O MESMO TEMA

Por JOSÉ AFONSO DA SILVA *

SUMARIO

1. SISTEMAS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.—2. EVOLUÇÃO.—3. INCIDENTE DE CONSTITUCIONALIDADE.—4. CONHECIMENTO DE OFÍCIO.—5. PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO.—6. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE.—7. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS DISCRIMINAÇÕES INCONSTITUCIONAIS.—8. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.—9. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E OS LIMITES DA LEI.—10. INCONSTITUCIONALIDADE E *VACATIO LEGIS*.

1. SISTEMAS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Sabe-se que há dois sistemas originários de jurisdição constitucional: o *americano*, nascido nos EUA com a famosa sentença de Marshall em 1803, de controle de constitucionalidade pelo método difuso e incidental, segundo o qual qualquer juiz pode conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade argüida em defesa ou exceção, num processo concreto de parte; e o *européu*, de jurisdição concentrada numa Corte especial, surgida com a criação do Tribunal Constitucional da Áustria em 1920 por influência de Kelsen, de tal sorte que nenhum outro juiz pode decidir sobre inconstitucionalidade de ato do poder público. O sistema americano, difuso, é mais técnico-jurídico, porque se preocupado essencialmente com a solução do caso e não tanto com a defesa da Constituição. O sistema europeu, mediante Cortes Constitucionais, ao contrário, tem especialmente em vista a defesa dos valores políticos da Constituição.

* Professor Titular (Catedrático) jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo.

2. EVOLUÇÃO

Daqueles dois sistemas originários derivaram outros sistemas, especialmente na América Latina, de sorte que podemos identificar quatro sistemas:

I. *Sistema exclusivamente difuso*, que só vigora nos Estados Unidos da América do Norte e na Argentina;

II. *Sistema exclusivamente concentrado*, ora numa *Corte Constitucional*, como na Europa, e Chile na América Latina (com peculiaridades, porque também o Supremo Tribunal pode conhecer da questão constitucional), ora numa *Corte Suprema de Justiça*, como é o caso de Honduras, Panamá, ora, enfim, numa *Câmara (Sala) da Corte Suprema*, como é o caso de Costa Rica e Paraguai;

III. *Sistema misto*, no qual se mesclam o sistema difuso e o sistema concentrado na mesma estrutura de Poder Judiciário; em alguns a concentração se faz numa *Corte ou Tribunal Supremo*, como é o caso do Brasil, El Salvador, México e Venezuela, em outros numa *Corte Constitucional*, como é o caso da Bolívia, Colômbia e Guatemala;

IV. *Sistema dual ou paralelo*, assim considerado quando, num mesmo país, em um mesmo ordenamento jurídico, coexistam o modelo americano e o modelo europeu, mas sem se mesclarem, nem se deformarem, nem se desnaturarem; quer dizer, a Corte Constitucional, nesse sistema, a que incumbe o controle concentrado, não tem contato com o modelo difuso existente, porque não é órgão de recurso e de revisão dos julgamentos proferidos no controle concreto, incidental e na via de exceção de competência da justiça ordinária. Esse é o sistema que se desenvolve no Peru e no Equador.

Observe-se que, na América Latina, há *Tribunais ou Cortes Constitucionais* na Colômbia, Guatemala, Equador, Bolívia, Chile e Peru. As quatro primeiras dentro do Poder Judiciário; as duas últimas, fora do Poder Judiciário. O Tribunal Constitucional da Bolívia, criado pela reforma constitucional de 1994, não foi devidamente implantado. O Tribunal Constitucional do Equador carece de uma lei orgânica para sua completa implantação, e tem uma limitação grave: não conhece de violação dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional do Chile tem especialmente competência de controle preventivo das leis, comparte com a Corte Suprema de Justiça o controle concentrado das leis; carece de competência no âmbito de solução de conflitos de jurisdição ou de atribuições entre os diversos órgãos ou autoridades estatais. O Tribunal Constitucional do Peru tem competência muito limitada: controle abstrato das leis e solução de conflitos de competência. Funcionam bem as Cortes Constitucionais da Colômbia e da Guatemala.

De minha parte, sempre que tive oportunidade, defendi a criação de uma Corte ou Tribunal Constitucional no Brasil, para dar concreção a uma autêntica *jurisdição constitucional*, porque a questão não é só de controle de constitucionalidade, mas de um sistema de solução de todos os conflitos constitucionais, que só terá dimensão adequada se for exercida por uma Corte Constitucional.

Minha proposta, então, situava a Corte Constitucional num modelo misto, uma vez que admitia recursos de inconstitucionalidade de decisões de outros tribunais. Não me pareceu, então, conveniente instituir um sistema concentrado exclusivo, talvez não muito adequado num país de grandes extensões como o nosso. Não que ache que esse procedimento retarde sempre o desfecho final da demanda.

Minha visão hoje é diferente da que eu tinha na época da Comissão Afonso Arinos. Acho que dificilmente se pode criar um sistema de jurisdição constitucional, que seja compatível com as condições do País, fundada apenas no modelo concentrado. As grandes distâncias do País e as deficiências dos sistema de comunicação dificultaria muito o funcionamento de um tal modelo. Inclino-me hoje para o sistema dual ou paralelo. Acho que uma Corte Constitucional, para bem cumprir sua missão, não pode contaminar-se com o método difuso de controle de constitucionalidade. O método difuso não é propício a uma defesa dos valores da Constituição, preso que é à decisão de um caso concreto, já que a solução deste é que constitui a principal razão da atuação da jurisdição. Daí porque o método difuso é muito mais adequado à atuação da jurisdição ordinária. O que dá essência a um Tribunal Constitucional é sua exclusiva competência para o controle abstrato de normas jurídica, sua posição de órgão de Estado, situado fora do aparato judiciário, ocupando um lugar a parte na organização dos poderes, não sendo, pois, parte de nenhum dos três poderes clássicos do Estado, mas há de ser tratado em igualdade de condições e respeito a estes três poderes. Pois, como lembra Louis Favoreu:

«O Tribunal Constitucional faz respeitar as normas constitucionais pelos três poderes —executivo, legislativo e judiciário— não somente com respeito a indivíduos mas também a cada um deles. A separação de poderes adquire todo o seu relevo e seu significado quando existe um Tribunal Constitucional que se encarrega de que cada um deles observe os limites de suas competências...» Depois observa que os Tribunais Constitucionais têm uma função que vai muito além daquelas das jurisdições, pois exercem uma função de intérprete supremo da Constituição, assim como lhes cabe dar as orientações que se derivam dela e irrigam o conjunto do sistema jurídico.

Para ter a natureza pura de uma Corte Constitucional, além do já dito, um Tribunal não pode ser composto por magistrados-funcionários. Por

isso, o magistrado que for nomeado para a Corte Constitucional perde tal condição. Deve ser composto por juizes nomeados diretamente para integrá-lo por autoridades políticas e em consideração à sua sensibilidade política, para um mandato longo, que tem variado de seis a doze anos, não revogável e não renovável.

3. INCIDENTE DE CONSTITUCIONALIDADE

Uma proposta de emenda constitucional do Poder Executivo suscita a questão do *incidente de constitucionalidade*, visando especialmente paralisar o andamento de feitos contra o Poder Público federal, em que se ergue a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais. Essa é uma medida desnecessária pois, para tanto, já existe a ação de constitucionalidade. Demais, o incidente de constitucionalidade não é compatível com o sistema de controle difuso. Ele existe no sistema concentrado europeu, suscitado no juízo ordinário por alguma parte interessada ou pelo próprio juiz ou tribunal. Suscitado o incidente, o juiz do processo concreto verifica sua razoabilidade, para admiti-lo. Assim, a questão de constitucionalidade sobe à Corte Constitucional, ficando suspenso o andamento do processo até decisão dessa corte da prejudicial de constitucionalidade. Se acolhido o incidente pela inconstitucionalidade, o processo se encerra. Se rejeitado o incidente, o processo retoma seu curso perante o juiz.

4. CONHECIMENTO DE OFÍCIO

Outra questão que vem suscitando debate é a de saber se o juiz ou tribunal pode conhecer de ofício da questão de constitucionalidade, se houver um processo sob sua apreciação. No sistema europeu isso tem sido possível. Na Espanha, há norma expressa na Constituição declarando que, quando um órgão judicial considere, em algum processo, que uma lei aplicável ao caso, de cuja validade depende a decisão, pode ser contrária à Constituição, suscitará a questão perante o Tribunal Constitucional (art. 163). Ou seja, o juiz ou tribunal poderá atuar de ofício ou a pedido de parte. Na Alemanha também, há essa possibilidade.

E no sistema brasileiro? Aqui, tem-se entendido que a o juiz não pode conhecer de ofício da questão de constitucionalidade. Sustenta-se que, nessa matéria, também vigora o princípio *ne iudex sine parte*. Diz-se que há uma presunção de constitucionalidade a sustentar, em princípio, a validade das leis. E só a parte a que a declaração de inconstitucionalidade beneficia é que tem legitimidade para suscitar, em seu proveito, a questão da inconstitucionalidade. Essa é uma questão típica do controle difuso, que tem como base a decisão do caso concreto e não se preocupa com os valores cons-

titucionais. O art. 301 do Código de Processo Civil até que, interpretado em favor da inteireza da Constituição, aceitaria uma apreciação de ofício da questão de constitucionalidade, especialmente o seu inc. X que prevê a hipótese de carência da ação, que o juiz pode conhecer de ofício (art. 301, § 4º). *Carência da ação*, como se sabe, consiste na falta de uma ou mais condições da ação, que são: legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido. Ora, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que o autor fundamenta o pedido, significa, por certo, a inviabilidade do pedido. Se ela existe e o juiz a tem como certa, aí se tem nitidamente um caso de impossibilidade jurídica do pedido, por isso tem que ser apreciada antes do julgamento do mérito, e segundo o citado § 4º do art. 301, a apreciação poderia ser feita *ex officio*. No entanto, não é o que tem acontecido, talvez por causa do disposto no art. 480, onde se prevê a arguição da inconstitucionalidade. Aí se diz que *argüida* a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Mas, em tal caso, se trata de processo nas instâncias superiores, não no juízo de primeiro grau. É certo que perante este cabe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa (CPC, art. 300), incluindo as matérias preliminares do mérito (art. 301), que o juiz pode e deve conhecer de ofício, entre as quais a prejudicial de inconstitucionalidade, como dissemos acima. Não é, porém, uma tese aceita pela doutrina, exatamente porque não se tem tido entre nós uma visão adequada dos valores constitucionais e de sua defesa e porque o sistema difuso se preocupa especialmente com a solução do caso concreto. Por outro lado, o sistema de controle concentrado entre nós, por via de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, não propicia o conhecimento *ex officio* de inconstitucionalidade, porque está previsto que a ação há de ser interposta por uma daquelas pessoas indicadas no art. 103 da Constituição. Aqui é de rigor a observância do princípio *ne procedat iudex ex officio*.

5. PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO

Trata-se de uma espécie de inconstitucionalidade *in fieri*. Uma situação constitucional mas que se encaminha para um estado de inconstitucionalidade. Há várias razões que podem gerar a inconstitucionalização: evolução da hermenêutica, mudança na realidade social, etc.

Um exemplo notável nos dá a Corte Constitucional italiana em face da freqüente reiteração do decreto-lei. A partir de uma sentença de n. 302, de 10.3.1988, a Corte decidiu que a reiteração do decreto-lei suscitava graves dúvidas relativamente ao equilíbrio constitucional e aos princípios

constitucionais. Diante disso, expressou o auspício de que se procedessem urgentes e oportunas reformas para que não se esvaziasse o significado do art. 77 da Constituição, que previu os decretos-lei, como provimentos provisórios com força de leis, de onde aliás provieram as nossas famigeradas Medidas Provisórias. Mas, ao mesmo tempo em que assim decidia, deu a entender que se as reformas não fossem feitas, ela poderia intervir novamente para garantir o equilíbrio constitucional, declarando inconstitucionais os decretos-leis reiterados. Com isso se sugeria que a reiteração de decretos-leis estavam em contraste com a Constituição. Por que assim se passou a entender? Porque a reiteração passou a se caracterizar como um abuso e, assim, como uma forma ilegítima de legislar, tal como ocorria no Brasil com a reiteração desbragada das Medidas Provisórias.

6. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

Não se trata, em tal caso, do clássico problema da inconstitucionalidade superveniente, que decorre do contraste de uma lei existente com uma Constituição nova que lhe é superveniente. Quer dizer, uma lei editada em conformidade com a ordem constitucional pode vir a ser incompatível com uma nova ordem constitucional.

O debate que a doutrina travou aqui se prendeu à questão de saber se essa incompatibilidade se resolveria pelo princípio da *lex superior derogat lex inferior* que dá fundamento às inconstitucionalidades, já que a lei superior invalida a lei inferior com ela incompatível, ou, então, se resolveria pelo princípio da *lex posterior derogat lex anterior*, ou seja, a lei posterior revoga a lei anterior incompatível. É que, na hipótese, se têm os dois fenômenos, pois temos a Constituição que é, ao mesmo tempo, lei superior e lei posterior à hipotética lei incompatível.

A doutrina, em geral, como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a meu ver com razão, optaram pelo princípio da revogação. Eu próprio chamei o fato de *revogação por inconstitucionalidade*, ou seja, uma revogação da lei por sua incompatibilidade com a Constituição, lei superior, que lhe é também posterior.

7. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS DISCRIMINAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição¹. O ato discriminatório é inconstitucional.

¹ «Não cabe invocar o princípio da isonomia onde a Constituição, implícita ou explicitamente, admitiu a desigualdade» (STF, voto do Min. Cunha Peixoto, acolhido unanimemente, embora o texto não tenha sido destacado na ementa, cf. RDA 128/220).

Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. O ato é, contudo, constitucional e legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta². Gilmar Ferreira Mendes, a esse propósito, opta também pelo reconhecimento do direito dos segmentos eventualmente discriminados, mas pondera que, na impossibilidade, se tem que suprimir o tratamento discriminatório incompatível com a ordem constitucional pela declaração da inconstitucionalidade. «Não se há de perder de vista, porém [conclui], que o desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade sem a conseqüência da nulidade tem por objetivo evitar, exatamente, a declaração de inconstitucionalidade total, deixando ao legislador a possibilidade de sanar eventuais defeitos. É que, como observado, tal solução (nulidade), como acentuado, além de traduzir possível injustiça com os beneficiados, pode levar a uma situação de ausência de normas, a um vácuo de direito (*Rechtsvakuum*), ou, até mesmo, ao chamado caos jurídico (*Rechtschaos*)»³.

A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade. Mas aqui, ao contrário, a solução da desigualdade de tratamento não está

² É pertinente, contudo, lembrar que a Súmula 339 do STF dispõe: «Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores, sob fundamento de isonomia»; cf. também Acórdão do STJ, *RDA 186/157*: «O princípio da isonomia de vencimentos, em face de preceito expresso da Constituição Federal, só pode ser concedido através de lei, vedado, ao Judiciário, que não tem função legislativa, atribuí-la por via de decisão judicial a funcionário de qualquer categoria (CF, art. 39, § 1.º)». No caso, não cabia a isonomia, porque havia desigualdade de situação que a não comportava, mas a manifestação genérica da ementa não se compadece com as exigências constitucionais, pois, se uma lei concede vantagens a grupos discriminando pessoas na mesma situação, não se trata de conceder isonomia por decisão judicial, mas o de corrigir a inconstitucionalidade da discriminação. E isso é função jurisdicional, uma vez que a função legislativa não o fez nos termos da Constituição.

³ Cf. *Controle de constitucionalidade, aspectos jurídicos e políticos*, p. 70.

em estender a situação jurídica detrimetosa a todos, pois não é constitucionalmente admissível impor constrangimentos por essa via. Aqui a solução está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos o solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a ação direta de inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no art. 103.

8. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

É tema relacionado com a problemática da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Tem mesmo por objetivo tornar efetiva a aplicação da Constituição contra a inércia dos Poderes Constituídos em relação ao comando constitucional. As normas constitucionais são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, situação que não gera omissão inconstitucional, ou de eficácia contida e também aplicabilidade imediata, que também não dá margem a omissão, ou de eficácia limitada de princípio institutivo ou de princípio programático e de aplicabilidade dependente de leis ou outra providência do Poder Público. Aqui é que se situa o campo possível das omissões inconstitucionais.

A omissão se verifica quando não se cumpre as *imposições constitucionais*, na terminologia de Canotilho ou o «mandato ao legislador» na de Rubio Llorente⁴. Refere-se isso àqueles preceitos constitucionais que constituem verdadeiras «ordens» de atuação positiva ao legislador, no sentido de emitir uma ou várias leis que disciplinem algum aspecto do texto constitucional que ali se encontra apenas delineado em suas diretrizes gerais. Mas é certo que a norma constitucional pode não conter um «mandato ao legislador» ou qualquer imposição constitucional clara e expressa e assim mesmo depender de uma providência legislativa ou administrativa ulterior que integre sua eficácia e aplicabilidade, de sorte que, em faltando, poderá vir a caracterizar-se uma omissão inconstitucional.

Dáí o problema de saber quando se pode dizer que existe *omissão constitucional*. Marcia Rodrigues Machado, com base em Jorge Miranda, diz que as «categorias das omissões constitucionais caracterizam-se pela: 1) falta ou insuficiência de medidas legislativas; 2) falta de adoção de medidas políticas ou de governo; 3) falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública»⁵. Acrescenta com razão que a omi-

⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, p. 297; F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», em *La Constitución Española y la Fuentes del Derecho*, v.I/70, Madri, 1979, in Luis Aguiar de Luque, ob. cit., p.27, nota 24.

⁵ Ob. cit., p. 45.

ssão do Poder Legislativo só se caracteriza quando o legislador não cumpre o seu dever específico de legislar que se verifica quando a Constituição: a) estabelece uma ordem concreta de legislar; b) define uma imposição permanente e concreta dirigida ao legislador (criação do ensino básico, obrigatório e gratuito); c) consagra normas que pressupõem mediação legislativa para terem operatividade prática⁶.

É pertinente fazer aqui uma observação. Há normas constitucionais que requerem uma legislação ulterior de modo *impositivo* (a lei *disporá...*; a lei *regulará...*; a lei *estabelecerá...*) e outras apenas de modo *facultativo*, tal como é *facultativo* ao Senado Federal fixar as alíquotas mínimas nas operações internas... (art. 155, § 2º, V). Nesses casos em que se confere apenas a possibilidade de legislar, por certo que a ausência de atuação do legislador não importará em omissão. Esta só se caracterizará pelo não cumprimento, depois de tempo razoável, das imposições constitucionais imperativas.

A Constituição não resolveu completamente o crucial problema da eficácia da decisão que reconhece a omissão constitucional. É o que se pode ver do art. 103, § 2º, que estatui:

«Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias».

A questão como se vê ficou em aberto em relação ao legislador. Parece, assim, que também perdura o princípio por nós assinalado de outra feita, qual seja o de que não se pode constranger o legislador a legislar, nem mesmo naqueles casos em que lhe é prefixado prazo, embora a sua omissão já seja sindicável e controlável jurídica e jurisdicionalmente⁷. É certo que a decisão judicial pode estrangê-lo moralmente e pode gerar precedentes e costumes constitucionais no sentido do atendimento do julgado. Por outro lado, não deverá surgir aqui nenhuma possibilidade de colegislação pelo S.T.F. no julgamento da inconstitucionalidade por omissão, pois não poderá emitir sentença normativa substitutiva da atuação do legislativo. Sua ação legislativa poderá aparecer apenas na medida em que sua decisão venha a estimular o legislador a cumprir seu dever de legislar.

O exercício dessa função de jurisdição constitucional realiza-se por via de *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* cujo processo e julgamento é de exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal e poderá ser proposta por todas aquelas autoridades e entidades enumeradas no

⁶ Idem *ibidem*.

⁷ Nosso *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 5a. ed., pp. 128, São Paulo, Malheiros, 2001.

art. 103. O processo a ser adotado até que a lei o discipline pode seguir o da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

9. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E OS LIMITES DA LEI

Uma das questões que vem crescendo de importância é o do princípio da razoabilidade como limite à função legislativa, que pode embicar na inconstitucionalidade. Não se trata aqui da tradicional forma de inconstitucionalidade das leis, do ponto de vista formal, por infringência a regras de competência, ou substancial por contraposição ao conteúdo de princípio ou de norma constitucional.

Quer-se aqui apenas suscitar uma forma de invalidade das lei por abuso ou desvio da função legislativa. Quer-se aqui referir que a lei pode ser ilegítima e inválida porque desviou dos fins postos à função legislativa em casos específicos. A noção de desvio de poder ou desvio de finalidade como fundamento da declaração de nulidade de atos administrativos vem sendo progressiva e firmemente aplicada também aos atos legislativos.

O princípio da razoabilidade é que orienta a doutrina nesse assunto. Ele é um princípio implícito na Constituição Federal, deduzido especialmente dos princípios da moralidade, da igualdade e do devido processo legal.

Santiago Dantas já tinha inserido o problema das leis arbitrárias no campo do Direito constitucional. Entendia ele que o problema se apresenta freqüentemente em relação às leis especiais, leis pelas quais o legislador resolve criar para um gênero de casos, ou mesmo para casos concretos determinados, uma norma especial, diferente da que rege os casos gerais, diferenciação que, não raro, se sente ser arbitrária, e que os princípios do Direito se insurgem contra o seu reconhecimento e aplicação, e logo põe ele a questão de saber qual o critério que permite distinguir a lei *arbitrária* da lei especial *justificada* e, admitindo um tal critério, se ele autoriza o Poder Judiciário a recusar aplicação à lei arbitrária. É no contexto da diferenciação da lei concreta que Santiago Dantas insere o *princípio da razoabilidade*, ao observar que, para atender ao devido processo legal, se exige que a diferenciação ou classificação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária e caprichosa. E é pelo princípio da razoabilidade da classificação que se abre ao Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legal, e, sendo o caso, declará-la em contraste com princípios constitucionais.

10. INCONSTITUCIONALIDADE E *VACATIO LEGIS*

Durante o período de *vacatio legis*, a lei não incide, não obriga nem gera direitos. É o caso do novo Código Civil brasileiro, cujo art. 2.044

prevê que entrará em vigor uma ano após sua publicação. Como ele foi publicado no Diário Oficial da União no dia 11 de janeiro de 2002, significa que só entrará em vigor no dia 12 de janeiro de 2003. A questão que se coloca está em saber se nesse período já é possível discutir a validade de alguma de suas normas. Por certo que ainda não é possível fazê-lo pelo método difuso pela simples razão de que dispositivos legais em *vacatio legis* não gera direito subjetivo e, portanto, não possibilita invocação judiciais em face de outrem. Contudo, pode-se discutir se é possível suscitar ação direta de inconstitucionalidade no período de *vacatio legis*. Aqui a questão pode ser posta nos seguintes termos: a lei existe, posto que não eficaz, não incidente. Se existe, então, a questão de sua validade abstrata já pode ser considerada, não sendo necessário aguardar sua entrada em vigor para suscitar o assunto. Quer dizer, sem entrar em maiores considerações, se a validade abstrata pode ser discutida e avaliada, então é possível que isso seja feito perante o órgão judiciário competente por uma das pessoas legitimadas para promover a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103).

